

**Workers' Compensation Board** *Appellant*  
(*Respondent*)

v.

**Husky Oil Operations Ltd.** *Respondent*  
(*Applicant*)

and

Her Majesty The Queen in right of Canada, as represented by the Minister of National Revenue, Her Majesty The Queen in right of the Province of Saskatchewan, as represented by the Minister of Human Resources, Labour and Employment, Her Majesty The Queen in right of the province of Saskatchewan, as represented by the Minister of Finance, Bank of Montreal, Eric Zimmerman, Garth Price, Trevor Brown, Arthur Gingras, Kelly Houston, Darcy Kuzio, Hans Bohle, Charles Pshebenicki, Terry Sapergia, SBW—Wright Construction Inc., Campbell West (1991) Ltd., Fuller Austin Insulation Inc., United Industrial Equipment Rentals Ltd., Atco Enterprises Ltd. and Deloitte & Touche Inc., as Trustee in Bankruptcy of the Estate of Metal Fabricating & Construction Ltd. *Respondents*

and

**The Attorney General for Saskatchewan** *Respondent (Intervener in the Court of Appeal)*

and

**The Attorney General for Ontario, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Alberta, the Workers' Compensation Board of Ontario,**

**Workers' Compensation Board** *Appelante*  
(*Intimée*)

c.

**Husky Oil Operations Ltd.** *Intimée*  
(*Requérante*)

et

Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le ministre du Revenu national, Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Saskatchewan, représentée par le ministre des Ressources humaines, du Travail et de l'Emploi, Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Saskatchewan, représentée par le ministre des Finances, Banque de Montréal, Eric Zimmerman, Garth Price, Trevor Brown, Arthur Gingras, Kelly Houston, Darcy Kuzio, Hans Bohle, Charles Pshebenicki, Terry Sapergia, SBW—Wright Construction Inc., Campbell West (1991) Ltd., Fuller Austin Insulation Inc., United Industrial Equipment Rentals Ltd., Atco Enterprises Ltd. et Deloitte & Touche Inc., syndic de faillite de l'actif de Metal Fabricating & Construction Ltd. *Intimés*

et

**Le procureur général de la Saskatchewan** *Intimé (Intervenant en Cour d'appel)*

et

**Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de l'Alberta,**

**the Workers' Compensation Board of  
British Columbia,  
the Workers' Compensation Board of  
Alberta and  
the Yukon Workers' Compensation Health  
and Safety Board** *Interveniers*

**INDEXED AS: HUSKY OIL OPERATIONS LTD. v. MINISTER  
OF NATIONAL REVENUE**

File No.: 23936.

1995: January 25; 1995: October 19.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major J.J.

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

*Bankruptcy — Priorities — Set-off — Provincial law allowing Board to seek payments of monies owed by bankrupts from the bankrupt's creditors and the creditors entitled to set off that amount from any payment made to trustee in bankruptcy — Whether or not conflict with priorities established by Bankruptcy Act — The Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979, c. W-17.1, ss. 133(1), (3) — Bankruptcy Act, R.S.C., 1985, c. B-3, ss. 97(3), 136.*

*Constitutional law — Division of powers — Paramountcy — Conflict between provincial and federal law — Provincial law allowing Board to seek payments of monies owed by bankrupts from the bankrupt's creditors and the creditors entitled to set off that amount from any payment made to trustee in bankruptcy — Whether or not conflict with priorities established by Bankruptcy Act.*

Husky Oil Operations Ltd. (Husky) owed Metal Fabricating & Construction Ltd. (Metal Fab), a firm which, after being formally notified of its arrears to the Workers' Compensation Board (the Board) and after making a general assignment of its book debts to the Bank of Montreal, made an assignment in bankruptcy and ceased operations. The Board, when it learned that Metal Fab had ceased operations, looked to Husky for payment under s. 133(1) of *The Workers' Compensation Act, 1979*. Section 133(1) of the Saskatchewan *Workers' Compensation Act, 1979*, permitted the Board to obtain amounts owing its Injury Fund from a principal of a

**la Commission des accidents du travail de  
l'Ontario,  
la Workers' Compensation Board de la  
Colombie-Britannique,  
la Workers' Compensation Board de  
l'Alberta et  
la Commission de la santé et de la sécurité  
au travail du Yukon** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ: HUSKY OIL OPERATIONS LTD. c. MINISTRE  
DU REVENU NATIONAL**

N° du greffe: 23936.

1995: 25 janvier; 1995: 19 octobre.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA  
SASKATCHEWAN**

*Faillite — Ordre de priorité — Compensation — Loi provinciale permettant à la Commission d'obtenir des créanciers d'un failli paiement des sommes dues par celui-ci et aux créanciers d'opérer compensation entre ce montant et tout paiement fait au syndic de la faillite — Y a-t-il conflit avec l'ordre de priorité établi par la Loi sur la faillite? — The Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979, ch. W-17.1, art. 133(1), (3) — Loi sur la faillite, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 97(3), 136.*

*Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Prépondérance — Conflit entre une loi provinciale et une loi fédérale — Loi provinciale permettant à la Commission d'obtenir des créanciers d'un failli paiement des sommes dues par celui-ci et aux créanciers d'opérer compensation entre ce montant et tout paiement fait au syndic de la faillite — Y a-t-il conflit avec l'ordre de priorité établi par la Loi sur la faillite?*

Husky Oil Operations Ltd. (Husky) était propriétaire de Metal Fabricating & Construction Ltd. (Metal Fab), une firme qui, après avoir été dûment avisée des arriérés qu'elle devait à la Workers' Compensation Board (la Commission) et après avoir fait une cession générale de ses comptes débiteurs à la Banque de Montréal, a fait cession de ses biens et cessé ses opérations. Lorsqu'elle a appris la cessation des opérations de Metal Fab, la Commission s'est adressée à Husky pour obtenir paiement en vertu du par. 133(1) de *The Workers' Compensation Act, 1979*. Le paragraphe 133(1) de *The Workers' Compensation Act, 1979*, de la Saskatchewan permettait

defaulting contractor. Husky in turn would be able to recover the amount paid on the Metal Fab's behalf by setting off that amount, pursuant to s. 133(3), from the amount it would otherwise pay Metal Fab. Husky and Metal Fab's creditors maintained that the operation of s. 133 conflicted with s. 136 of the federal *Bankruptcy Act*, which sets out the priorities of creditors on bankruptcy, in that the Board was able to obtain full payment to the detriment of the creditors who had a higher priority under the *Bankruptcy Act*. On a non-suit application made by Husky, *The Workers' Compensation Act, 1979*, was found to be inapplicable in a bankruptcy scenario and the Court of Appeal upheld this finding. The constitutional questions queried whether, in situations where the contractor is bankrupt, these provisions are constitutionally non-operational because of conflict with the *Bankruptcy Act* and whether they applied in the circumstances of this case.

*Held* (Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. dissenting): The appeal should be dismissed. Section 133 is inapplicable in bankruptcy when s. 133(1) of *The Workers' Compensation Act, 1979*, operates in tandem with s. 133(3). Section 133 was inapplicable when the contractor entered bankruptcy.

*Per* Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: The gravamen of this appeal was the alleged conflict between s. 133 of the Saskatchewan *Workers' Compensation Act, 1979*, and s. 136(1)(h) of the *Bankruptcy Act* which set the priorities for recovery. The question, however, was not whether the provisions in s. 133 were independently valid, but rather, whether when combined they had the effect of reordering priorities in bankruptcy. The combined effect of the statutory deemed debt and the right to set off against property of the bankrupt, when s. 133(1) is read with s. 133(3), is to secure the Board's claim against the bankrupt's estate. In so doing, s. 133 read as a whole conflicts with Parliament's intention to accord the Board's claim the priority established in s. 136 of the *Bankruptcy Act*.

The first goal of ensuring an equitable distribution of a debtor's assets is to be pursued in accordance with the federal system of bankruptcy priorities. The quartet (*Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers'*

à la Commission d'obtenir du commettant d'un entrepreneur fautif les montants dus à sa caisse des accidents. Husky pourrait ensuite recouvrer le montant versé pour le compte de Metal Fab en opérant compensation, conformément au par. 133(3), entre ce montant et tout montant qu'elle paierait par ailleurs à Metal Fab. Les créanciers de Husky et de Metal Fab ont soutenu que l'application de l'art. 133 était incompatible avec l'art. 136 de la *Loi sur la faillite* fédérale, qui établit l'ordre de priorité des créanciers de la faillite, du fait que la Commission pouvait se faire payer intégralement au détriment des créanciers qui occupaient un rang supérieur en vertu de la *Loi sur la faillite*. À la suite d'une demande de non-lieu présentée par Husky, il a été conclu que *The Workers' Compensation Act, 1979*, n'était pas applicable dans le contexte d'une faillite, et la Cour d'appel a confirmé cette conclusion. Les questions constitutionnelles consistaient à se demander si, dans le cas où l'entrepreneur est en faillite, ces dispositions sont inopérantes du point de vue constitutionnel pour cause de conflit avec la *Loi sur la faillite*, et si elles s'appliquaient dans les circonstances de la présente affaire.

*Arrêt* (les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major sont dissidents): Le pourvoi est rejeté. L'article 133 est inapplicable en matière de faillite lorsque les par. 133(1) et (3) de *The Workers' Compensation Act, 1979*, s'appliquent ensemble. L'article 133 était inapplicable lorsque l'entrepreneur a fait faillite.

*Le* juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: L'essence du présent pourvoi est le conflit qui existerait entre l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, de la Saskatchewan et l'al. 136(1)(h) de la *Loi sur la faillite*, qui établit l'ordre de priorité de recouvrement. Cependant, il s'agissait de déterminer non pas si ces dispositions étaient valides indépendamment l'une de l'autre, mais plutôt si elles avaient pour effet conjugué de modifier l'ordre de priorité en matière de faillite. Lorsque le par. 133(1) est lu conjointement avec le par. 133(3), la créance légale réputée et le droit à la compensation sur les biens du failli ont pour effet conjugué de garantir la réclamation de la Commission contre l'actif du failli. De ce fait, l'art. 133, pris dans son ensemble, est incompatible avec l'intention du législateur fédéral d'accorder à la réclamation de la Commission la priorité établie à l'art. 136 de la *Loi sur la faillite*.

Il faut chercher à atteindre le premier objectif, celui d'assurer un partage équitable de l'actif du débiteur, en respectant l'ordre de priorité établi par le régime fédéral en matière de faillite. Le quatuor d'arrêts (*Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35, *Deloitte*

*Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785; *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24 does not stand for the sole proposition that the provinces cannot “jump the queue” but rather embodies a consistent and general philosophy as to the purposes of the federal system of bankruptcy and its relation to provincial property arrangements. The following propositions can be distilled from the quartet:

- (1) provinces cannot create priorities between creditors or change the scheme of distribution on bankruptcy under s. 136(1) of the *Bankruptcy Act*;
- (2) while provincial legislation may validly affect priorities in a non-bankruptcy situation, once bankruptcy has occurred s. 136(1) of the *Bankruptcy Act* determines the status and priority of the claims specifically dealt with in that section;
- (3) if the provinces could create their own priorities or affect priorities under the *Bankruptcy Act* this would invite a different scheme of distribution on bankruptcy from province to province, an unacceptable situation;
- (4) the definition of terms such as “secured creditor”, if defined under the *Bankruptcy Act*, must be interpreted in bankruptcy cases as defined by the federal Parliament, not the provincial legislatures. Provinces cannot affect how such terms are defined for the purposes of the *Bankruptcy Act*;
- (5) in determining the relationship between provincial legislation and the *Bankruptcy Act*, the form of the provincial interest created must not be allowed to triumph over its substance. The provinces are not entitled to do indirectly what they are prohibited from doing directly; and
- (6) there need not be any provincial intention to intrude into the exclusive federal sphere of bankruptcy and to conflict with the order of priorities of the *Bankruptcy Act* in order to render the provincial law inapplicable. It is sufficient that the effect of provincial legislation is to do so.

The fifth and sixth propositions bear a close resemblance to the doctrine of colourability, but with two fun-

*Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785, *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061, et *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24) ne signifie pas uniquement qu'il ne saurait y avoir «anticipation de rang» par les provinces, mais il s'en dégage plutôt une philosophie cohérente et générale quant aux objets du régime fédéral de la faillite et au lien qu'il a avec les dispositions provinciales en matière de droit des biens. Les propositions suivantes se dégagent du quatuor:

- (1) les provinces ne peuvent ni créer des priorités entre les créanciers ni modifier le plan de répartition en matière de faillite, prévu au par. 136(1) de la *Loi sur la faillite*;
- (2) bien qu'une loi provinciale puisse valablement modifier l'ordre de priorité dans un contexte autre que celui d'une faillite, dès qu'il y a faillite, c'est le par. 136(1) de la *Loi sur la faillite* qui détermine le statut et l'ordre de priorité des réclamations qui y sont visées expressément;
- (3) si les provinces pouvaient créer leur propre ordre de priorité ou modifier celui établi en vertu de la *Loi sur la faillite*, cela aurait pour effet d'inciter à l'établissement, en matière de faillite, d'un plan de répartition différent d'une province à l'autre, ce qui est inacceptable;
- (4) en matière de faillite, des expressions comme «créancier garanti», lorsqu'elles sont définies dans la *Loi sur la faillite*, doivent être interprétées selon la définition que leur donne le législateur fédéral et non celle que leur donnent les législatures provinciales. Les provinces ne peuvent modifier la façon dont ces expressions sont définies aux fins de la *Loi sur la faillite*;
- (5) pour déterminer le lien qui existe entre une loi provinciale et la *Loi sur la faillite*, il ne faut pas que la forme du droit créé par la province l'emporte sur le fond. Les provinces n'ont pas le droit de faire indirectement ce qui leur est interdit de faire directement; et
- (6) pour que la loi provinciale soit inapplicable, il n'est pas nécessaire que la province ait eu l'intention d'empiéter sur la compétence fédérale exclusive en matière de faillite et d'être en conflit avec la *Loi sur la faillite*. Il suffit que la loi provinciale ait cet effet.

Les cinquième et sixième propositions ont une proche parenté avec la théorie du détournement de pouvoir,

damental differences. First, the doctrine of colourability is a concept which only applies in assessing the pith and substance of the impugned legislation whereas propositions 5 and 6 continue to apply after the validity of the impugned provincial law has been determined. None of the quartet cases was concerned with colourable provincial legislation. Second, a legislative intention to intrude into an exclusive federal sphere is neither necessary nor sufficient to scrutinize the applicability of provincial law. The intrusion, and not the intention to intrude, is determinative for division of powers purposes.

When ss. 133(1) and (3) operate in tandem, the contractor discharges its own liability to the Board, mediated through the legally compelled agency of the principal. This is not a scheme of joint and several liability, since the principal and the contractor are not joint co-debtors at the outset and since the Board does not have an unfettered choice as to which party to sue for recovery for outstanding fund payments. This provision, rather, is more accurately characterized as creating a form of involuntary, statutory suretyship.

While the contractor is potentially liable for two debts (the debt to the Board for the unpaid assessment and the potential debt to the principal if the principal pays the contractor's assessment) in a formal way, these in reality are one and the same as against the contractor. The contractor cannot be liable for both cumulatively. There is thus an inseparable nexus between the Board's claim against the contractor and the principal's potential claim against the contractor.

When s. 133(1) operates in combination with s. 133(3), the effect is to secure the claim of the Board against assets of the contractor. This is accomplished through the combined operation of the statutorily deemed debt imposed on the principal in the event of the contractor's default and the right of the principal to withhold and be indemnified from monies owing to the contractor. Thus, the combined effect of the deemed debt in s. 133(1) and set-off in s. 133(3) secures the Board's claim against the contractor's assets.

Parliament has recognized that the "law of set-off applies to all claims made against the estate of the bankrupt" (s. 97(3) of the *Bankruptcy Act*). In the bankruptcy

mais à deux différences fondamentales près. Premièrement, la théorie du détournement de pouvoir est un concept qui ne s'applique qu'en examinant le caractère vérifiable de la loi attaquée, alors que les cinquième et sixième propositions continuent de s'appliquer une fois établie la validité de la loi provinciale attaquée. Aucun des arrêts du quatuor ne portait sur une loi provinciale déguisée. Deuxièmement, il n'est ni nécessaire ni suffisant que le législateur ait eu l'intention d'empiéter sur un domaine de compétence fédérale exclusive pour que puisse être examinée l'applicabilité d'une loi provinciale. C'est l'empiètement, et non l'intention d'empiéter, qui est déterminant aux fins du partage des pouvoirs.

Si les par. 133(1) et (3) sont appliqués ensemble, l'entrepreneur s'acquitte de sa propre obligation envers la Commission, par l'intermédiaire du commettant comme l'exige la Loi. Il ne s'agit pas d'un régime de responsabilité solidaire puisque le commettant et l'entrepreneur ne sont pas codébiteurs au départ et que la Commission n'est pas libre de choisir la partie contre qui elle intentera une action en recouvrement des montants non payés à la caisse. En réalité, il est plus exact de dire que cette disposition crée une forme de cautionnement légal involontaire.

Même si, formellement, l'entrepreneur peut éventuellement être responsable de deux dettes (celle envers la Commission au titre de la cotisation impayée et la dette potentielle envers le commettant si ce dernier paie la cotisation en question), il reste qu'il s'agit d'une seule et même dette exigible de l'entrepreneur. L'entrepreneur ne peut être responsable des deux cumulativement. Il existe donc un lien indissociable entre la réclamation de la Commission contre l'entrepreneur et la réclamation potentielle du commettant contre l'entrepreneur.

L'application conjuguée des par. 133(1) et (3) a pour effet de garantir la réclamation de la Commission de la Saskatchewan contre les biens de l'entrepreneur. C'est ce qui se produit lorsque l'on conjugue la dette réputée que la loi impose au commettant en cas de défaut de paiement de la part de l'entrepreneur et le droit du commettant de faire des retenues et de s'indemniser sur les sommes dues à l'entrepreneur. En conséquence, la dette réputée, visée au par. 133(1), et la compensation prévue au par. 133(3) ont pour effet conjugué de garantir la réclamation de la Commission contre les biens de l'entrepreneur.

Le législateur fédéral a reconnu que «[l]es règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre l'actif du failli» (par. 97(3) de la *Loi sur la*

context, the law of set-off allows a debtor of a bankrupt who is also a creditor of the bankrupt to refrain from paying the full debt owing to the estate, since it may be that the estate will only fulfil a portion, if that, of the bankrupt's debt. But there is an inherent limit to this deference to the provincial law of set-off. While the operation of set-off is permitted to allow for the party claiming set-off to recover from the estate ahead of the stipulated order of his claim under the *Bankruptcy Act*, it most emphatically is not permitted to allow for the operation of provincial legislation to reorder the priorities of third parties against the estate.

The operation of s. 133 has the effect of reordering federal priorities with respect to the claims of any third parties against the estate. Prior to bankruptcy, the security device created by s. 133(3) and triggered by s. 133(1) is within the province's jurisdiction. However, if applicable in the event of bankruptcy, it would enter into conflict with the scheme of distribution under the *Bankruptcy Act*. Parliament has expressly indicated in s. 136(1)(h) that "all indebtedness of the bankrupt under any Workmen's Compensation Act" is to rank eighth in the list of preferred claims and is to be distributed after the claims of secured creditors. By contrast, the combined effect of ss. 133(1) and (3) of the *Saskatchewan Workers' Compensation Act, 1979*, is to secure the Board's claim against the bankrupt's estate ahead of its priority under the *Bankruptcy Act*. The two laws in their operation give rise to different and inconsistent orders of priority and are thereby in conflict.

Section 133(4), which states that "[a]ll questions as to the right to and the amount of such indemnity shall be determined by the board", also has the effect of intruding into the exclusive federal sphere of bankruptcy. If allowed to apply in bankruptcy, this provision would have the effect of empowering a creditor of the estate (here the Board) to determine unilaterally the extent of its claim against the estate. As a result, the Board would be empowered to decide the size of the estate which is to remain available for the other secured, preferred and ordinary creditors. A province cannot empower a creditor of a bankrupt to determine the extent of a bankrupt's estate which is to be available for distribution. Thus, while otherwise perfectly valid provincial law, s. 133(4) is also inapplicable in the event of bankruptcy.

*faillite*). Dans le contexte de la faillite, les règles de la compensation permettent au débiteur d'un failli, qui en est aussi le créancier, de s'abstenir de régler la totalité de la dette qu'il a envers la faillite, de crainte que celle-ci ne règle qu'une partie, et encore, de la dette du failli. Cependant, il existe une limite inhérente à ce respect envers les règles provinciales de la compensation. Bien qu'on permette que la compensation autorise la partie qui l'invoque à être colloquée plus favorablement qu'elle ne le serait suivant l'ordre de priorité établi en vertu de la *Loi sur la faillite*, elle ne peut absolument pas être admise de façon à ce que l'application d'une loi provinciale modifie l'ordre de priorité des réclamations de tierces parties contre la faillite.

L'application de l'art. 133 a pour effet de modifier l'ordre de priorité établi par la loi fédérale relativement aux réclamations produites par des tierces parties contre l'actif. Avant une faillite, l'instrument de garantie, créé par le par. 133(3) et déclenché par le par. 133(1), relève de la compétence de la province. Cependant, s'il était applicable en cas de faillite, il entrerait en conflit avec le plan de répartition établi par la *Loi sur la faillite*. Le législateur fédéral a expressément indiqué, à l'al. 136(1)(h), que «toutes dettes contractées par le failli sous l'autorité d'une loi sur les accidents du travail» occupent le huitième rang dans la liste des réclamations privilégiées et passent après les réclamations des créanciers garantis. Par contre, les par. 133(1) et (3) de *The Workers' Compensation Act, 1979*, de la Saskatchewan ont pour effet conjugué de colloquer plus favorablement la réclamation de la Commission contre l'actif du failli qu'elle ne le serait en vertu de la *Loi sur la faillite*. Ces deux lois, dans leur application, établissent des ordres de priorité différents et incompatibles et sont de ce fait en conflit.

Le paragraphe 133(4), qui prévoit que «[l]a commission tranche toutes les questions relatives au droit à cette indemnité et à son montant», a aussi pour effet d'empiéter sur la compétence fédérale exclusive en matière de faillite. Si on en permettait l'application en matière de faillite, cette disposition aurait pour effet d'habiliter un créancier de l'actif (en l'espèce la Commission) à déterminer unilatéralement l'étendue de sa réclamation contre l'actif. La Commission serait alors habilitée à déterminer la taille de l'actif qui devrait servir au paiement des autres créanciers garantis, privilégiés et ordinaires. Une province ne saurait permettre à un créancier d'un failli de déterminer la taille de l'actif d'un failli qui doit servir au partage. En conséquence, bien qu'il constitue une disposition législative provinciale par ailleurs parfaitement valide, le par. 133(4) est également inapplicable en cas de faillite.

Section 133 is inapplicable, rather than inoperable, in bankruptcy for intruding into an exclusive federal sphere because bankruptcy is an exclusive federal domain within which provincial legislation does not apply, as distinguished from areas of joint or overlapping jurisdiction where federal legislation will prevail, rendering provincial legislation inoperable to the extent of any conflict. As bankruptcy is carved out from the domain of property and civil rights of which it is conceptually a part, valid provincial legislation of general application continues to apply in bankruptcy until Parliament legislates pursuant to its exclusive jurisdiction in relation to bankruptcy and insolvency. At that point, provincial legislation which conflicts with federal law must yield to the extent of the conflict and it becomes inapplicable to that extent. Consistent with the presumption of constitutionality — that the enacting body is presumed to have intended to enact provisions which do not transgress the limits of its constitutional powers — the provincial law should be interpreted so as not to apply to the matter that is outside the jurisdiction of the enacting body.

Where federal and provincial legislation potentially conflict, it must be first determined whether the laws are respectively valid federal or provincial legislation. If so, the actual operation of the laws must be examined to determine whether they are in operational conflict, and if so, the federal legislation prevails and the provincial legislation is without effect to the extent of this conflict. If the operational conflict is in a field of exclusive federal jurisdiction, the provincial legislation will be inapplicable as being *ultra vires* to that extent. If the conflict is in an area of concurrent or overlapping jurisdictions, the provincial legislation will remain *intra vires* but be inoperative. To the extent that there is operational conflict, there is no room for an incidental or ancillary effect of provincial legislation. If, on the other hand, there is no operational conflict, then both laws continue to operate and both continue to have effect to the extent that operational conflict does not arise. Short of operational conflict, provincial law may validly have an effect on bankruptcy. A clear operational conflict existed here in that ss. 133(1) and (3) in their operation together entailed a reordering or subverting of the federal order of priorities under the *Bankruptcy Act*. Such an intrusion

L'article 133 est inapplicable, plutôt qu'inopérant, en matière de faillite parce qu'il empiète sur un chef de compétence fédérale exclusive et du fait que la faillite est un domaine de compétence fédérale exclusive à l'intérieur duquel les lois provinciales ne s'appliquent pas, ce qui est différent des domaines où il y a compétence concurrente ou chevauchement de compétence, auquel cas la loi fédérale l'emporte et rend la loi provinciale inopérante dans la mesure du conflit. Puisque le domaine de la faillite est dégagé de celui de la propriété et des droits civils dont il relève au niveau conceptuel, une loi provinciale valide d'application générale continue de s'appliquer en matière de faillite jusqu'à ce que le législateur fédéral légifère conformément à sa compétence exclusive en matière de faillite et d'insolvabilité. À ce moment, la loi provinciale cède le pas à la loi fédérale dans la mesure où il y a conflit entre les deux et devient inapplicable dans cette mesure. Conformément à la présomption de constitutionnalité — l'autorité législative étant présumée avoir eu l'intention d'adopter des dispositions à l'intérieur de son champ de compétence constitutionnelle — la loi provinciale doit être interprétée de façon à ne pas s'appliquer à la matière qui ne relève pas de la compétence de l'autorité qui l'a adoptée.

En cas de possibilité de conflit entre une loi fédérale et une loi provinciale, il faut d'abord décider s'il s'agit de lois fédérale et provinciale valides. Dans l'affirmative, il faut examiner leur application concrète pour déterminer s'il existe une incompatibilité d'application entre les deux, auquel cas la loi fédérale l'emporte et la loi provinciale est sans effet dans la mesure du conflit. S'il existe une incompatibilité d'application dans un domaine de compétence fédérale exclusive, la loi provinciale sera inapplicable comme étant inconstitutionnelle dans cette mesure. Si le conflit se situe dans un domaine où il y a une compétence concurrente ou chevauchement de compétence, la loi provinciale demeurera constitutionnelle, mais sera inopérante. Dans la mesure où il y a incompatibilité d'application, une loi provinciale ne peut avoir un effet incident ou accessoire. Par contre, s'il n'y a pas d'incompatibilité d'application, alors les deux lois continuent de s'appliquer et d'avoir effet dans la mesure où aucune incompatibilité d'application ne surgit. À moins d'une incompatibilité d'application, une loi provinciale peut valablement avoir une incidence sur la faillite. Il existe, en l'espèce, une incompatibilité d'application manifeste vu que l'application conjuguée des par. 133(1) et (3) a pour effet de modifier l'ordre de priorité établi par la *Loi sur la faillite* fédérale, ou d'y contrevenir. Un tel empiètement sur un domaine de compétence fédérale exclusive constitue

into an exclusive federal sphere necessarily goes far beyond an incidental and ancillary effect.

Since as outlined s. 133 has no application in the event of bankruptcy, a number of threshold factual questions need not be addressed.

*Per Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. (dissenting):* Sections 133(1) and (3) of *The Workers' Compensation Act, 1979*, are severable and should be considered separately. Both are valid even where the contractor is or becomes bankrupt.

The doctrine of paramountcy, which arises where there is clear operational conflict between valid federal and provincial legislation, requires that the provincial legislation be declared inoperative to the extent of the conflict. Conflict for purposes of paramountcy analysis is found when compliance with the enactment of one level of government entails defiance with that of the other. Courts in applying the paramountcy doctrine should be restrained and look for co-existence rather than conflict.

A review of the legislative history and purpose of workers' compensation statutes did not give any indication that s. 133 was enacted for the purpose of improving the ranking of the Board in a bankruptcy.

The quartet of cases dealing with the paramountcy of the *Bankruptcy Act* over provincial enactments which directly interfered with the scheme of priorities established by s. 136 of the Act (*Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785; *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24) should be given a narrow interpretation. The quartet stands for the position that only those provincial laws which directly improve the priority of a claim upon the actual property of the bankrupt over that accorded by the *Bankruptcy Act* are inoperative. The broader approach, which would find a province to be improperly attempting to alter the priorities of distribution any time provincial law affected the final result of a bankruptcy, would produce unacceptable results because it risks nullifying the broad array of provincial legislation underpinning the *Bankruptcy Act*.

nécessairement bien plus qu'un effet incident et accessoire.

Puisque, tel qu'exposé, l'art. 133 ne s'applique pas en matière de faillite, il n'est pas nécessaire de répondre à un certain nombre de questions de fait préliminaires.

*Les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major (dissidents):* Les paragraphes 133(1) et (3) de *The Workers' Compensation Act, 1979*, sont dissociables et devraient être examinés séparément. Les deux sont valides même dans le cas où l'entrepreneur est ou devient failli.

La règle de la prépondérance, qui s'applique lorsqu'il y a clairement un conflit d'application entre une loi fédérale et une loi provinciale, toutes deux valides, exige que la loi provinciale soit déclarée inopérante dans la mesure du conflit. Pour les fins de l'analyse de la prépondérance, il y a conflit lorsque l'observance d'une loi d'un palier de gouvernement entraîne l'inobservance de celle de l'autre palier de gouvernement. En appliquant la règle de la prépondérance, les tribunaux devraient faire preuve de retenue et chercher la coexistence plutôt que des conflits.

Un examen de l'historique et de l'objet des lois sur l'indemnisation des accidents du travail n'a donné aucune raison de croire que l'art. 133 a été adopté dans le but d'améliorer le rang de la Commission dans une faillite.

Le quatuor d'arrêts portant sur la prépondérance de la *Loi sur la faillite* sur des lois provinciales qui modifiaient directement l'ordre de priorité établi à l'art. 136 de la Loi (*Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35, *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785, *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061, et *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24) devrait recevoir une interprétation restrictive. Le quatuor d'arrêts étaye le point de vue selon lequel ne sont inopérantes que les lois provinciales qui améliorent directement le rang d'une réclamation contre l'actif réel du failli par rapport à l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite*. L'interprétation large, selon laquelle une province se trouverait à tenter irrégulièrement de modifier l'ordre de priorité en matière de partage chaque fois qu'une loi provinciale touche l'issue d'une faillite, produirait des résultats inacceptables puisqu'elle risque d'annuler le vaste éventail de lois provinciales qui sous-tendent l'application de la *Loi sur la faillite*.



Provincial law plays a critical role in defining both the number and type of participants in the bankruptcy process and the size of the bankrupt's estate. A bankruptcy priority is a category and its precise content can and does vary to some extent from one province to the next. Because the federal legislation already contemplates that provincial law will impact upon the bankruptcy process, the respondents must do more than simply show that s. 133 has an effect on a particular bankruptcy. They must demonstrate that s. 133 actually reorders the federally established priority scheme with regard to the property of the bankrupt by directly creating interests in that property.

Section 133(1) has nothing to do with the property of the bankrupt. It creates a strict *in personam* obligation from the principal owing to the Board. The property of the principal is in no way subject to the *Bankruptcy Act*. The bankrupt is not even involved. The provision simply creates a third-party guarantee by the principal that the contractor will pay its debts to the board. Section 133(1) only alters the Board's recovery by permitting it to recover from a non-bankrupt third-party. No direct conflict within the meaning of the quartet or of paramountcy doctrine more generally exists between s. 133(1) and the *Bankruptcy Act*. Nothing in the *Bankruptcy Act* precludes any creditor, even if specifically mentioned in s. 136, from pursuing its remedies against a third-party as well as or instead of proving a claim in bankruptcy. Section 133(1) does not involve property that is related to or part of the estate of the bankrupt and it is consequently not in operational conflict with the bankruptcy scheme. Section 136 encompasses a claim against the property of the bankrupt. The Board claim under s. 133(1) targets a solvent principal. The two provisions are co-extensive and complementary, not mutually exclusive.

Section 133(3) engages a more direct interference with the bankruptcy scheme than subs. (1) because, since it is the actual property of the bankrupt that is involved in the restitutionary claim launched by the principal, it constitutes the only linkage between the property of the principal and the estate of the bankrupt contractor.

Section 133(3) is merely declaratory of two different remedies existing at equity, set-off and indemnification. Set-off is the more intrusive of the two since it permits the principal to stand first in the priority scheme by taking away the property of the bankrupt before it enters the estate. A claim for indemnification would have only

Les lois provinciales jouent un rôle crucial dans la détermination tant du nombre que du type de participants au processus de faillite et de la taille de l'actif du failli. Une priorité de rang en matière de faillite est une catégorie et son contenu précis peut varier jusqu'à un certain point d'une province à l'autre, et c'est effectivement le cas. Parce que la loi fédérale prévoit déjà que les lois provinciales auront une incidence sur le processus de faillite, les intimés doivent faire plus que simplement établir que l'art. 133 a une incidence sur une faillite particulière. Ils doivent démontrer que l'art. 133 modifie en fait l'ordre de priorité fédéral applicable aux biens du failli, en créant directement des droits sur ces biens.

Le paragraphe 133(1) n'a rien à voir avec les biens du failli. Il assujettit le commettant à une obligation personnelle stricte envers la Commission. Les biens du commettant ne sont aucunement assujettis à la *Loi sur la faillite*. Le failli n'est même pas en cause. Cette disposition crée simplement une garantie, de la part d'un tiers, le commettant, que l'entrepreneur paiera ses dettes à la Commission. Le paragraphe 133(1) ne modifie le recouvrement par la Commission qu'en lui permettant de s'adresser à un tiers non failli. Il n'existe pas de conflit direct, au sens du quatuor d'arrêts ou plus généralement de la règle de la prépondérance, entre le par. 133(1) et la *Loi sur la faillite*. Rien dans la *Loi sur la faillite* n'empêche un créancier, même expressément mentionné à l'art. 136, de s'adresser à un tiers pour obtenir réparation ou de faire la preuve d'une réclamation en matière de faillite, ou encore les deux à la fois. Le paragraphe 133(1) ne touche pas les biens qui ont un rapport avec l'actif du failli ou qui en font partie, et il ne présente donc aucune incompatibilité d'application avec le régime de faillite. L'article 136 vise une réclamation contre les biens du failli. La réclamation de la Commission, fondée sur le par. 133(1), vise un commettant solvable. Les deux dispositions coïncident et se complètent, et ne s'excluent pas mutuellement.

Le paragraphe 133(3) enclenche une ingérence plus directe dans le régime de faillite que le par. (1) du fait que, puisque c'est l'actif réel du failli qui est en cause dans la demande de restitution présentée par le commettant, il constitue le seul lien entre les biens du commettant et le patrimoine de l'entrepreneur failli.

Le paragraphe 133(3) ne fait que déclarer deux réparations différentes qui existent en *equity*: la compensation et l'indemnisation. La compensation est la plus envahissante des deux puisqu'elle permet au commettant d'occuper le premier rang dans l'ordre de priorité, en enlevant au failli des biens avant qu'ils ne fassent

an ancillary effect on the bankrupt's estate since it only permits the principal to join the ranks of the unsecured creditors. Neither remedy is invalid as s. 97(3) of the *Bankruptcy Act*, which provides that the law of set-off is to persist in bankruptcy, reconciles the priority scheme of the Act with the common law of set-off (and implicitly, of indemnification), and the claims embodied in s. 133(3) are merely reflective of those common law causes of action. Absent s. 133(3), such a claim would exist according to the law of restitution or the law of contract. In terms of restitution, it is settled that a person may claim for recoupment or reimbursement of monies expended by that person under compulsion of law if the effect of such a payment is to discharge the liability of another.

Set-off, independent of s. 133(3), also arises from the contractual relationship. The contracts oblige the contractor to "comply with all laws" and indemnify the principal from any expense arising from the "negligent performance, purported performance or non-performance of the contract" by the contractors.

The fact that the property of the bankrupt has been assigned to the Bank and, thus, that the debt is no longer technically owed to Metal Fab but to the Bank of Montreal, does not militate against a finding that the law of set-off applies. Equitable set-off (unlike legal set-off) can operate within the context of an assignment. The only pre-requisite to set-off against the assignee is that the claim against the assignee is to arise out of the same contract or series of events which gave rise to the original claim or be closely connected with that contract or series of events.

Although s. 133 renders the principal and the contractor jointly and severally liable to the Board, as between the principal and contractor, the primary liability lies with the contractor and, consequently, the solicitation of contribution for payments made on behalf of that contractor by the principal is consonant with commercial fairness.

Section 133(1) is still fully applicable in cases where there is either no indebtedness between the principal and the contractor or insufficient indebtedness to cover the full liability involved. To this end, not only does s. 133(1) operate in isolation of the bankruptcy, it also operates independently from s. 133(3). Subsection (1) is

partie de son actif. Une demande d'indemnisation n'aurait qu'une incidence accessoire sur l'actif du failli puisqu'elle ne permet au commettant que de joindre les rangs des créanciers non garantis. Ni l'une ni l'autre de ces réparations n'est invalide étant donné que le par. 97(3) de la *Loi sur la faillite*, qui prévoit que les règles de la compensation continuent de s'appliquer en matière de faillite, concilie l'ordre de priorité établi par la Loi et les règles de compensation (et, implicitement d'indemnisation) reconnues en common law, et que les réclamations visées au par. 133(3) reflètent simplement ces causes d'action reconnues en common law. En l'absence du par. 133(3), une telle réclamation existerait en vertu du droit en matière de restitution ou du droit des contrats. En ce qui concerne la restitution, il est bien établi qu'une personne peut réclamer le recouvrement ou le remboursement de sommes dépensées sous contrainte légale si l'effet de ce paiement est de décharger une autre personne de toute responsabilité.

La compensation, indépendamment du par. 133(3), découle aussi du lien contractuel. Les contrats obligent l'entrepreneur à «se conformer à toutes les lois» et à indemniser le commettant de toute dépense résultant «de l'exécution négligente, de la prétendue exécution ou de l'inexécution du contrat» par les entrepreneurs.

Le fait que les biens du failli aient été cédés à la Banque et, par conséquent, que la dette ne soit plus techniquement envers Metal Fab, mais envers la Banque de Montréal, ne justifie pas de ne pas conclure à l'application des règles de la compensation. La compensation en *equity* (contrairement à la compensation en common law) peut s'appliquer dans le contexte d'une cession. La seule condition préalable pour qu'il y ait compensation opposable au cessionnaire est que la réclamation contre celui-ci découle du même contrat ou de la même série d'événements à l'origine de la réclamation initiale, ou qu'elle leur soit étroitement reliée.

Bien que l'art. 133 rende le commettant et l'entrepreneur solidairement responsables envers la Commission, en ce qui les concerne, c'est l'entrepreneur qui est principalement responsable et, par conséquent, la demande de cotisation pour les paiements que le commettant a effectués pour le compte de cet entrepreneur est compatible avec l'équité commerciale.

Le paragraphe 133(1) est pleinement applicable dans le cas où soit qu'il n'y aura pas de dette entre le commettant et l'entrepreneur, soit que la dette sera insuffisante pour couvrir le plein montant de la responsabilité en cause. À cette fin, non seulement le par. 133(1) s'applique-t-il indépendamment de la faillite, mais encore il

the key feature of s. 133 as a whole. It aims at preserving the integrity of the Injury Fund. Section 133(3) is clearly secondary in this regard and s. 133(1) accordingly was not intended to operate solely in conjunction with s. 133(3). While s. 133(3) and the equitable rights it codifies might not be able to operate independently from s. 133(1), s. 133(1) can operate independently from s. 133(3).

### Cases Cited

By Gonthier J.

**Considered:** *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785; *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24; **disapproved:** *Ontario (Workers' Compensation Board) v. Evelyn Stevens Interiors Ltd. (Trustee of)* (1993), 100 D.L.R. (4th) 742; **referred to:** *Royal Bank of Canada v. Larue*, [1928] A.C. 187, aff'g [1926] S.C.R. 218; *Director of Labour Standards of Nova Scotia and Workers' Compensation Board of Nova Scotia v. Trustee in Bankruptcy* (1981), 38 C.B.R. (N.S.) 253; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Madden v. Nelson and Fort Sheppard Railway Co.*, [1899] A.C. 626; *County of Parkland No. 31 v. Stetar*, [1975] 2 S.C.R. 884; *Re Melton*; *Milk v. Towers*, [1918] 1 Ch. 37; *Re Coughlin & Co.* (1923), 4 C.B.R. 294; *Lister v. Hooson*, [1908] 1 K.B. 174; *Fredericton Co-operative Ltd. v. Smith* (1921), 2 C.B.R. 154; *Atlantic Acceptance Corp. v. Burns & Dutton Construction (1962) Ltd.* (1970), 14 D.L.R. (3d) 175; *Stein v. Blake*, [1995] 2 All E.R. 961; *Re Invitation Prêt-à-Porter Inc.*; *Miller v. Polbro Realty Co.* (1979), 31 C.B.R. (N.S.) 54; *Tennant v. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31; *Crown Grain Co. v. Day*, [1908] A.C. 504; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121.

By Iacobucci J. (dissenting)

*Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785; *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24; *Ontario (Workers' Compensation Board) v. Evelyn Stevens Interiors Ltd. (Trustee of)*

s'applique indépendamment du par. 133(3). Le paragraphe (1) est l'élément clé de l'art. 133. Il vise à préserver l'intégrité de la caisse des accidents. Le paragraphe 133(3) joue nettement un rôle secondaire à cet égard, et le par. 133(1) n'était donc pas destiné qu'à s'appliquer conjointement avec le par. 133(3). Bien qu'il se puisse que le par. 133(3) et les droits d'*equity* qu'il codifie ne soient pas applicables indépendamment du par. 133(1), le par. 133(1) peut, quant à lui, s'appliquer indépendamment du par. 133(3).

### Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

**Arrêts examinés:** *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785; *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061; *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24; **arrêt critiqué:** *Ontario (Workers' Compensation Board) c. Evelyn Stevens Interiors Ltd. (Trustee of)* (1993), 100 D.L.R. (4th) 742; **arrêts mentionnés:** *Royal Bank of Canada c. Larue*, [1928] A.C. 187, conf. [1926] R.C.S. 218; *Director of Labour Standards of Nova Scotia and Workers' Compensation Board of Nova Scotia c. Trustee in Bankruptcy* (1981), 38 C.B.R. (N.S.) 253; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Madden c. Nelson and Fort Sheppard Railway Co.*, [1899] A.C. 626; *Comté de Parkland n° 31 c. Stetar*, [1975] 2 R.C.S. 884; *Re Melton*; *Milk c. Towers*, [1918] 1 Ch. 37; *Re Coughlin & Co.* (1923), 4 C.B.R. 294; *Lister c. Hooson*, [1908] 1 K.B. 174; *Fredericton Co-operative Ltd. c. Smith* (1921), 2 C.B.R. 154; *Atlantic Acceptance Corp. c. Burns & Dutton Construction (1962) Ltd.* (1970), 14 D.L.R. (3d) 175; *Stein c. Blake*, [1995] 2 All E.R. 961; *Re Invitation Prêt-à-Porter Inc.*; *Miller c. Polbro Realty Co.* (1979), 31 C.B.R. (N.S.) 54; *Tennant c. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31; *Crown Grain Co. c. Day*, [1908] A.C. 504; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121.

Citée par le juge Iacobucci (dissent)

*Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785; *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061; *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24; *Ontario (Workers' Compensation Board) c. Evelyn Stevens Interiors Ltd. (Trustee of)* (1993), 100

(1993), 100 D.L.R. (4th) 742, rev'g *Re Evelyn Stevens Interiors Ltd.* (1990), 72 D.L.R. (4th) 712; *Serdula Construction Management Inc. v. Workers' Compensation Board*, Q.B. (Regina), Q.B.M. 126/91 (April 12, 1991); *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General for the Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189; *Royal Bank of Canada v. Larue*, [1928] A.C. 187, aff'g [1926] S.C.R. 218; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Medwid v. Ontario* (1988), 48 D.L.R. (4th) 272; *Reference re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)* (1987), 44 D.L.R. (4th) 501, aff'd [1989] 1 S.C.R. 992; *Re Black Forest Restaurant Ltd.* (1981), 37 C.B.R. (N.S.) 176; *TransGas Ltd. v. Mid-Plains Contractors Ltd.*, [1994] 3 S.C.R. 753; *Ecarnot (Trustee of) v. Western Credit Union Ltd.* (1991), 7 C.B.R. (3d) 207; *John M. M. Troup Ltd. v. Royal Bank of Canada*, [1962] S.C.R. 487; *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. v. Northern Badger Oil & Gas Ltd.*, [1991] 5 W.W.R. 577; *Robinson v. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 753; *Re French River Contracting Co.*, [1937] O.W.N. 665; *MacDonald v. Vapour Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134; *Holt v. Telford*, [1987] 2 S.C.R. 193; *Lister v. Hooson*, [1908] 1 K.B. 174; *Moule v. Garrett* (1872), L.R. 7 Ex. 101; *Brook's Wharf and Bull Wharf, Ltd. v. Goodman Brothers*, [1937] 1 K.B. 534; *Government of Newfoundland v. Newfoundland Railway Co.* (1888), 13 App. Cas. 199; *Hanak v. Green*, [1958] 2 All E.R. 141; *Coba Industries Ltd. v. Millie's Holdings (Canada) Ltd.*, [1985] 6 W.W.R. 14; *Federal Commerce and Navigation Ltd. v. Molena Alpha Inc.*, [1978] 3 All E.R. 1066, aff'd [1979] A.C. 757; *New Brunswick v. Estabrooks Pontiac Buick Ltd.* (1982), 44 N.B.R. (2d) 201; *Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 101; *Vickery v. Nova Scotia Supreme Court (Prothonotary)*, [1991] 1 S.C.R. 671; *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21; *Board of Industrial Relations v. Avco Financial Services Realty Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 699.

### Statutes and Regulations Cited

*Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, ss. 2, 17(1), 67, 72(1), 95, 97(3), 136, 141, 148, 158(a), 198(a).  
*Constitution Act, 1867*, ss. 91(21), 92(13).  
*Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, c. W-17.1, ss. 133(1), (3), (4).  
*Workers' Compensation Amendment Act, 1993*, S.S. 1993, c. 63, s. 40.

D.L.R. (4th) 742, inf. *Re Evelyn Stevens Interiors Ltd.* (1990), 72 D.L.R. (4th) 712; *Serdula Construction Management Inc. c. Workers' Compensation Board*, B.R. Sask. (Regina), Q.B.M. 126/91 (12 avril 1991); *Attorney-General of Ontario c. Attorney-General for the Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189; *Royal Bank of Canada c. Larue*, [1928] A.C. 187, conf. [1926] R.C.S. 218; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Medwid c. Ontario* (1988), 48 D.L.R. (4th) 272; *Reference re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)* (1987), 44 D.L.R. (4th) 501, conf. par [1989] 1 R.C.S. 992; *Re Black Forest Restaurant Ltd.* (1981), 37 C.B.R. (N.S.) 176; *TransGas Ltd. c. Mid-Plains Contractors Ltd.*, [1994] 3 R.C.S. 753; *Ecarnot (Trustee of) c. Western Credit Union Ltd.* (1991), 7 C.B.R. (3d) 207; *John M. M. Troup Ltd. c. Royal Bank of Canada*, [1962] R.C.S. 487; *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. c. Northern Badger Oil & Gas Ltd.*, [1991] 5 W.W.R. 577; *Robinson c. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 753; *Re French River Contracting Co.*, [1937] O.W.N. 665; *MacDonald c. Vapour Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134; *Holt c. Telford*, [1987] 2 R.C.S. 193; *Lister c. Hooson*, [1908] 1 K.B. 174; *Moule c. Garrett* (1872), L.R. 7 Ex. 101; *Brook's Wharf and Bull Wharf, Ltd. c. Goodman Brothers*, [1937] 1 K.B. 534; *Government of Newfoundland c. Newfoundland Railway Co.* (1888), 13 App. Cas. 199; *Hanak c. Green*, [1958] 2 All E.R. 141; *Coba Industries Ltd. c. Millie's Holdings (Canada) Ltd.*, [1985] 6 W.W.R. 14; *Federal Commerce and Navigation Ltd. c. Molena Alpha Inc.*, [1978] 3 All E.R. 1066, conf. par [1979] A.C. 757; *New Brunswick c. Estabrooks Pontiac Buick Ltd.* (1982), 44 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 201; *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 101; *Vickery c. Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Protonotaire)*, [1991] 1 R.C.S. 671; *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21; *Commission des relations de travail c. Avco Financial Services Realty Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 699.

### Lois et règlements cités

*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(21), 92(13).  
*Loi sur la faillite*, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 2, 17(1), 67, 72(1), 95, 97(3), 136, 141, 148, 158(a), 198(a).  
*Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, ch. W-17.1, art. 133(1), (3), (4).  
*Workers' Compensation Amendment Act, 1993*, S.S. 1993, ch. 63, art. 40.

**Authors Cited**

- Abel, Albert S. "The Neglected Logic of 91 and 92" (1969), 19 *U.T.L.J.* 487.
- Crépeau, Paul-André. *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*. Montréal: Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1989.
- Dadson, Aleck. "Comment" (1986), 64 *Can. Bar Rev.* 755.
- Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
- Duncan, Lewis and John D. Honsberger. *Bankruptcy in Canada*, 3rd ed. Toronto: Canadian Legal Authors Ltd., 1961.
- Edinger, Elizabeth. "Comment" (1985), 63 *Can. Bar Rev.* 203.
- Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Torts in Canada*, vol. 2. Toronto: Carswell, 1990.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).
- Houlden, L. W. and C. H. Morawetz. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1993.
- Judge, John A. M. and Margaret E. Grottenthaler. "Legal and Equitable Set-Offs" (1991), 70 *Can. Bar Rev.* 91.
- Lacy, Philip T. "Setoff and the Principle of Creditor Equality" (1992), 43 *S. Cal. L. Rev.* 951.
- Laskin's Canadian Constitutional Law*, vol. 1, 5th ed. By Neil Finkelstein. Toronto: Carswell, 1986.
- McCoid, John C. "Setoff: Why Bankruptcy Priority?" (1989), 75 *Va. L. Rev.* 15.
- Palmer, Kelly Ross. *The Law of Set-Off in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993.
- Roman, Andrew J. and M. Jasmine Sweatman. "The Conflict Between Canadian Provincial Personal Property Security Acts and the Federal Bankruptcy Act: The War is Over" (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 77.
- Williams, Glanville L. *Joint Torts and Contributory Negligence*. London: Stevens & Sons, 1951.
- Wood, Philip R. *English and International Set-Off*. London: Sweet & Maxwell, 1989.
- Ziegel, Jacob S. "Personal Property Security and Bankruptcy: There is no War! — A Reply to Roman and Sweatman" (1993), 72 *Can. Bar Rev.* 44.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1993), 116 Sask. R. 46, 108 D.L.R. (4th) 681, 11 C.L.R. (2d) 1, 22 C.B.R. (3d) 153, [1994] 1 W.W.R. 629, dismissing an appeal from a judgment of Wedge J. (1992), 104 Sask. R.

**Doctrine citée**

- Abel, Albert S. «The Neglected Logic of 91 and 92» (1969), 19 *U.T.L.J.* 487.
- Crépeau, Paul-André. *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*. Montréal: Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1989.
- Dadson, Aleck. «Commentaire» (1986), 64 *R. du B. can.* 755.
- Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
- Duncan, Lewis and John D. Honsberger. *Bankruptcy in Canada*, 3rd ed. Toronto: Canadian Legal Authors Ltd., 1961.
- Edinger, Elizabeth. «Commentaire» (1985), 63 *R. du B. can.* 203.
- Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Torts in Canada*, vol. 2. Toronto: Carswell, 1990.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).
- Houlden, L. W. and C. H. Morawetz. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1993.
- Judge, John A. M. and Margaret E. Grottenthaler. «Legal and Equitable Set-Offs» (1991), 70 *R. du B. can.* 91.
- Lacy, Philip T. «Setoff and the Principle of Creditor Equality» (1992), 43 *S. Cal. L. Rev.* 951.
- Laskin's Canadian Constitutional Law*, vol. 1, 5th ed. By Neil Finkelstein. Toronto: Carswell, 1986.
- McCoid, John C. «Setoff: Why Bankruptcy Priority?» (1989), 75 *Va. L. Rev.* 15.
- Palmer, Kelly Ross. *The Law of Set-Off in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993.
- Roman, Andrew J. and M. Jasmine Sweatman. «The Conflict Between Canadian Provincial Personal Property Security Acts and the Federal Bankruptcy Act: The War is Over» (1992), 71 *R. du B. can.* 77.
- Williams, Glanville L. *Joint Torts and Contributory Negligence*. London: Stevens & Sons, 1951.
- Wood, Philip R. *English and International Set-Off*. London: Sweet & Maxwell, 1989.
- Ziegel, Jacob S. «Personal Property Security and Bankruptcy: There is no War! — A Reply to Roman and Sweatman» (1993), 72 *R. du B. can.* 44.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1993), 116 Sask. R. 46, 108 D.L.R. (4th) 681, 11 C.L.R. (2d) 1, 22 C.B.R. (3d) 153, [1994] 1 W.W.R. 629, qui a rejeté un appel contre un jugement du juge Wedge (1992), 104

225, 96 D.L.R. (4th) 495, 3 C.L.R. (2d) 194, 16 C.B.R. (3d) 290. Appeal dismissed, Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. dissenting. Section 133 is inapplicable in bankruptcy when s. 133(1) of *The Workers' Compensation Act, 1979*, operates in tandem with s. 133(3). Section 133 was inapplicable when the contractor entered bankruptcy.

*Robert G. Richards and Evan L. Bennett*, for the appellant.

*James S. Ehmann and Paul J. Harasen*, for the respondent Husky Oil Operations Ltd.

*Edward R. Sojonky, Q.C., and Gordon Berscheid*, for the respondent Her Majesty The Queen in right of Canada.

*Thomson Irvine*, for the respondent the Attorney General for Saskatchewan.

*Brian J. Scherman*, for the respondent Bank of Montreal.

*Hart Schwartz*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Cedric L. Haines*, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

*R. Richard M. Butler*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submission only by *Nolan D. Steed* for the intervener the Attorney General for Alberta.

Written submission only by *Elizabeth Kosmidis* for the intervener the Workers' Compensation Board of Ontario.

Written submission only by *Gerald W. Massing* for the intervener the Workers' Compensation Board of British Columbia.

Written submission only by *Douglas R. Mah* for the intervener the Workers' Compensation Board of Alberta.

Sask. R. 225, 96 D.L.R. (4th) 495, 3 C.L.R. (2d) 194, 16 C.B.R. (3d) 290. Pourvoi rejeté, les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major sont dissidents. L'article 133 est inapplicable en matière de faillite lorsque les par. 133(1) et (3) de *The Workers' Compensation Act, 1979*, s'appliquent ensemble. L'article 133 était inapplicable lorsque l'entrepreneur a fait faillite.

*Robert G. Richards et Evan L. Bennett*, pour l'appelante.

*James S. Ehmann et Paul J. Harasen*, pour l'intimée Husky Oil Operations Ltd.

*Edward R. Sojonky, c.r., et Gordon Berscheid*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada.

*Thomson Irvine*, pour l'intimé le procureur général de la Saskatchewan.

*Brian J. Scherman*, pour l'intimée la Banque de Montréal.

*Hart Schwartz*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Cedric L. Haines*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*R. Richard M. Butler*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *Nolan D. Steed*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Argumentation écrite seulement par *Elizabeth Kosmidis*, pour l'intervenante la Commission des accidents du travail de l'Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Gerald W. Massing*, pour l'intervenante la Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *Douglas R. Mah*, pour l'intervenante la Workers' Compensation Board de l'Alberta.

Written submission only by *Bruce L. Willis, Q.C.*, for the intervener the Workers' Compensation Health and Safety Board of Yukon.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. was delivered by

GONTHIER J. — I have had the benefit of the reasons of my colleague Justice Iacobucci. I respectfully disagree with his conclusion that s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979, c. W-17.1*, is applicable in bankruptcy, and that provincial legislation can, through the operation of set-off in this manner, effectively reorder the priorities otherwise provided in the *Bankruptcy Act, R.S.C., 1985, c. B-3*.

In my opinion, the combined effect of the deemed debt in s. 133(1) and set-off against property of the bankrupt in s. 133(3) is to secure the Workers' Compensation Board's (the Board) claim against the estate of the bankrupt. When ss. 133(1) and (3) operate in tandem as intended by the Legislature, the effect is that the Board's claim is satisfied with property of the bankrupt in the form of the monies withheld by the principal. The principal becomes nothing more than a conduit for transferring to the Board monies which form property of the bankrupt's estate. The end result is that the bankrupt's estate is diminished to the extent of the contractor's liability to the Board, and the Board is correspondingly enriched by an identical amount, thereby recovering its claim in full. On the other hand, the principal's estate or patrimony remains entirely unaffected. The Board's claim is thus secured against the bankrupt's estate, mediated through the legally compelled agency of the principal. In this way, the Board recovers against the estate ahead of the priority mandated by Parliament in s. 136(1)(h) of the *Bankruptcy Act*, creating an operational conflict.

Recourse to s. 97(3) of the *Bankruptcy Act*, which incorporates by reference the provincial law of set-off, does not provide much assistance to the Board in this case. It is true that set-off itself may

Argumentation écrite seulement par *Bruce L. Willis, c.r.*, pour l'intervenante la Commission de la santé et de la sécurité au travail du Yukon.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin rendu par

LE JUGE GONTHIER — J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Iacobucci. En toute déférence, je ne souscris pas à sa conclusion que l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979, ch. W-17.1*, est applicable en matière de faillite, et que la loi provinciale peut, par une telle application de la compensation, effectivement modifier l'ordre de priorité par ailleurs prévu dans la *Loi sur la faillite, L.R.C. (1985), ch. B-3*.

À mon avis, la dette réputée, visée au par. 133(1), et la compensation sur les biens du failli, prévue au par. 133(3), ont pour effet conjugué de garantir la réclamation de la Workers' Compensation Board (la Commission) contre l'actif du failli. Lorsque les par. 133(1) et (3) s'appliquent ensemble comme l'a voulu le législateur, la réclamation de la Commission est alors réglée sur les biens du failli, grâce aux sommes retenues par le commettant. Ce dernier ne devient rien de plus qu'un intermédiaire qui transfère à la Commission des sommes qui font partie des biens de l'actif du failli. L'actif du failli se trouve alors diminué de la somme que l'entrepreneur doit à la Commission, et la Commission se trouve enrichie d'un montant identique et recouvre ainsi en totalité le montant qu'elle réclame. Par contre, l'actif ou le patrimoine du commettant demeure intact. La réclamation de la Commission est donc garantie sur l'actif du failli, par l'intermédiaire du commettant comme l'exige la Loi. Cette réclamation se trouve donc colloquée plus favorablement qu'elle ne le serait suivant l'ordre de priorité prescrit par le législateur à l'al. 136(1)(h) de la *Loi sur la faillite*, d'où une incompatibilité d'application.

Un recours au par. 97(3) de la *Loi sur la faillite*, qui incorpore par renvoi les règles provinciales de la compensation, n'est pas vraiment utile à la Commission en l'espèce. Il est vrai que la compen-

give rise to a reordering of priorities in bankruptcy in the limited sense that the party claiming set-off will secure his or her claim against the estate rather than recover under the priority otherwise provided by the *Bankruptcy Act*. This much is acknowledged by Parliament in enacting s. 97(3). However, the real question is the extent to which Parliament has deferred to the relevant provincial law. Here, Parliament has deferred to the extent of allowing the party claiming set-off to recover exceptionally ahead of his priority. But Parliament has not deferred to the extent of allowing third parties the same benefit as a result of the operation of provincial legislation. Set-off, in other words, is simply a defence to the payment of a debt, not a basis for validating statutory security devices which have the effect of securing the claims of third parties against the estate ahead of the priority stipulated by Parliament. The question is thus not whether the province has created a proprietary interest, but rather, it is whether that interest can have the effect of defeating the scheme of distribution under the *Bankruptcy Act*. Here, s. 133 not only gives a priority to the principal claiming set-off, which is permissible under s. 97(3), it also has the effect of securing the Board's claim against the estate, which most assuredly is impermissible. As a result, if s. 133 were applicable in bankruptcy, it would enter into conflict with the order of priorities required by the *Bankruptcy Act*. Consistent with the presumption of constitutionality, it is my opinion that s. 133 should be read down to the extent of the conflict; that is, s. 133 is inapplicable in bankruptcy. I would therefore dismiss the appeal with costs throughout.

#### I. Background Facts, Relevant Legislation and the Courts Below

Since my colleague Iacobucci J. has helpfully summarized the relevant factual and legislative

sation peut donner lieu à un changement d'ordre de priorité en matière de faillite, en ce sens restreint que la partie qui invoque la compensation garantit sa réclamation contre l'actif au lieu de la recouvrer suivant l'ordre de priorité par ailleurs prévu par la *Loi sur la faillite*. C'est précisément ce qu'a reconnu le législateur fédéral lorsqu'il a adopté le par. 97(3). Cependant, la véritable question est de savoir jusqu'à quel point le législateur fédéral s'en est remis à la loi provinciale pertinente. En l'espèce, il est allé jusqu'à permettre à la partie qui invoque la compensation d'être colloquée plus favorablement qu'elle ne le serait normalement. Cependant, le législateur fédéral n'a pas voulu aller jusqu'à accorder à une tierce partie le même avantage par application d'une loi provinciale. En d'autres termes, la compensation n'est qu'un moyen de défense opposable au paiement d'une créance; elle n'est pas un moyen de valider des instruments de garantie créés par la loi, qui font en sorte que les réclamations ainsi garanties de tierces parties contre l'actif se trouvent alors colloquées plus favorablement qu'elles ne le seraient suivant l'ordre de priorité établi par le législateur fédéral. C'est pourquoi il s'agit de savoir non pas si la province a créé un droit de propriété, mais plutôt si ce droit peut avoir pour effet de contrecarrer le plan de répartition établi dans la *Loi sur la faillite*. En l'espèce, non seulement l'art. 133 accorde-t-il la priorité au commettant qui invoque la compensation, ce que permet le par. 97(3), mais encore il a pour effet de garantir la réclamation de la Commission contre l'actif, ce qui est très certainement inacceptable. En conséquence, si l'art. 133 était applicable en matière de faillite, il entrerait en conflit avec l'ordre de priorité établi par la *Loi sur la faillite*. Conformément à la présomption de constitutionnalité, je suis d'avis que l'art. 133 devrait recevoir une interprétation atténuée dans la mesure du conflit, c'est-à-dire que l'art. 133 est inapplicable en matière de faillite. En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens dans toutes les cours.

#### I. Les faits, les textes législatifs pertinents et les juridictions inférieures

Puisque mon collègue le juge Iacobucci a résumé utilement les contextes factuels et législa-



background together with the judgments of the courts below, I need not repeat that discussion. However, for reasons that will become apparent, it is important to reproduce the impugned provision, s. 133 of the Saskatchewan *Workers' Compensation Act, 1979*, in its entirety:

133. — (1) Where a person, whether carrying on an industry included under this Act or not, in this section referred to as the principal, contracts with any other person, in this section referred to as the contractor, for the execution by or under the contractor of the whole or any part of any work for the principal, it is the duty of the principal to ensure that any sum that the contractor or any subcontractor is liable to contribute to the fund is paid and, where the principal fails to do so and the sum is not paid, he is personally liable to pay that sum to the board.

(2) The board shall have the same powers and be entitled to the same remedies for enforcing payment under subsection (1) that it possesses in respect of an assessment under this Act.

(3) Where the principal is liable to make payment to the board under subsection (1), he is entitled to be indemnified by any person who should have made the payment and is entitled to withhold, out of any indebtedness due to that person, a sufficient amount in respect of that indemnity.

(4) All questions as to the right to and the amount of such indemnity shall be determined by the board.

## II. Issues on Appeal

The constitutional questions raised by this appeal were stated by the Chief Justice on September 14, 1994 as follows:

1. Where a contractor as referred to in s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, c. W-17.1, is in bankruptcy and but for the bankruptcy, the principal as referred to in s. 133 would be liable to pay the assessment due by the contractor under the Act, is s. 133 of the said Act inoperative or inapplicable in whole or in part, by reason of being in conflict with the *Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, and in particular ss. 17(1), 67, 95, 136(1)(h), 148, 158(a) and 198(a) thereof?

tifs pertinents ainsi que les jugements des tribunaux d'instance inférieure, je n'ai pas à les reprendre. Cependant, pour des motifs que l'on comprendra, il est important de reproduire intégralement la disposition contestée, l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, de la Saskatchewan:

[TRADUCTION] 133. — (1) Si une personne, appelée le commettant dans le présent article, qu'elle exploite ou non une industrie visée par la présente loi, conclut un contrat avec une autre personne, appelée l'entrepreneur dans le présent article, pour l'exécution, par l'entrepreneur ou sous sa direction, de la totalité ou d'une partie d'un travail pour le compte du commettant, il incombe à ce dernier de veiller à ce que toute somme que l'entrepreneur ou un sous-traitant est tenu de verser à la caisse soit versée. Le commettant qui néglige de le faire est, à défaut de paiement, personnellement tenu de payer cette somme à la commission.

(2) La commission possède les mêmes pouvoirs et a droit aux mêmes recours pour l'exécution du paiement visé au paragraphe (1) que ceux dont elle dispose relativement à une cotisation en vertu de la Loi.

(3) Le commettant qui est tenu de faire un paiement à la commission en vertu du paragraphe (1) a le droit d'être indemnisé par toute personne qui aurait dû faire ce paiement et il a le droit de retenir, sur toute somme due à cette personne, un montant suffisant correspondant à cette indemnité.

(4) La commission tranche toutes les questions relatives au droit à cette indemnité et à son montant.

## II. Les questions en litige

Le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes le 14 septembre 1994:

1. Lorsque l'entrepreneur mentionné à l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, ch. W-17.1, est en faillite et que, n'eût été cette faillite, le commettant mentionné à ce même article serait tenu de payer la cotisation due par l'entrepreneur en vertu de la Loi, l'art. 133 de ladite loi est-il inopérant ou inapplicable en totalité ou en partie pour cause de conflit avec la *Loi sur la faillite*, L.R.C. (1985), ch. B-3, et, en particulier, avec les art. 17(1), 67, 95, 136(1)(h), 148, 158(a) et 198(a) de cette loi?

2. Was s. 133 of the said Act inoperative or inapplicable in the circumstances of this case?

2. L'article 133 de ladite loi était-il inopérant ou inapplicable dans les circonstances de la présente affaire?

6 I agree with my colleague Iacobucci J. that the parties before this Court focused their arguments on the alleged conflict between s. 133 of the Saskatchewan *Workers' Compensation Act, 1979*, and s. 136(1)(h) of the *Bankruptcy Act*. Certainly, that is the gravamen of this appeal. However, I respectfully disagree with Iacobucci J.'s restatement of the issues in the constitutional questions posed by the Chief Justice. Iacobucci J.'s reasons adopt the appellant's reformulation of the issues and examine the constitutional validity of ss. 133(1) and (3) separately. As will become apparent, in my view this manner of proceeding obscures the response to the constitutional questions. The question is not whether these provisions are independently valid, but rather, it is whether when combined they have the effect of reordering priorities in bankruptcy. When s. 133(1) is read together with s. 133(3), it is clear that the combined effect of the statutory deemed debt and the right to set-off against property of the bankrupt is to secure the Board's claim against the bankrupt's estate. In so doing, s. 133 read as a whole conflicts with Parliament's intention to accord the Board's claim the priority established in s. 136(1)(h) of the *Bankruptcy Act*.

Je conviens avec mon collègue le juge Iacobucci que les arguments des parties qui ont comparu devant nous ont surtout porté sur le conflit qui existerait entre l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, de la Saskatchewan et l'al. 136(1)(h) de la *Loi sur la faillite*. Certes, il s'agit là de l'essence du présent pourvoi. En toute déférence, cependant, je ne suis pas d'accord avec sa reformulation des questions constitutionnelles posées par le Juge en chef. Dans ses motifs, le juge Iacobucci adopte la reformulation des questions faite par l'appelante et examine séparément la constitutionnalité des par. 133(1) et (3). Comme on le verra, cette façon de procéder dissimule, à mon avis, l'enjeu véritable des questions constitutionnelles. Il s'agit de déterminer non pas si ces dispositions sont valides indépendamment l'une de l'autre, mais plutôt si elles ont pour effet conjugué de modifier l'ordre de priorité en matière de faillite. Lorsque le par. 133(1) est lu conjointement avec le par. 133(3), il est évident que la créance légale réputée et le droit à la compensation sur les biens du failli ont pour effet conjugué de garantir la réclamation de la Commission contre l'actif du failli. De ce fait, l'art. 133, pris dans son ensemble, est incompatible avec l'intention du législateur fédéral d'accorder à la réclamation de la Commission la priorité établie à l'al. 136(1)(h) de la *Loi sur la faillite*.

### III. Analysis

#### A. *The Purposes of Federal Bankruptcy Legislation*

7 At the outset, it is useful to remember that our bankruptcy system serves two distinct goals. The first is to ensure the equitable distribution of a bankrupt debtor's assets among the estate's creditors *inter se*. As one commentator has noted (Aleck Dadson, "Comment" (1986), 64 *Can. Bar Rev.* 755, at p. 755):

Bankruptcy serves this goal by replacing a regime of individual action with a regime of collective action. While the pre-bankruptcy regime of individual action

### III. Analyse

#### A. *Les objets de la loi fédérale sur la faillite*

Il est tout d'abord utile de se rappeler que notre régime de faillite a deux objectifs distincts. Le premier est d'assurer un partage équitable des biens du débiteur failli entre les créanciers de l'actif. Comme l'a fait remarquer un commentateur (Aleck Dadson, «Commentaire» (1986), 64 *R. du B. can.* 755, à la p. 755):

[TRADUCTION] Une faillite permet d'atteindre ce but en remplaçant un régime d'action individuelle par un régime d'action collective. Alors que le régime d'action

allows creditors to pursue their separate and competing claims to the debtor's assets, bankruptcy's regime of collective action sorts out those diverse claims and deals with the debtor's assets in a way which brings benefits to creditors as a group (reduced costs, increased recovery) . . . .

The collectivization of insolvency proceedings can only be achieved by denying to creditors the use of pre-bankruptcy remedies.

See also Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), vol. 1, at p. 25-3. The second goal of the bankruptcy system is the financial rehabilitation of insolvent individuals (Dadson, *supra*, at p. 755). This goal is furthered through the opportunity for an insolvent individual's discharge from outstanding debts.

It has long been accepted that the first goal of ensuring an equitable distribution of a debtor's assets is to be pursued in accordance with the federal system of bankruptcy priorities. In the seminal case of *Royal Bank of Canada v. Larue*, [1928] A.C. 187, affirming [1926] S.C.R. 218, Viscount Cave L.C. confirmed that the exclusive federal power over bankruptcy and insolvency in s. 91(21) of the *Constitution Act, 1867* enables Parliament to provide for the ranking of creditors in bankruptcy. He observed at p. 197:

In *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1894] A.C. 189, 200, Lord Herschell observed that a system of bankruptcy legislation might frequently require various ancillary provisions for the purpose of preventing the scheme of the Act from being defeated, and added: "It may be necessary for this purpose to deal with the effect of executions and other matters which would otherwise be within the legislative competence of the Provincial Legislature. Their Lordships do not doubt that it would be open to the Dominion Parliament to deal with such matters as part of a bankruptcy law, and the Provincial Legislature would doubtless be then precluded from interfering with this legislation inasmuch as such interference would affect the bankruptcy law of the Dominion Parliament." Taking these observations as affording assistance in the construction of s. 91, head 21, of the Act of 1867, their Lordships are of the opinion that the exclusive authority thereby given to the

individuelle antérieur à la faillite permet aux créanciers de demander paiement de leurs réclamations distinctes et concurrentes sur les biens du débiteur; le régime d'action collective instauré par la faillite classe ces diverses réclamations et traite l'actif du débiteur d'une façon qui confère des avantages aux créanciers en tant que groupe (réduction des coûts, recouvrement plus important) . . .

Ce n'est qu'en privant les créanciers du recours aux redressements antérieurs à la faillite qu'on arrive à collectiviser les procédures en matière d'insolvabilité.

Voir aussi Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3<sup>e</sup> éd. 1992), vol. 1, à la p. 25-3. Le deuxième objectif du régime de faillite est la réhabilitation financière de la personne insolvable (Dadson, *loc. cit.*, à la p. 755). On en favorise la réalisation en permettant à la personne insolvable de se libérer de ses dettes.

On reconnaît depuis longtemps qu'il faut chercher à atteindre le premier objectif, celui d'assurer un partage équitable de l'actif du débiteur, en respectant l'ordre de priorité établi par le régime fédéral en matière de faillite. Dans l'arrêt de principe *Royal Bank of Canada c. Larue*, [1928] A.C. 187, confirmant [1926] R.C.S. 218, le vicomte Cave, lord chancelier, confirme que la compétence fédérale exclusive en matière de faillite et d'insolvabilité, conférée au par. 91(21) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, permet au législateur fédéral d'établir l'ordre des créanciers dans une faillite. Il fait remarquer, à la p. 197:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Attorney-General of Ontario c. Attorney-General for Canada*, [1894] A.C. 189, à la p. 200, lord Herschell fait remarquer qu'un régime législatif sur la faillite peut souvent exiger diverses dispositions accessoires pour empêcher que l'économie de la loi ne soit mise en échec; il ajoute: «Il peut être nécessaire, à cette fin, de traiter de l'effet des saisies et d'autres sujets qui autrement seraient de la compétence législative de la province. Leurs Seigneuries ne doutent pas qu'il soit loisible au Parlement du Dominion de légiférer sur ces questions dans une loi sur la faillite et que la législature provinciale serait sans doute alors empêchée d'empiéter sur cette loi pour autant que cet empiètement toucherait la loi sur la faillite du Parlement du Dominion». Considérant que ces remarques aident à interpréter le par. 91(21) de la loi de 1867, leurs Seigneuries sont d'avis que la compétence exclusive accordée de ce fait au Parlement du Dominion pour légiférer

2. Was s. 133 of the said Act inoperative or inapplicable in the circumstances of this case?

2. L'article 133 de ladite loi était-il inopérant ou inapplicable dans les circonstances de la présente affaire?

6 I agree with my colleague Iacobucci J. that the parties before this Court focused their arguments on the alleged conflict between s. 133 of the Saskatchewan *Workers' Compensation Act, 1979*, and s. 136(1)(h) of the *Bankruptcy Act*. Certainly, that is the gravamen of this appeal. However, I respectfully disagree with Iacobucci J.'s restatement of the issues in the constitutional questions posed by the Chief Justice. Iacobucci J.'s reasons adopt the appellant's reformulation of the issues and examine the constitutional validity of ss. 133(1) and (3) separately. As will become apparent, in my view this manner of proceeding obscures the response to the constitutional questions. The question is not whether these provisions are independently valid, but rather, it is whether when combined they have the effect of reordering priorities in bankruptcy. When s. 133(1) is read together with s. 133(3), it is clear that the combined effect of the statutory deemed debt and the right to set-off against property of the bankrupt is to secure the Board's claim against the bankrupt's estate. In so doing, s. 133 read as a whole conflicts with Parliament's intention to accord the Board's claim the priority established in s. 136(1)(h) of the *Bankruptcy Act*.

Je conviens avec mon collègue le juge Iacobucci que les arguments des parties qui ont comparu devant nous ont surtout porté sur le conflit qui existerait entre l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, de la Saskatchewan et l'al. 136(1)(h) de la *Loi sur la faillite*. Certes, il s'agit là de l'essence du présent pourvoi. En toute déférence, cependant, je ne suis pas d'accord avec sa reformulation des questions constitutionnelles posées par le Juge en chef. Dans ses motifs, le juge Iacobucci adopte la reformulation des questions faite par l'appelante et examine séparément la constitutionnalité des par. 133(1) et (3). Comme on le verra, cette façon de procéder dissimule, à mon avis, l'enjeu véritable des questions constitutionnelles. Il s'agit de déterminer non pas si ces dispositions sont valides indépendamment l'une de l'autre, mais plutôt si elles ont pour effet conjugué de modifier l'ordre de priorité en matière de faillite. Lorsque le par. 133(1) est lu conjointement avec le par. 133(3), il est évident que la créance légale réputée et le droit à la compensation sur les biens du failli ont pour effet conjugué de garantir la réclamation de la Commission contre l'actif du failli. De ce fait, l'art. 133, pris dans son ensemble, est incompatible avec l'intention du législateur fédéral d'accorder à la réclamation de la Commission la priorité établie à l'al. 136(1)(h) de la *Loi sur la faillite*.

### III. Analysis

#### A. *The Purposes of Federal Bankruptcy Legislation*

7 At the outset, it is useful to remember that our bankruptcy system serves two distinct goals. The first is to ensure the equitable distribution of a bankrupt debtor's assets among the estate's creditors *inter se*. As one commentator has noted (Aleck Dadson, "Comment" (1986), 64 *Can. Bar Rev.* 755, at p. 755):

Bankruptcy serves this goal by replacing a regime of individual action with a regime of collective action. While the pre-bankruptcy regime of individual action

### III. Analyse

#### A. *Les objets de la loi fédérale sur la faillite*

Il est tout d'abord utile de se rappeler que notre régime de faillite a deux objectifs distincts. Le premier est d'assurer un partage équitable des biens du débiteur failli entre les créanciers de l'actif. Comme l'a fait remarquer un commentateur (Aleck Dadson, «Commentaire» (1986), 64 *R. du B. can.* 755, à la p. 755):

[TRADUCTION] Une faillite permet d'atteindre ce but en remplaçant un régime d'action individuelle par un régime d'action collective. Alors que le régime d'action

allows creditors to pursue their separate and competing claims to the debtor's assets, bankruptcy's regime of collective action sorts out those diverse claims and deals with the debtor's assets in a way which brings benefits to creditors as a group (reduced costs, increased recovery) . . . .

The collectivization of insolvency proceedings can only be achieved by denying to creditors the use of pre-bankruptcy remedies.

See also Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), vol. 1, at p. 25-3. The second goal of the bankruptcy system is the financial rehabilitation of insolvent individuals (Dadson, *supra*, at p. 755). This goal is furthered through the opportunity for an insolvent individual's discharge from outstanding debts.

It has long been accepted that the first goal of ensuring an equitable distribution of a debtor's assets is to be pursued in accordance with the federal system of bankruptcy priorities. In the seminal case of *Royal Bank of Canada v. Larue*, [1928] A.C. 187, affirming [1926] S.C.R. 218, Viscount Cave L.C. confirmed that the exclusive federal power over bankruptcy and insolvency in s. 91(21) of the *Constitution Act, 1867* enables Parliament to provide for the ranking of creditors in bankruptcy. He observed at p. 197:

In *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1894] A.C. 189, 200, Lord Herschell observed that a system of bankruptcy legislation might frequently require various ancillary provisions for the purpose of preventing the scheme of the Act from being defeated, and added: "It may be necessary for this purpose to deal with the effect of executions and other matters which would otherwise be within the legislative competence of the Provincial Legislature. Their Lordships do not doubt that it would be open to the Dominion Parliament to deal with such matters as part of a bankruptcy law, and the Provincial Legislature would doubtless be then precluded from interfering with this legislation inasmuch as such interference would affect the bankruptcy law of the Dominion Parliament." Taking these observations as affording assistance in the construction of s. 91, head 21, of the Act of 1867, their Lordships are of the opinion that the exclusive authority thereby given to the

individuelle antérieur à la faillite permet aux créanciers de demander paiement de leurs réclamations distinctes et concurrentes sur les biens du débiteur; le régime d'action collective instauré par la faillite classe ces diverses réclamations et traite l'actif du débiteur d'une façon qui confère des avantages aux créanciers en tant que groupe (réduction des coûts, recouvrement plus important) . . .

Ce n'est qu'en privant les créanciers du recours aux redressements antérieurs à la faillite qu'on arrive à collectiviser les procédures en matière d'insolvabilité.

Voir aussi Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3<sup>e</sup> éd. 1992), vol. 1, à la p. 25-3. Le deuxième objectif du régime de faillite est la réhabilitation financière de la personne insolvable (Dadson, *loc. cit.*, à la p. 755). On en favorise la réalisation en permettant à la personne insolvable de se libérer de ses dettes.

On reconnaît depuis longtemps qu'il faut chercher à atteindre le premier objectif, celui d'assurer un partage équitable de l'actif du débiteur, en respectant l'ordre de priorité établi par le régime fédéral en matière de faillite. Dans l'arrêt de principe *Royal Bank of Canada c. Larue*, [1928] A.C. 187, confirmant [1926] R.C.S. 218, le vicomte Cave, lord chancelier, confirme que la compétence fédérale exclusive en matière de faillite et d'insolvabilité, conférée au par. 91(21) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, permet au législateur fédéral d'établir l'ordre des créanciers dans une faillite. Il fait remarquer, à la p. 197:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Attorney-General of Ontario c. Attorney-General for Canada*, [1894] A.C. 189, à la p. 200, lord Herschell fait remarquer qu'un régime législatif sur la faillite peut souvent exiger diverses dispositions accessoires pour empêcher que l'économie de la loi ne soit mise en échec; il ajoute: «Il peut être nécessaire, à cette fin, de traiter de l'effet des saisies et d'autres sujets qui autrement seraient de la compétence législative de la province. Leurs Seigneuries ne doutent pas qu'il soit loisible au Parlement du Dominion de légiférer sur ces questions dans une loi sur la faillite et que la législature provinciale serait sans doute alors empêchée d'empiéter sur cette loi pour autant que cet empiètement toucherait la loi sur la faillite du Parlement du Dominion». Considérant que ces remarques aident à interpréter le par. 91(21) de la loi de 1867, leurs Seigneuries sont d'avis que la compétence exclusive accordée de ce fait au Parlement du Dominion pour légiférer

Dominion Parliament to deal with all matters arising within the domain of bankruptcy and insolvency enables that Parliament to determine by legislation the relative priorities of creditors under a bankruptcy or an authorized assignment. [Emphasis added.]

9 The power to determine the priorities of distribution of the bankrupt's assets thus confirmed, Parliament has created an equitable distribution wherein the general rule is that creditors are to rank equally, with claims provable in bankruptcy being paid rateably (*Bankruptcy Act*, s. 141). The rule of creditor equality is subject to 10 classes of debt which are accorded priority in a stated order, the so-called list of "preferred" creditors (s. 136). Included in these classes of exceptions is "all indebtedness of the bankrupt under any Workmen's Compensation Act" in s. 136(1)(h), ranked eighth in the list. Lastly, the entire scheme of distribution is "[s]ubject to the rights of secured creditors" (s. 136) which, as Professor Hogg has noted, "enables secured creditors to realize their security as if there were no bankruptcy" (Hogg, *supra*, at p. 25-9).

#### B. The "Quartet" of Supreme Court Bankruptcy Decisions

10 In recent years, the constitutional relationship between the scheme of distribution under the *Bankruptcy Act* and various branches of provincial law governing property has received heightened scrutiny in the so-called "quartet" of decisions of this Court. Since my interpretation of the quartet differs from Iacobucci J.'s, I hope that I will be forgiven for re-canvassing that familiar terrain in order to explain the basis of my position.

##### (i) Overview of the Quartet

11 First, in *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35 (hereinafter *Re Bourgault*), the trustee in bankruptcy sought to cancel a privilege registered by the Quebec Deputy Minister of Revenue on the bankrupt's immovable

sur toutes les questions relevant du domaine de la faillite et de l'insolvabilité permet à ce dernier de légiférer sur la priorité relative des créanciers en cas de faillite ou de cession autorisée. [Je souligne.]

Après avoir ainsi reçu confirmation de son pouvoir d'établir l'ordre de priorité applicable au partage de l'actif du failli, le législateur fédéral a créé un plan de répartition équitable qui, en règle générale, veut que les créanciers soient sur un pied d'égalité et qu'il y ait paiement au prorata des réclamations pouvant être établies dans la faillite (*Loi sur la faillite*, art. 141). La règle de l'égalité des créanciers est assujettie à 10 catégories de créances classées selon un ordre de priorité, soit la liste dite des créanciers «privilegiés» (art. 136). L'une de ces catégories d'exceptions, «toutes dettes contractées par le failli sous l'autorité d'une loi sur les accidents du travail», prévue à l'al. 136(1)(h), est au huitième rang de la liste. Enfin, l'ensemble du plan de répartition est appliqué «[s]ous réserve des droits des créanciers garantis» (art. 136), ce qui, comme l'a fait remarquer le professeur Hogg, [TRADUCTION] «permet aux créanciers garantis de réaliser leur garantie comme s'il n'y avait pas de faillite» (Hogg, *op. cit.*, à la p. 25-9).

#### B. Le «quatuor» d'arrêts de la Cour suprême en matière de faillite

Au cours des dernières années, dans quatre arrêts qualifiés de «quatuor», notre Cour a fait une étude particulière des rapports qui, du point de vue constitutionnel, existent entre le plan de répartition fondé sur la *Loi sur la faillite* et les divers aspects du droit provincial régissant la propriété. Puisque mon interprétation du quatuor d'arrêts diffère de celle du juge Iacobucci, j'espère que l'on me pardonnera de revenir en terrain battu pour expliquer le fondement de ma position.

##### (i) Aperçu du quatuor d'arrêts

Dans le premier arrêt, *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35 (ci-après *Re Bourgault*), le syndic de faillite cherchait à faire annuler un privilège enregistré par le sous-ministre du Revenu du Québec sur l'immeuble du failli en

property under the provincial *Retail Sales Tax Act*, R.S.Q. 1964, c. 71. The Quebec Deputy Minister of Revenue argued that the province was a "secured creditor" under s. 2 of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3, since the Quebec *Retail Sales Tax Act* provided that sums due to the Crown under the Act were "a privileged debt ranking immediately after law costs".

Writing for the majority, Pigeon J. rejected the priority claimed by the province. In so doing, he offered the following remarks on the interpretation of s. 107(1)(j) of the *Bankruptcy Act* (now s. 136(1)(j)) (at p. 44):

Accordingly, I find that the case turns upon the interpretation of para. 107(1)(j) . . . It is abundantly clear that this was intended to put on an equal footing all claims by Her Majesty in right of Canada or of a province except in cases where it was provided otherwise, namely, para. (c), the levy, and para. (h), workmen's compensation or unemployment insurance assessments and withholdings for income tax. Paragraph (j) ends with the following words, "notwithstanding any statutory preference to the contrary". The purpose of this part of the provision is obvious. Parliament intended to put all debts to a government on an equal footing; it therefore cannot have intended to allow provincial statutes to confer any higher priority. In my opinion, this is precisely what is being contended for when it is argued that, because the Quebec statute creates a privilege on immovable property effective from the date of registration, the Crown thereby becomes a "secured creditor" and thus escapes the effect of the provision which gives it only a lower priority. [Emphasis in original.]

Pigeon J. later concluded at p. 46:

If the contention of the Deputy Minister of Revenue in the case at bar was upheld, it would mean that the Quebec tax collector, provided his privilege was registered before the bankruptcy, would obtain a special preference on the proceeds of the sale of the immovable property in question, instead of having only the *pari passu* priority contemplated in the scheme of distribution established by the *Bankruptcy Act*. In my opinion, such result would be contrary to the intent of Parliament and no imperfection in drafting could justify it.

vertu de la *Loi de l'impôt sur la vente en détail*, S.R.Q. 1964, ch. 71, de la province. Le sous-ministre du Revenu du Québec soutenait que la province était un «créancier garanti» au sens de l'art. 2 de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, ch. B-3, puisque la *Loi de l'impôt sur la vente en détail* du Québec prévoyait que les sommes dues à Sa Majesté en vertu de la Loi étaient «une dette privilégiée prenant rang immédiatement après les frais de justice».

S'exprimant au nom de la majorité, le juge Pigeon a rejeté la priorité réclamée par la province. Ce faisant, il a fait les commentaires suivants relativement à l'interprétation de l'al. 107(1)(j) de la *Loi sur la faillite* (maintenant l'al. 136(1)(j)) (à la p. 44):

C'est donc à l'interprétation de l'al. 107(1)(j) qu'il faut s'arrêter. [ . . . ] Il est manifeste que celle-ci vise à mettre sur un pied d'égalité toutes les créances de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province sauf dans les cas autrement prévus, c'est-à-dire, al. c) le prélèvement et al. h) les cotisations pour accidents du travail ou assurance-chômage et les retenues à la source pour l'impôt sur le revenu. Le texte de l'al. j) se termine par les mots suivants: «nonobstant tout privilège statutaire à l'effet contraire». Le but de cette partie de la disposition est évident. Le législateur fédéral a entendu mettre sur pied d'égalité toutes les dettes dues à un gouvernement; il ne peut donc pas avoir voulu permettre que les lois provinciales accordent une autre priorité. À mon avis, c'est précisément ce que l'on réclame en soutenant que, parce que la loi du Québec accorde un privilège sur les immeubles qui prend effet à compter de la date de son enregistrement, le fisc y devient un «créancier garanti» et échappe ainsi à la disposition qui ne lui accorde qu'une certaine priorité. [Souligné dans l'original.]

Le juge Pigeon conclut, à la p. 46:

Si l'on admettait dans la présente cause la prétention du sous-ministre du Revenu, il en résulterait que le fisc provincial québécois jouirait, à la seule condition que son privilège ait été enregistré avant la faillite, d'une préférence particulière sur le produit de la vente de l'immeuble visé, au lieu de n'avoir droit qu'à la priorité *pari passu* prévue au plan de répartition établi par la *Loi sur la faillite*. C'est un résultat qui me paraît contraire à l'intention du législateur fédéral et que ne sauraient justifier des imperfections de rédaction.

13

This Court confirmed and extended this approach to the relationship between the *Bankruptcy Act* and provincial law in *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785. Section 78(4)(a) of the *Alberta Workers' Compensation Act*, S.A. 1973, c. 87, provided that the provincial Workers' Compensation Board retained a "charge upon the property or proceeds of property of the employer" for unpaid assessments under the Act. The question before the Court was whether this provision rendered the Board a secured creditor of the bankrupt employer for the purposes of the opening words of s. 107(1) of the *Bankruptcy Act* which subjected the list of preferred claims "to the rights of secured creditors", or whether the Board's claim was postponed to s. 107(1)(h) which expressly addressed "all indebtedness of the bankrupt under any Workers' Compensation Act".

Notre Cour a confirmé et élargi cette analyse du lien entre la *Loi sur la faillite* et le droit provincial dans l'arrêt *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785. L'alinéa 78(4)a de *The Workers' Compensation Act* de l'Alberta, S.A. 1973, ch. 87, prévoyait que la Worker's Compensation Board (la Commission) détenait une charge [TRADUCTION] «[grevant] les biens ou le produit des biens de l'employeur» relativement aux cotisations impayées au sens de la Loi. La question soulevée devant notre Cour était de savoir si cette disposition faisait de la Commission un créancier garanti de l'employeur failli, aux fins de l'application des premiers mots du par. 107(1) de la *Loi sur la faillite*, qui assujettissaient la liste des réclamations privilégiées aux «droits des créanciers garantis», ou si la réclamation de la Commission relevait de l'al. 107(1)(h) qui visait explicitement «toutes dettes contractées par le failli sous l'autorité d'une loi sur les accidents du travail».

14

A majority of the Court ruled that the Board was not a secured creditor and could only recover under s. 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act*. Speaking for the majority on this point, Wilson J. cited approvingly (at pp. 804-5) the following remarks of Jones J.A. in *Director of Labour Standards of Nova Scotia and Workers' Compensation Board of Nova Scotia v. Trustee in Bankruptcy* (1981), 38 C.B.R. (N.S.) 253 (N.S.C.A.), at p. 260, on the ratio of the *Re Bourgault* decision:

Notre Cour à la majorité a statué que la Commission n'était pas un créancier garanti et qu'elle ne pouvait recouvrer qu'en vertu de l'al. 107(1)(h) de la *Loi sur la faillite*. S'exprimant au nom de notre Cour à la majorité sur ce point, le juge Wilson cite en les approuvant (aux pp. 804 et 805) les remarques suivantes que le juge Jones a formulées dans l'arrêt *Director of Labour Standards of Nova Scotia and Workers' Compensation Board of Nova Scotia c. Trustee in Bankruptcy* (1981), 38 C.B.R. (N.S.) 253 (C.A.N.-É.), à la p. 260, quant au raisonnement de l'arrêt *Re Bourgault*:

Mr. Justice Pigeon made it abundantly clear that priorities of provincial claims must be determined in accordance with s. 107(1) of the Bankruptcy Act notwithstanding any statutory preference to the contrary. Debts under the Workers' Compensation Act fall under s. 107(1)(h) of the Act. Claims for wages are governed by s. 107(1)(d). With deference, it is not open to the province to provide any higher or more extensive priority for wages in view of the express provisions contained in that clause. It is clear from [Re Bourgault] that the provincial Crown cannot claim as a secured creditor under the Bankruptcy Act, notwithstanding the form of the

[TRADUCTION] Monsieur le juge Pigeon a dit très clairement que les priorités des réclamations fondées sur la loi provinciale se déterminent selon le par. 107(1) de la Loi sur la faillite nonobstant tout privilège statuaire à l'effet contraire. Les dettes contractées en vertu de la Workers' Compensation Act tombent sous le coup de l'al. 107(1)(h) de la Loi. Les réclamations pour salaires sont régies par l'al. 107(1)(d). Avec égards, il n'est pas loisible à la province d'accorder une priorité plus grande ou plus étendue pour les salaires vu les dispositions expresses de cet alinéa. Il ressort clairement de l'arrêt [Re Bourgault] que Sa Majesté du chef de la province ne peut faire valoir de réclamation à titre de créancière garantie en vertu de la Loi sur la faillite, en dépit de la formulation de la loi provinciale, si la réclamation est



provincial legislation, where the claim is governed by s. 107(1) of the *Bankruptcy Act*. [Emphasis added.]

In the same vein, Wilson J. later added the following important comments at p. 806:

With respect, the issue in *Re Bourgault* and *Re Black Forest Restaurant Ltd.* was not whether a proprietary interest has been created under the relevant provincial legislation. It was whether provincial legislation, even if it did create a proprietary interest, could defeat the scheme of distribution under s. 107(1) [now s. 136(1)] of the *Bankruptcy Act*. These cases held that it could not, that while the provincial legislation could validly secure debts on the property of the debtor in a non-bankruptcy situation, once bankruptcy occurred s. 107(1) determined the status and priority of the claims specifically dealt with in the section. It was not open to the claimant in bankruptcy to say: By virtue of the applicable provincial legislation I am a secured creditor within the meaning of the opening words of s. 107(1) of the *Bankruptcy Act* and therefore the priority accorded my claim under the relevant paragraph of s. 107(1) does not apply to me . . . . [This position] cannot be supported as a matter of statutory interpretation of s. 107(1) since, if the section were to be read in this way, it would have the effect of permitting the provinces to determine priorities on a bankruptcy, a matter within exclusive federal jurisdiction.

Having concluded that the case was governed by *Re Bourgault*, the majority of the Court considered the question of the appropriate response to the constitutional question: Was the provincial legislation inapplicable or inoperative? Wilson J. (McIntyre J. and Lamer J. (as he then was) concurring) noted that by virtue of the presumption of constitutionality, a province should be presumed to be legislating within its competence rather than outside it. As a result, she concluded that there was no conflict between s. 78(4) of *The Workers' Compensation Act* and s. 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act* since the former should be construed or read down as simply having no application in the event of bankruptcy (p. 808). By contrast, Chouinard J. (Dickson J. (as he then was) and Beetz J. concurring) agreed with the body of Wilson J.'s reasons but ruled that s. 78(4) was inoperative in the event of

régie par le par. 107(1) de la *Loi sur la faillite*. [Je souligne.]

Dans la même veine, le juge Wilson ajoute ensuite les importants commentaires suivants, à la p. 806:

Avec égards, dans les arrêts *Re Bourgault* et *Re Black Forest Restaurant Ltd.*, le litige n'était pas de savoir s'il y avait eu création d'un droit de propriété en vertu des lois provinciales applicables. Il s'agissait de savoir si, même si elle créait un droit de propriété, la loi provinciale pouvait aller à l'encontre du plan de distribution prévu au par. 107(1) [maintenant le par. 136(1)] de la *Loi sur la faillite*. Ces arrêts ont décidé qu'elle ne le pouvait pas et que, même si la loi provinciale pouvait valablement créer une sûreté pour des dettes sur les biens du débiteur en dehors de la faillite, dès qu'il y avait faillite, le par. 107(1) déterminait le statut et la priorité des réclamations expressément mentionnées dans cet article. Il n'était pas loisible au créancier de la faillite de dire: en vertu de la loi provinciale applicable, je suis un créancier garanti au sens des premiers mots du par. 107(1) de la *Loi sur la faillite* et en conséquence la priorité que l'alinéa pertinent du par. 107(1) accorde à ma réclamation ne s'applique pas à moi. [. . .] Cette position n'est pas étayée par l'interprétation législative du par. 107(1) puisque, si on interprétait l'article dans ce sens, il aurait pour effet de permettre aux provinces de déterminer les priorités en cas de faillite, ce qui relève de la compétence fédérale exclusive.

Après avoir conclu que l'arrêt *Re Bourgault* était applicable, notre Cour à la majorité a examiné la façon dont il convenait de répondre à la question constitutionnelle: la loi provinciale était-elle inapplicable ou inopérante? Le juge Wilson (avec l'appui des juges McIntyre et Lamer (maintenant Juge en chef)) a souligné qu'il y avait lieu de tenir pour acquis, en vertu de la présomption de constitutionnalité, qu'une province légifère dans le cadre de sa compétence. C'est pourquoi elle a conclu qu'il n'y avait pas de conflit entre le par. 78(4) de *The Workers' Compensation Act*, et l'al. 107(1)(h) de la *Loi sur la faillite* puisque la disposition provinciale devait être considérée comme étant tout simplement inapplicable en cas de faillite (p. 808). Par contre, le juge Chouinard (avec l'appui du juge Dickson (plus tard Juge en chef) et du juge Beetz) s'est dit d'accord avec l'ensemble des motifs du

bankruptcy since it conflicted with s. 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act* (pp. 788-89).

juge Wilson, mais a conclu que le par. 78(4) était inopérant en cas de faillite puisqu'il entraînait en conflit avec l'al. 107(1)(h) de la *Loi sur la faillite* (pp. 788 et 789).

17 This Court's decision in *Deloitte Haskins* is thus "significant because it confirms that any statutory lien conferred by a province on creditors listed in [s. 136] will nonetheless be inoperative [or inapplicable] in bankruptcy proceedings" (Dadson, *supra*, at p. 758).

L'arrêt *Deloitte Haskins* de notre Cour est donc [TRADUCTION] «important parce qu'il confirme que tout privilège d'origine législative accordé par une province à des créanciers figurant sur la liste énumérée à [l'art. 136] sera néanmoins inopérant [ou inapplicable] dans des procédures de faillite» (Dadson, *loc. cit.*, à la p. 758).

18 The third decision in the bankruptcy quartet is *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061 (*FBDB*). Subject to certain restrictions, s. 49(2) of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3 (now s. 69(2)), entitled a secured creditor to "realize or otherwise deal with his security in the same manner as he would have been entitled to realize or deal with it if this section had not been passed". The question before the Court was whether federal or provincial law determined the order of priorities of distribution when a secured creditor availed himself of s. 49(2) to liquidate his security outside of the bankruptcy proceedings. Interestingly, the provincial security interest was a privilege registered on the debtor's immovable property by the Commission de la santé et de la sécurité du travail under s. 110(1) of the *Quebec Workmen's Compensation Act*, R.S.Q. 1977, c. A-3, which ranked its privilege as a claim "ranking immediately after law costs without registration".

Le troisième arrêt du quatuor en matière de faillite est *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061 (*BFD*). Sous réserve de certaines restrictions, le par. 49(2) de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, ch. B-3 (maintenant le par. 69(2)), permettait à un créancier garanti de «réaliser sa garantie ou autrement en disposer de la même manière qu'il aurait eu droit de la réaliser ou d'en disposer si le présent article n'eût pas été adopté». Notre Cour devait déterminer laquelle de la loi fédérale ou de la loi provinciale déterminait l'ordre de priorité en matière de partage lorsqu'un créancier garanti se prévalait du par. 49(2) pour liquider sa garantie en dehors des procédures de faillite. Fait intéressant, la garantie de la province était un privilège enregistré sur le bien immobilier de la débitrice par la Commission de la santé et de la sécurité du travail, en vertu du par. 110(1) de la *Loi sur les accidents du travail* du Québec, L.R.Q. 1977, ch. A-3, qui classait son privilège comme une réclamation «prenant rang immédiatement après les frais de justice sans enregistrement».

19 Speaking for the Court, Lamer J. noted at p. 1066 that this provincial legislation was in direct conflict with the *Bankruptcy Act*:

S'exprimant au nom de notre Cour, le juge Lamer fait remarquer, à la p. 1066, que la loi provinciale est directement en conflit avec la *Loi sur la faillite*:

If the provincial law rules prevail, respondent is a secured creditor and its debt ranks before that of the trustee. If on the other hand the *Bankruptcy Act* has priority, the scheme of distribution set out in s. 107 of the Act determines the priority ranking. According to the decision of this Court in *Deloitte*, *supra*, respondent would then lose the benefit of its privilege and become

Si les règles du droit québécois doivent prévaloir, l'intimée est un créancier garanti et sa créance est colloquée avant celle du fiduciaire. Par ailleurs, si la *Loi sur la faillite* a préséance, le plan de répartition prévu à l'art. 107 de cette loi détermine l'ordre de collocation. Selon la décision rendue par cette Cour dans *Deloitte*, précité, l'intimée perd alors l'avantage de son privilège et

merely a preferred creditor, since its claim is dealt with by s. 107(1)(h) . . . .

After concluding that the immovable property remained “property of the bankrupt” within the meaning of s. 47 (now s. 67) of the *Bankruptcy Act* notwithstanding its seizure by the bankrupt’s trustee and mandatary (p. 1068), Lamer J. stated at p. 1069:

The issue then is to determine what legislation, provincial or federal, applies here. A problem of the same type came before this Court in *Re Bourgault* and *Deloitte*, *supra*. In *Re Bourgault*, this Court held that in a bankruptcy matter s. 107(1)(j) of the *Bankruptcy Act* determines the priority of any claim covered by that provision. A provincial statute cannot override the scheme of distribution set out in s. 107 of the Act. To borrow the words of Pigeon J. (at p. 44), “Parliament intended to put all debts to a government on an equal footing; it therefore cannot have intended to allow provincial statutes to confer any higher priority”. Similarly, the majority of the Court in *Deloitte* held that a creditor who holds a privilege under a provincial statute cannot claim the status of a secured creditor within the meaning of the *Bankruptcy Act* so as to avoid the order of distribution of s. 107 of the Act. In the event of bankruptcy, priorities are exclusively a matter for federal jurisdiction. [Emphasis added.]

It is important to stress that the respondent in *FBDB* sought to distinguish the Court’s earlier decisions of *Re Bourgault* and *Deloitte Haskins*. Lamer J. stated the respondent’s argument thus (at p. 1070):

. . . respondent is arguing that, as the hypothecated property was liquidated outside the bankruptcy proceeding, without involvement by the trustee in bankruptcy, the solution must be sought not in federal but in Quebec law. Respondent added that, as the trustee chose to realize his security himself outside the bankruptcy, he must bear the consequences of that choice and accept the order of collocation determined by provincial statutes.

But the Court rejected this attempt to circumvent the order of priorities required by the *Bankruptcy Act*. Lamer J. ruled at p. 1071:

devient un simple créancier privilégié, puisque sa réclamation est prévue à l’al. 107(1)(h) . . . .

Après avoir conclu que le bien immobilier demeurerait «un bien du failli» au sens de l’art. 47 (maintenant l’art. 67) de la *Loi sur la faillite*, même s’il avait été saisi par le fiduciaire et mandataire du failli (p. 1068), le juge Lamer affirme, à la p. 1069:

Il convient donc de déterminer quelle législation — provinciale ou fédérale — s’applique en l’occurrence. Un problème de même nature s’était soulevé devant nous dans les affaires *Re Bourgault* et *Deloitte*, précitées. Dans *Re Bourgault*, cette Cour a statué qu’en cas de faillite, l’al. 107(1)(j) de la *Loi sur la faillite* détermine la priorité de toute réclamation prévue à cette disposition. La loi provinciale ne peut aller à l’encontre du plan de répartition établi à l’art. 107 de la Loi. Pour reprendre les paroles du juge Pigeon, à la p. 44, «[ ] le législateur fédéral a entendu mettre sur [un] pied d’égalité toutes les dettes dues à un gouvernement; il ne peut donc avoir voulu permettre que les lois provinciales accordent une autre priorité.» Continuant dans la même voie, la majorité de la Cour, dans l’affaire *Deloitte*, a conclu qu’un créancier qui détient un privilège en vertu d’une loi provinciale ne peut revendiquer le statut de créancier garanti au sens de la *Loi sur la faillite* pour éviter de se soustraire à l’ordre de distribution de l’art. 107 de la Loi. En cas de faillite, les priorités relèvent exclusivement de la compétence fédérale. [Je souligne.]

Il importe de souligner que l’intimée, dans l’arrêt *BFD*, cherchait à établir une distinction d’avec les arrêts *Re Bourgault* et *Deloitte Haskins* rendus antérieurement par notre Cour. Voici comment le juge Lamer formule l’argument de l’intimée (à la p. 1070):

Elle prétend [ . . . ] que, la liquidation du bien hypothéqué s’étant déroulée en dehors de la procédure de faillite, sans intervention du syndic, la solution au litige doit être recherchée, non pas dans la loi fédérale, mais dans le droit québécois. L’intimée ajoute que, le fiduciaire ayant choisi de réaliser lui-même sa garantie en marge de la faillite, il doit accepter les conséquences qui découlent de ce choix et, partant, se soumettre à l’ordre de collocation établi par les lois provinciales.

Cependant, notre Cour a rejeté cette tentative de contourner l’ordre de priorité prescrit par la *Loi sur la faillite*. Le juge Lamer décide ceci, à la p. 1071:

... I feel that the decisions in *Re Bourgault* and *Deloitte* are conclusive as to the fate of the appeal. These cases stand for the following proposition: in a bankruptcy matter, it is the *Bankruptcy Act* which must be applied. If a bankruptcy occurs, the order of priority is determined by the ranking in s. 107 of the Act, and any debt mentioned in that provision must therefore be given the specified priority. [Emphasis added.]

22

As a result, Lamer J. classified the respondent as a preferred creditor in s. 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act*. He accepted, at p. 1072, that this result might encourage secured creditors "to bring about the bankruptcy of their debtor in order to improve their title". Nevertheless, he was mindful that "this solution has obvious advantages". As he explained at p. 1072:

As soon as the bankruptcy occurs the *Bankruptcy Act* will be applied: the mere fact that a creditor is mentioned in s. 107 of the Act suffices for such creditor to be ranked as a preferred creditor and in the position indicated in that provision. As provincial statutes cannot affect the priorities created by the federal statute, consistency in the order of priority in bankruptcy situations is ensured from one province to another. [Emphasis added.]

23

Finally, in *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24, at issue was whether the deemed statutory trust created by s. 18 of the *British Columbia Social Service Tax Act*, R.S.B.C. 1979, c. 388, in favour of the province for provincial sales tax collected was a valid trust within the meaning of s. 47(a) (now s. 67(a)) of the *Bankruptcy Act*. Section 47(a) exempted "property held by the bankrupt in trust for any other person" from "[t]he property of a bankrupt divisible among his creditors". A majority of the Court ruled that this deemed statutory trust was not a valid trust. Instead, the province's claim for the monies collected under the purported trust was really a Crown preferred claim under s. 107(1)(j) of the *Bankruptcy Act*, which covered "claims of the Crown... in right of Canada or of any province".

... j'estime que les décisions rendues dans *Re Bourgault* et *Deloitte* tranchent le pourvoi de façon déterminante. Le principe qui se dégage de ces arrêts est le suivant: en cas de faillite, c'est la *Loi sur la faillite* qui doit recevoir application. S'il y a faillite, l'ordre de collocation est établi selon les priorités prévues à l'art. 107 de la Loi, et toute créance mentionnée à cette disposition doit donc être colloquée selon le rang prescrit. [Je souligne.]

Le juge Lamer a donc qualifié l'intimée de créancière privilégiée visée par l'al. 107(1)(h) de la *Loi sur la faillite*. Il a reconnu, à la p. 1072, que cela pourrait inciter des créanciers garantis «à provoquer la faillite de leur débiteur en vue de bonifier leur titre». Il était néanmoins conscient que «cette solution présente des avantages évidents». Comme il l'explique, à la p. 1072:

Dès la survenance de la faillite, la *Loi sur la faillite* reçoit application; la seule mention d'un créancier à l'art. 107 de la Loi suffit pour que celui-ci soit colloqué à titre de créancier privilégié et au rang prévu à cette disposition. Comme les lois provinciales ne peuvent porter atteinte aux priorités créées par la loi fédérale, l'ordre de collocation bénéficie donc, en cas de faillite, d'une certaine uniformité d'une province à l'autre. [Je souligne.]

Enfin, dans l'arrêt *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24, il s'agissait de déterminer si la fiducie réputée créée par l'art. 18 de la *Social Service Tax Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, ch. 388, en faveur de la province relativement à la taxe de vente provinciale perçue constituait une fiducie valide au sens de l'al. 47(a) (maintenant l'al. 67a)) de la *Loi sur la faillite*. Cet alinéa prévoyait que «[l]es biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers» ne comprenaient pas «les biens détenus par le failli en fiducie pour toute autre personne». Notre Cour à la majorité a statué que la fiducie légale réputée ne constituait pas une fiducie valide. En fait, la réclamation de la province visant les sommes perçues en vertu de la prétendue fiducie constituait plutôt une réclamation privilégiée de la Couronne, au sens de l'al. 107(1)(j) de la *Loi sur la faillite*, qui visait les «réclamations [...] de la Couronne du chef du Canada ou d'une province du Canada».

Speaking for the majority, McLachlin J. noted at p. 30 that the impugned deemed statutory trust lacked the essential attributes of a trust under general principles of trust law, namely the possibility of being identified and traced. She stated at p. 33:

To interpret s. 47(a) as applying not only to trusts as defined by the general law, but to statutory trusts created by the provinces lacking the common law attributes of trusts, would be to permit the provinces to create their own priorities under the *Bankruptcy Act* and to invite a differential scheme of distribution on bankruptcy from province to province.

Significantly, McLachlin J. also stated, at pp. 33-34, the Court's preference for an interpretation of s. 47(a) consistent with "the clear intention of Parliament, in enacting the *Bankruptcy Act*, of setting up a clear and orderly scheme for the distribution of the bankrupt's assets".

Moving to the nature of the legal interests created by s. 18 of the *Social Service Tax Act*, McLachlin J. noted at p. 34 that at the moment of collection the "trust property is identifiable and the trust meets the requirements for a trust under the principles of trust law". However, she was cautious to note that the trust monies are soon mingled with other money in the hands of the merchant and converted to other property, and as a result they could not be traced. She observed at p. 34:

... as the presence of the deeming provision tacitly acknowledges, the reality is that after conversion the statutory trust bears little resemblance to a true trust. There is no property which can be regarded as being impressed with a trust. Because of this, s. 18(2) goes on to provide that the unpaid tax forms a lien and charge on the entire assets of the collector, an interest in the nature of a secured debt. [Emphasis added.]

McLachlin J. was thus at pains to stress that the reality of the property interest created by the

Le juge McLachlin a fait remarquer, au nom de la Cour à la majorité, à la p. 30, que la fiducie légale réputée qui était contestée ne possédait pas les attributs essentiels d'une fiducie selon les principes généraux du droit des fiducies, soit la possibilité d'identifier ou de retracer les biens. Elle affirme, à la p. 33:

Interpréter l'al. 47a) comme s'appliquant non seulement aux fiducies établies en vertu du droit général, mais aussi aux fiducies légales établies par les provinces, qui ne possèdent pas les attributs des fiducies de *common law*, reviendrait à permettre aux provinces d'établir leur propre ordre de priorité applicable à la *Loi sur la faillite* et à ouvrir la porte à l'établissement de régimes de répartition en cas de faillite différents d'une province à l'autre.

Fait révélateur, le juge McLachlin a aussi dit, à la p. 34, que notre Cour préférerait une interprétation de l'al. 47a) qui soit compatible avec «l'intention clairement exprimée par le législateur, en adoptant la *Loi sur la faillite*, d'établir un régime clair et ordonné de répartition de l'actif d'un failli».

Passant à l'examen de la nature des droits créés par l'art. 18 de la *Social Service Tax Act*, le juge McLachlin a souligné, à la p. 34, qu'au moment de la perception «le bien en fiducie est identifiable et la fiducie répond aux exigences d'une fiducie établie en vertu des principes généraux du droit». Cependant, elle a pris soin de préciser que les sommes en fiducie sont bientôt confondues avec d'autres sommes que détient le marchand et affectées à l'acquisition d'autres biens, de sorte qu'il est impossible de les retracer. Elle fait observer, à la p. 34:

... comme l'existence de la disposition déterminative le reconnaît tacitement, en réalité, après l'affectation de la somme, la fiducie légale ressemble peu à une fiducie véritable. Il n'y a pas de bien qu'on puisse considérer comme sujet à la fiducie. Aussi, pour cette raison, le par. 18(2) ajoute que la taxe impayée emporte un privilège sur la totalité des biens de celui qui l'a perçue, c'est-à-dire un droit tenant d'une créance garantie. [Je souligne.]

Le juge McLachlin a donc pris soin de préciser que la substance du droit de propriété créé par la

24

25

26

province ought to govern over the form, and as a result the province's claim necessarily failed.

27 McLachlin J. also addressed the province's contention that it remained sovereign over the definition of what constitutes a trust. She made the following important observations at p. 35:

The province . . . argues that it is open to it to define "trust" however it pleases, property and civil rights being matters within provincial competence. The short answer to this submission is that the definition of "trust" which is operative for purposes of exemption under the *Bankruptcy Act* must be that of the federal Parliament, not the provincial legislatures. The provinces may define "trust" as they choose for matters within their own legislative competence, but they cannot dictate to Parliament how it should be defined for purposes of the *Bankruptcy Act*: *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*. [Emphasis added.]

28 As a result, McLachlin J. ruled that the provincial legislation was inapplicable in bankruptcy and that the province's claim was governed by s. 107(1)(f) of the *Bankruptcy Act*.

(ii) The Principles and Philosophy Embodied in the Quartet

29 What principles should be distilled from the quartet? The intervenor Attorney General for Saskatchewan suggested that there are two possible interpretations of these decisions: what it called a broader "bottom line" approach which posits that "any time provincial law affects the final result of a bankruptcy, the province is improperly attempting to alter the priorities of distribution"; and a narrower "jump the queue" approach to the effect that "the province cannot attempt to alter the position of a person within the scheme of distribution created by Parliament, vis à vis the other creditors who are claiming from the bankrupt's estate".

30 My colleague Iacobucci J. properly rejects the broader "bottom line" approach since, as he indi-

province devait l'emporter sur la forme, et que, par conséquent, la réclamation de la province devait nécessairement échouer.

Le juge McLachlin a aussi examiné l'argument de la province selon lequel il lui était entièrement loisible de définir ce qui constitue une fiducie. Elle fait les observations importantes suivantes, à la p. 35:

La province soutient [. . .] qu'il lui est loisible de définir le mot «fiducie» comme elle l'entend puisque la propriété et les droits civils relèvent de sa compétence. À cette affirmation, il suffit de répondre que la définition applicable du mot «fiducie» pour les fins des exceptions prévues à la *Loi sur la faillite* est celle du législateur fédéral et non celle des législateurs provinciaux. Les provinces peuvent définir à leur gré le mot «fiducie» pour les matières relevant de leur compétence, mais elles ne peuvent imposer au Parlement la définition que la fiducie doit recevoir pour les fins de la *Loi sur la faillite*: voir l'arrêt *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*. [Je souligne.]

En conséquence, le juge McLachlin a statué que la loi provinciale était inapplicable en matière de faillite et que la réclamation de la province était régie par l'al. 107(1)f) de la *Loi sur la faillite*.

(ii) Les principes et la philosophie qui se dégagent du quatuor d'arrêts

Quels principes devrait-on dégager du quatuor d'arrêts? L'intervenant le procureur général de la Saskatchewan affirme que ces arrêts peuvent s'interpréter de deux manières: ce qu'il appelle la méthode plus générale du «résultat final», qui part du principe voulant que [TRADUCTION] «chaque fois qu'une loi provinciale touche l'issue d'une faillite, la province se trouve alors à tenter irrégulièrement de modifier l'ordre de priorité en matière de partage»; et la méthode plus restrictive de l'«anticipation de rang», selon laquelle [TRADUCTION] «la province ne peut tenter de modifier le rang d'une personne au sein du plan de répartition établi par le législateur fédéral, par rapport aux autres créanciers qui produisent une réclamation contre l'actif du failli».

Mon collègue le juge Iacobucci rejette à bon droit la méthode plus générale du «résultat final»

cates, such an approach “risks nullifying the broad array of provincial legislation underpinning the *Bankruptcy Act*” (para. 142). It is trite to observe that the *Bankruptcy Act* is contingent on the provincial law of property for its operation. The Act is superimposed on those provincial schemes when a debtor declares bankruptcy. As a result, provincial law necessarily affects the “bottom line”, but this is contemplated by the *Bankruptcy Act* itself. Indeed, it is no exaggeration to say that there is no “bottom line” without provincial law. The “bottom line” approach is therefore not the appropriate characterization of the quartet.

However, even rejecting the simplistic “bottom line” approach, I do not agree that the quartet stands for the sole proposition that the provinces cannot “jump the queue”. In my opinion, the quartet embodies a consistent and general philosophy as to the purposes of the federal system of bankruptcy and its relation to provincial property arrangements. That philosophy cannot be captured in the pithy but limited proposition that the provinces cannot “jump the queue”.

The quartet is better stated, in my view, as standing for a number of related propositions which are themselves part of a consistent philosophy. In their lucid and thorough study of the quartet, “The Conflict Between Canadian Provincial Personal Property Security Acts and the Federal Bankruptcy Act: The War is Over” (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 77, at pp. 78-79, Andrew J. Roman and M. Jasmine Sweatman state that the quartet stands for the following four propositions:

- (1) provinces cannot create priorities between creditors or change the scheme of distribution on bankruptcy under s. 136(1) of the *Bankruptcy Act*;
- (2) while provincial legislation may validly affect priorities in a non-bankruptcy situation, once

car, comme il l’indique, une telle méthode «risque d’annuler le vaste éventail de lois provinciales qui sous-tendent l’application de la *Loi sur la faillite*» (par. 142). C’est un truisme de dire que la *Loi sur la faillite* dépend, pour son application, du droit provincial en matière de propriété. La Loi se superpose à ces régimes provinciaux lorsqu’un débiteur déclare faillite. C’est pourquoi le droit provincial modifie nécessairement le «résultat final», mais cela est prévu par la *Loi sur la faillite* elle-même. En fait, il n’est pas exagéré de dire qu’il n’y a pas de «résultat final» en l’absence du droit provincial. La méthode du «résultat final» ne reflète donc pas correctement la pensée du quatuor d’arrêts.

Pendant, même si je rejette la méthode simpliste du «résultat final», je n’accepte pas que le quatuor d’arrêts signifie uniquement qu’il ne saurait y avoir «anticipation de rang» par les provinces. À mon avis, il se dégage du quatuor une philosophie cohérente et générale quant aux objets du régime fédéral de la faillite et au lien qu’il a avec les dispositions provinciales en matière de droit des biens. Cette philosophie ne saurait s’exprimer par la proposition concise, mais restreinte, selon laquelle il ne saurait y avoir «anticipation de rang» par les provinces.

À mon avis, il est préférable d’affirmer que le quatuor d’arrêts étaye un certain nombre de propositions connexes qui s’inscrivent elles-mêmes dans le cadre d’une philosophie cohérente. Dans leur étude lucide et approfondie du quatuor d’arrêts, intitulée «The Conflict Between Canadian Provincial Personal Property Security Acts and the Federal Bankruptcy Act: The War is Over» (1992), 71 *R. du B. can.* 77, aux pp. 78 et 79, Andrew J. Roman et M. Jasmine Sweatman affirment que le quatuor d’arrêts permet de formuler les quatre propositions suivantes:

[TRADUCTION]

- (1) les provinces ne peuvent ni créer des priorités entre les créanciers ni modifier le plan de répartition en matière de faillite, prévu au par. 136(1) de la *Loi sur la faillite*;
- (2) bien qu’une loi provinciale puisse valablement modifier l’ordre de priorité dans un contexte

31

32

bankruptcy has occurred section 136(1) of the Bankruptcy Act determines the status and priority of the claims specifically dealt with in that section;

- (3) if the provinces could create their own priorities or affect priorities under the Bankruptcy Act this would invite a different scheme of distribution on bankruptcy from province to province, an unacceptable situation; and
- (4) the definition of terms such as "secured creditor", if defined under the Bankruptcy Act, must be interpreted in bankruptcy cases as defined by the federal Parliament, not the provincial legislatures. Provinces cannot affect how such terms are defined for purposes of the Bankruptcy Act.

autre que celui d'une faillite, dès qu'il y a faillite, c'est le par. 136(1) de la Loi sur la faillite qui détermine le statut et l'ordre de priorité des réclamations qui y sont visées expressément;

- (3) si les provinces pouvaient créer leur propre ordre de priorité ou modifier celui établi en vertu de la Loi sur la faillite, cela aurait pour effet d'inciter à l'établissement, en matière de faillite, d'un plan de répartition différent d'une province à l'autre, ce qui est inacceptable;
- (4) en matière de faillite, des expressions comme «créancier garanti», lorsqu'elles sont définies dans la Loi sur la faillite, doivent être interprétées selon la définition que leur donne le législateur fédéral et non celle que leur donnent les législatures provinciales. Les provinces ne peuvent modifier la façon dont ces expressions sont définies aux fins de la Loi sur la faillite.

33 See also for concurrence with Roman and Sweatman's general conclusions drawn from the quartet, Jacob S. Ziegel, "Personal Property Security and Bankruptcy: There is no War! — A Reply to Roman and Sweatman" (1993), 72 *Can. Bar Rev.* 44, at p. 45.

Voir aussi, à l'appui des conclusions générales que Roman et Sweatman tirent du quatuor d'arrêts, l'article de Jacob S. Ziegel, «Personal Property Security and Bankruptcy: There is no War! — A Reply to Roman and Sweatman» (1993), 72 *R. du B. can.* 44, à la p. 45.

34 My colleague Iacobucci J. states at para. 141 that the quartet "stands for the position that only those provincial laws which directly improve the priority of a claim upon the actual property of the bankrupt over that accorded by the *Bankruptcy Act* are inoperative" (emphasis added). This statement falls within Roman and Sweatman's proposition 1. However, as my summary of those cases has hopefully indicated, the quartet is clearly not limited to provincial "laws which directly improve the priority of a claim". To quote Roman and Sweatman, *supra*, at p. 78:

Mon collègue le juge Iacobucci affirme, au par. 141, que le quatuor d'arrêts «étaye le point de vue selon lequel ne sont inopérantes que les lois provinciales qui améliorent directement le rang d'une réclamation contre l'actif réel du failli par rapport à l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite*» (je souligne). Cela correspond à la première proposition de Roman et Sweatman. Cependant, comme mon résumé du quatuor l'a indiqué, je l'espère, le quatuor d'arrêts n'est clairement pas limité aux cas où des «lois provinciales [...] améliorent directement le rang d'une réclamation». Pour reprendre les propos de Roman et Sweatman, *loc. cit.*, à la p. 78:

... the reasoning in [the quartet] is not limited to trusts, nor to situations of colourable legislation attempting to give an artificial preference to government. Rather, these rulings are broad enough to encompass any potential area of conflict between provincial power to legislate in the area of property and civil rights, and exclusive federal jurisdiction over bankruptcy and insolvency.

[TRADUCTION] ... le raisonnement [du quatuor d'arrêts] n'est aucunement limité aux fiducies ou aux cas de législation déguisée qui tente d'accorder une préférence artificielle au gouvernement. Ces arrêts ont plutôt une portée suffisamment large pour englober toute possibilité de conflit entre le pouvoir d'une province de légiférer dans le domaine de la propriété et des droits civils d'une part, et la compétence fédérale exclusive en matière de faillite et d'insolvabilité, d'autre part.



In a similar vein these authors add at p. 81:

The Supreme Court of Canada's quartet of decisions, although dealing with provincial statutory trusts which affected priorities in bankruptcy, has progressively and finally provided a definite ruling on the relationship between priorities under the Bankruptcy Act and *any* other provincial statute which directly or indirectly affects priorities. [Emphasis in original.]

Importantly, they conclude at p. 105:

The law, in our opinion, is settled by these four judgments of the Supreme Court of Canada. In all four cases the issues were not whether the provinces could directly and blatantly attempt to alter the scheme of interests of secured and other creditors under what is now section 136(1) of the Bankruptcy Act. Rather, the issue was whether a province could indirectly influence priorities under the Bankruptcy Act. Even in this weaker version of influence, the Supreme Court of Canada has held that the provinces could not.

And in so concluding, they are also quick to caution at p. 106:

It is also incorrect to state that in all four cases the provinces attempted to redistribute or change priorities by explicitly elevating one of the lower ranked claims to a higher rank. As seen from an examination of the dissenting judgments in *Deloitte Haskins* and *Henfrey*, the provinces were not attempting specifically to target the bankruptcy situation but, rather, to create a general priority.

As a result, the "jump the queue" or "directly improve bankruptcy priorities" approach captures only part of the reasoning of the quartet. As Roman and Sweatman noted, in the *Deloitte Haskins* and *Henfrey Samson* cases, for example, the provinces were not directly or intentionally attempting to influence bankruptcy priorities. Rather, the provinces enacted laws of general application which sought to create a general priority not necessarily targeted to bankruptcy, but which had the effect of altering bankruptcy priorities. This Court nevertheless ruled that such pro-

Les auteurs ajoutent, dans la même veine, à la p. 81:

[TRADUCTION] Le quatuor d'arrêts de la Cour suprême du Canada, même s'il portait sur des fiducies établies par des lois provinciales qui modifiaient l'ordre de priorité en matière de faillite, a progressivement et finalement constitué une décision définitive sur le lien entre l'ordre de priorité établi en vertu de la Loi sur la faillite et *toute* autre loi provinciale qui modifie directement ou indirectement cet ordre. [En italique dans l'original.]

Leur conclusion est à souligner, à la p. 105:

[TRADUCTION] À notre avis, ces quatre arrêts de la Cour suprême du Canada établissent les règles de droit applicables. Dans ces arrêts, la question en litige n'était pas de savoir si les provinces pouvaient directement et ouvertement tenter de modifier le régime des droits des créanciers garantis et autres en vertu de ce qui est maintenant le paragraphe 136(1) de la Loi sur la faillite. Il s'agissait plutôt de savoir si une province pouvait influencer indirectement l'ordre de priorité établi en vertu de la Loi sur la faillite. Même en ce qui concerne cette forme plus faible d'influence, la Cour suprême du Canada a statué que les provinces ne pouvaient le faire.

Et, en tirant cette conclusion, ils s'empressent de faire la mise en garde suivante, à la p. 106:

[TRADUCTION] Il est également incorrect de dire que les provinces avaient, dans les quatre cas, tenté de modifier l'ordre de priorité en colloquant explicitement à un meilleur rang une réclamation de rang inférieur. Comme le révèle l'examen des motifs de dissidence rédigés dans les arrêts *Deloitte Haskins* et *Henfrey*, les provinces ne tentaient pas expressément de viser la situation de faillite, mais plutôt de créer un ordre général de priorité.

En conséquence, la méthode de l'«anticipation de rang» ou de l'«amélioration directe de l'ordre de priorité en matière de faillite» ne reflète qu'une partie du raisonnement du quatuor d'arrêts. Comme Roman et Sweatman l'ont fait remarquer, dans les arrêts *Deloitte Haskins* et *Henfrey Samson*, par exemple, les provinces ne tentaient ni directement ni intentionnellement d'influer sur l'ordre de priorité en matière de faillite. Les provinces avaient plutôt adopté des lois d'application générale qui cherchaient à créer un ordre général de priorité ne visant pas nécessairement les situa-

vincial laws were inapplicable in the event of bankruptcy.

36 I underline that the “effect” which Roman and Sweatman speak of is the effect on bankruptcy priorities (Roman and Sweatman, *supra*, at pp. 81-105). Consequently, clear conflict, that is an inconsistent or mutually exclusive result, which in this case entails a reordering of federal priorities, is necessary in order to declare a provincial law to be inapplicable in bankruptcy.

37 I also think it is important to emphasize the importance of Roman and Sweatman’s proposition 3. While I agree with my colleague Iacobucci J. that complete standardization of the distribution of property in bankruptcies is not possible across Canada having regard to the diversity of provincial laws relating to property and civil rights, yet the value of a national bankruptcy system is confirmed by the placing of bankruptcy under exclusive federal jurisdiction. As Professor Hogg has explained (*supra*, at pp. 25-1 and 25-2):

... debtors may move from one province to another, and may have property and creditors in more than one province. A national body of law is required to ensure that all of a debtor’s property is available to satisfy his debts, that all creditors are fairly treated, and that all are bound by any arrangements for the settlement of the debtor’s debts. Indeed, without these assurances, lenders would be reluctant to extend credit to persons who could evade their obligations simply by removing themselves or their assets across a provincial boundary.

Furthermore, as my overview of the quartet hopefully indicated, the goal of maintaining a nationally homogeneous system of bankruptcy priorities has properly been a constant concern of this Court. Were the situation otherwise, “Canada [would] have a balkanized bankruptcy regime which [would] diminish the significance of the exclusivity of federal jurisdiction over bankruptcy

tions de faillite, mais qui avaient pour effet de modifier l’ordre de priorité en matière de faillite. Notre Cour a néanmoins statué que ces lois provinciales n’étaient pas applicables en cas de faillite.

Je tiens à souligner que l’«effet» dont Roman et Sweatman parlent est l’effet sur l’ordre de priorité en matière de faillite (Roman and Sweatman, *loc. cit.*, aux pp. 81 à 105). En conséquence, pour qu’une loi provinciale soit déclarée inapplicable en matière de faillite, il doit exister un conflit évident, c’est-à-dire des exigences incompatibles ou qui s’excluent mutuellement, ce qui en l’espèce entraîne une modification de l’ordre de priorité fédéral.

J’estime aussi qu’il est important de souligner l’importance de la troisième proposition de Roman et Sweatman. Bien que je convienne avec mon collègue le juge Iacobucci qu’une normalisation complète du partage des biens en matière de faillite n’est pas possible au Canada, en raison de la diversité des lois provinciales sur la propriété et les droits civils, il reste que l’attribution au Parlement fédéral de la compétence exclusive en matière de faillite confirme l’importance d’un régime national en la matière. Comme l’explique le professeur Hogg (*op. cit.*, aux pp. 25-1 et 25-2):

[TRADUCTION] ... un débiteur peut déménager d’une province à l’autre et peut avoir des biens et des créanciers dans plus d’une province. Il faut un ensemble national de règles de droit pour garantir que tous les biens d’un débiteur puissent servir au règlement de ses dettes, que tous les créanciers soient traités équitablement et que tous soient liés par toute entente relative au règlement des dettes du débiteur. En fait, sans ces garanties, un prêteur hésiterait à faire crédit à une personne susceptible de se soustraire à ses obligations simplement en déménageant dans une autre province ou en y transférant ses biens.

De plus, comme mon aperçu du quatuor d’arrêts l’indique, je l’espère, notre Cour s’est, avec raison, constamment intéressée à l’objectif du maintien d’un ordre de priorité homogène à l’échelle nationale en matière de faillite. Si ce n’était pas le cas, [TRADUCTION] «le Canada [aurait] un régime de faillite balkanisé qui diminue[rait] l’importance de la compétence fédérale exclusive en matière de

and insolvency . . . . Otherwise there could be a different scheme in every jurisdiction; ten different bankruptcy regimes would make ordinary commercial affairs extremely complex, unwieldy and costly, not only for Canadians but also for our international trading partners” (Roman and Sweatman, *supra*, at pp. 80 and 104). This is a prospect which this Court has been acutely mindful of in the past, and its vigilance has ensured the continuing vitality of our nation’s bankruptcy legislation. In my view, its past vigilance commends itself to the present and, barring an amendment to s. 91(21) of the *Constitution Act, 1867*, also to the future.

In this regard, I agree with Iacobucci J., at para. 147, that a bankruptcy priority is a category, and also that provincial law may result in the content of such categories being different from province to province. However, provincial law does not and cannot define the content of bankruptcy priorities or categories without limitation. Indeed, crucial limitation is imposed by the order of priorities in the *Bankruptcy Act* itself. Thus, while individual provinces can define and rank categories such as “secured creditor” and “trust” as they each have their own purposes, those provincial laws which enter into conflict with the provisions of the *Bankruptcy Act* are simply without application in bankruptcy. Such, indeed, was this Court’s unequivocal holding in *Re Bourgault, Deloitte Haskins*, and *FBDB* with respect to “secured creditors” and in *Henfrey Samson* with respect to “trusts”.

Finally, I would observe that while in agreement with the above four propositions as embodying the reasoning of the quartet, in my view the list would be more complete with the addition of a fifth and sixth, as follows:

(5) in determining the relationship between provincial legislation and the *Bankruptcy Act*, the form of the provincial interest created must not be allowed to triumph over its substance.

faillite et d’insolvabilité [. . .] Il pourrait exister un régime différent dans chaque province; l’existence de dix régimes différents en matière de faillite rendrait les activités commerciales courantes extrêmement complexes, lourdes et coûteuses, non seulement pour les Canadiens mais aussi pour nos partenaires commerciaux internationaux» (Roman et Sweatman, *loc. cit.*, aux pp. 80 et 104). C’est une possibilité dont notre Cour a été fort consciente dans le passé, et c’est grâce à sa vigilance que la législation canadienne en matière de faillite conserve toute sa vitalité. À mon avis, sa vigilance passée est encore de mise aujourd’hui et le sera dans l’avenir, à moins d’une modification du par. 91(21) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

À cet égard, je suis d’accord avec le juge Iacobucci pour dire qu’une priorité en matière de faillite est une catégorie, et que le droit provincial peut faire en sorte que le contenu de ces catégories varie d’une province à l’autre (par. 147). Cependant, le droit provincial ne définit pas ni ne peut définir sans restriction le contenu des priorités ou des catégories en matière de faillite. En fait, l’ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite* elle-même constitue une restriction cruciale. Ainsi, bien que chaque province puisse définir et colloquer à ses propres fins des catégories comme celles des «créanciers garantis» et des «fiducies», les lois provinciales qui entrent en conflit avec les dispositions de la *Loi sur la faillite* sont tout simplement inapplicables en matière de faillite. En fait, c’est la conclusion à laquelle notre Cour est clairement arrivée quant aux «créanciers garantis» dans les arrêts *Re Bourgault, Deloitte Haskins* et *BFD*, et quant aux «fiducies» dans l’arrêt *Henfrey Samson*.

Enfin, bien que je reconnaisse que les quatre propositions susmentionnées résument le raisonnement adopté dans le quatuor d’arrêts, je suis d’avis que cette liste serait plus complète si on ajoutait les cinquième et sixième propositions suivantes:

(5) pour déterminer le lien qui existe entre une loi provinciale et la *Loi sur la faillite*, il ne faut pas que la forme du droit créé par la province l’emporte sur le fond. Les provinces n’ont pas

The provinces are not entitled to do indirectly what they are prohibited from doing directly;

- (6) there need not be any provincial intention to intrude into the exclusive federal sphere of bankruptcy and to conflict with the order of priorities of the *Bankruptcy Act* in order to render the provincial law inapplicable. It is sufficient that the effect of provincial legislation is to do so.

40

I would hope that these propositions need little if any explanation or defence. They are clearly important principles at work in McLachlin J.'s reasons for the majority of the Court in *Henfrey Samson* in concluding that while the province was clearly entitled to define "trust" as it chose for the purposes of provincial law, the substance of the interest created was what was really relevant for the purpose of applying the *Bankruptcy Act*. Furthermore, there was no suggestion in that case that the province intended to subvert the scheme of distribution of the *Bankruptcy Act*. Instead, it had simply enacted a valid law of general application pursuant to its exclusive jurisdiction in relation to property and civil rights in the province, and was attempting to give itself a general priority with respect to collected but unpaid sales tax revenues. The Court ruled that the legislation was only inapplicable upon the occurrence of bankruptcy, because it was then that, if it had been applicable, it would have had the effect of conflicting with the scheme of distribution of the *Bankruptcy Act*.

41

What is more, these fifth and sixth propositions bear a close family resemblance to the doctrine of colourability. In describing the colourability doctrine, Professor Hogg has observed (*supra*, at p. 15-17):

The courts are, of course, concerned with the substance of the legislation to be characterized and not merely its form. The "colourability" doctrine is invoked when a statute bears the formal trappings of a matter within jurisdiction, but in reality is addressed to a matter outside jurisdiction.

See also *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at pp. 496-97, *per* Sopinka J. for the Court. The con-

le droit de faire indirectement ce qui leur est interdit de faire directement;

- (6) pour que la loi provinciale soit inapplicable, il n'est pas nécessaire que la province ait eu l'intention d'empiéter sur la compétence fédérale exclusive en matière de faillite et d'être en conflit avec la *Loi sur la faillite*. Il suffit que la loi provinciale ait cet effet.

J'espère que ces propositions n'ont pas vraiment besoin d'être expliquées ou défendues. Ce sont, de toute évidence, d'importants principes qui se dégagent des motifs du juge McLachlin dans l'arrêt *Henfrey Samson*, où elle a conclu, au nom de notre Cour à la majorité, que même si la province était clairement habilitée à définir à sa guise le terme «fiducie» pour les fins du droit provincial, le fond du droit créé était ce qui était réellement pertinent pour les fins de l'application de la *Loi sur la faillite*. De plus, rien n'indiquait dans cet arrêt que la province avait l'intention de modifier le plan de répartition de la *Loi sur la faillite*. Elle avait plutôt simplement adopté une loi valide d'application générale conformément à sa compétence exclusive en matière de propriété et de droits civils, et elle tentait de s'attribuer une priorité générale relativement aux revenus perçus mais non remis au titre de la taxe de vente. Notre Cour a statué que la loi en cause n'était inapplicable qu'en cas de faillite parce que c'est dans ce cas que son application entraînerait un conflit avec le plan de répartition prévu dans la *Loi sur la faillite*.

Qui plus est, ces cinquième et sixième propositions ont une proche parenté avec la théorie du détournement de pouvoir. En décrivant cette théorie, le professeur Hogg fait remarquer (*op. cit.*, à la p. 15-17):

[TRADUCTION] Les tribunaux s'intéressent, bien entendu, au fond de la loi à qualifier et non simplement à sa forme. On invoque la théorie du «détournement de pouvoir» lorsqu'une loi semblant porter sur un sujet relevant de la compétence d'un gouvernement porte en réalité sur un sujet qui ne relève pas de cette compétence.

Voir aussi l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, aux pp. 496 et 497, le juge Sopinka, au

cern raised by colourable legislation has also been phrased thus: "it is a very familiar principle that you cannot do that indirectly which you are prohibited from doing directly" (*Madden v. Nelson and Fort Sheppard Railway Co.*, [1899] A.C. 626 (P.C.), at pp. 627-28; see also *Laskin's Canadian Constitutional Law* (5th ed. 1986), vol. 1, at p. 310).

There are, however, two fundamental differences between the doctrine of colourability and the above propositions 5 and 6. First, the doctrine of colourability is a concept which is only applicable in assessing the threshold question of the validity of the impugned legislation, which is to say, its pith and substance. The above propositions, by contrast, continue to apply after having determined the validity of the impugned provincial law when assessing its applicability in the exclusive federal sphere of bankruptcy (see Hogg, *supra*, at p. 15-25). In the case at bar, it has been accepted that the provincial law is valid within its sphere; the question is as to its applicability outside its sphere, when it intrudes into the exclusive federal sphere of bankruptcy and conflicts with federal bankruptcy legislation.

In light of this distinction, it will be evident that none of the quartet cases were concerned with colourable provincial legislation. There was no question as to the validity of the impugned legislation in any of the quartet. Those cases are devoid of any suggestion that the impugned laws were anything other than provincial laws of general application, and thus validly enacted laws under the provinces' exclusive jurisdiction in relation to property and civil rights. Instead, those cases were only concerned with the applicability of provincial laws in bankruptcy, not their validity.

This last observation is also an important additional reason why I respectfully believe that it is inaccurate to interpret the quartet as only prohibiting legislation which "directly improves the priority of a claim". Such a characterization suggests

nom de la Cour. Voici comment on a aussi formulé la préoccupation soulevée par la législation déguisée: [TRADUCTION] «il est un principe très connu selon lequel on ne peut faire indirectement ce qu'il est interdit de faire directement» (*Madden c. Nelson and Fort Sheppard Railway Co.*, [1899] A.C. 626 (C.P.), aux pp. 627 et 628; voir aussi *Laskin's Canadian Constitutional Law* (5<sup>e</sup> éd. 1986), vol. 1, à la p. 310).

Cependant, il existe deux différences fondamentales entre la théorie du détournement de pouvoir et les cinquième et sixième propositions susmentionnées. Premièrement, la théorie du détournement de pouvoir est un concept qui ne s'applique qu'en examinant la question préliminaire de la validité de la loi attaquée, c.-à-d. son caractère véritable. Par contre, les propositions susmentionnées continuent de s'appliquer une fois établie la validité de la loi provinciale attaquée, au moment d'en déterminer l'applicabilité au domaine de compétence fédérale exclusive que constitue la faillite (voir Hogg, *op. cit.*, à la p. 15-25). En l'espèce, on a reconnu que la province avait adopté une loi valide à l'intérieur de son champ de compétence; la question est alors de savoir si elle est applicable en dehors de ce champ, lorsqu'elle empiète sur le domaine de compétence fédérale exclusive que constitue la faillite, et entre en conflit avec la loi fédérale sur la faillite.

Compte tenu de cette distinction, on se rendra compte qu'aucun des arrêts du quatuor ne portait sur une loi provinciale déguisée. Il n'était pas question de la validité des lois qui y étaient attaquées. On n'y laisse aucunement entendre que les lois attaquées étaient autre chose que des lois provinciales d'application générale, qui avaient donc été validement adoptées en vertu de la compétence exclusive des provinces en matière de propriété et de droits civils. Ces arrêts ne portaient plutôt que sur l'applicabilité des lois provinciales en matière de faillite, et non sur leur validité.

Cette dernière observation est aussi une raison importante pour laquelle j'estime, en toute déférence, qu'il est inexact de considérer que le quatuor d'arrêts n'interdit que les lois qui «améliorent directement le rang d'une réclamation». Une telle

42

43

44

that the quartet was concerned with the validity of the impugned laws. However, if the provinces had been attempting to improve the priority of their claims in bankruptcy directly, presumably this Court would simply have declared their laws to be *ultra vires* and invalid for being in relation to an exclusive federal matter, and no question of applicability or operability would ever have arisen.

caractérisation porte à croire que les arrêts du quatuor portaient sur la validité des lois attaquées. Cependant, si les provinces avaient tenté d'améliorer directement le rang de leurs réclamations en matière de faillite, notre Cour aurait vraisemblablement déclaré leurs lois inconstitutionnelles et non valides pour le motif qu'elles portaient sur un domaine de compétence fédérale exclusive, et la question de leur applicabilité ne se serait jamais posée.

45

The second crucial distinction between the doctrine of colourability and the above propositions 5 and 6 is that the doctrine of colourability often connotes a legislative intention to intrude into an exclusive federal sphere (see Elizabeth Edinger, "Comment" (1985), 63 *Can. Bar Rev.* 203, at pp. 206-11, and Albert S. Abel, "The Neglected Logic of 91 and 92" (1969), 19 *U.T.L.J.* 487, at p. 494). But even without such an intention, provincial legislation can quite evidently have the effect of trespassing onto an exclusive federal domain, and would thus be equally subject to an examination as to its applicability in the federal sphere. Were the situation otherwise, our constitutional law would countenance the absurd situation that valid provincial legislation of general application which entered into clear conflict with a valid federal law promulgated in an exclusive federal sphere would be exempt from constitutional challenge. In short, a legislative intention to intrude into an exclusive federal sphere is neither necessary nor sufficient to scrutinize the applicability of provincial law. It is the fact of intrusion, and not the intention to intrude, which is determinative for division of powers purposes.

La deuxième distinction cruciale qui existe entre la théorie du détournement de pouvoir et les cinquième et sixième propositions réside dans le fait que la théorie du détournement de pouvoir laisse souvent entendre qu'il existe une intention du législateur d'empiéter sur un chef de compétence fédérale exclusive (voir Elizabeth Edinger, «Commentaire» (1985), 63 *R. du B. can.* 203, aux pp. 206 à 211, et Albert S. Abel, «The Neglected Logic of 91 and 92» (1969), 19 *U.T.L.J.* 487, à la p. 494). Cependant, même en l'absence de cette intention, une loi provinciale peut de toute évidence avoir pour effet d'empiéter sur un domaine de compétence fédérale exclusive, et donner ainsi lieu à un examen de son applicabilité dans le domaine de compétence fédérale. S'il en était autrement, notre droit constitutionnel se trouverait à admettre la situation absurde dans laquelle une loi provinciale valide d'application générale, qui entre nettement en conflit avec une loi fédérale valide adoptée dans un domaine de compétence fédérale exclusive, échapperait à toute contestation de nature constitutionnelle. Bref, il n'est ni nécessaire ni suffisant que le législateur ait eu l'intention d'empiéter sur un domaine de compétence fédérale exclusive pour que puisse être examinée l'applicabilité d'une loi provinciale. C'est l'empiètement en soi, et non l'intention d'empiéter, qui est déterminant aux fins du partage des pouvoirs.

46

As a result, the inquiry in the case at bar must be limited to assessing whether, if applied in bankruptcy, the effect of s. 133 of the Saskatchewan *Workers' Compensation Act, 1979*, would be to conflict with the scheme of distribution in the *Bankruptcy Act*. It is this question which I now address.

En conséquence, l'examen en l'espèce ne doit viser qu'à déterminer si l'application en matière de faillite de l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, de la Saskatchewan aurait pour effet d'engendrer un conflit avec le plan de répartition prévu dans la *Loi sur la faillite*. C'est cette question que je vais maintenant examiner.

C. *Application of the Quartet to Section 133 of the Saskatchewan Workers' Compensation Act, 1979*

(i) The Nature of the Legal Interest Created by Section 133

As I indicated earlier, it is important to examine the operation of s. 133 as a whole in order to address the issue raised in this appeal. This provision creates a curious scheme of liability. Section 133(1) imposes a duty on a principal to ensure that its contractor pays into the Workers' Compensation fund, and declares the principal absolutely liable for those payments in the event of the contractor's default. Using the language of the Civil Law, one might say that the principal (or owner) is under an obligation of diligence or means to ensure that the contractor makes its payments, and in the event of the contractor's default the principal is under an obligation of guarantee to the Board for those payments (see Paul-André Crépeau, *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie* (1989), at pp. 8-14). Section 133(3) then entitles the principal to withhold and indemnify itself from any funds owing to the contractor if the principal is deemed liable for the contractor's debt to the Board. In other words, it entitles a principal to set off against monies owing to the contractor the principal's claim for having paid the contractor's assessments. Finally, s. 133(4) empowers the Board to determine all questions as to the right and amount of the principal's indemnity for discharging the contractor's obligation.

In essence, under this scheme the principal is the surety or guarantor of the contractor's obligation, with the right and extent of the principal's indemnification from the withheld funds being determined by the provincial Workers' Compensation Board. It is abundantly clear that it is the contractor's obligation which is primarily in issue, since s. 133(3) entitles the principal to be indemnified "by

C. *Application du quatuor d'arrêts à l'article 133 de The Workers' Compensation Act, 1979, de la Saskatchewan*

(i) La nature du droit créé par l'art. 133

Comme je l'ai déjà indiqué, il importe d'examiner globalement l'application de l'art. 133 pour trancher la question soulevée en l'espèce. Cette disposition crée un étrange régime de responsabilité. En vertu du par. 133(1), le commettant a l'obligation de veiller à ce que l'entrepreneur effectue ses paiements à la caisse des accidents de travail, et il est entièrement responsable de ces paiements si l'entrepreneur néglige de les faire. Pour reprendre les termes du droit civil, le commettant (ou propriétaire) est tenu, en vertu d'une obligation de diligence ou de moyens, de s'assurer que l'entrepreneur effectue ses paiements, et il a, en cas de défaut de ce dernier, une obligation de garantie envers la Commission relativement à ces paiements (voir Paul-André Crépeau, *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie* (1989), aux pp. 8 à 14). Le paragraphe 133(3) habilite ensuite le commettant à faire des retenues et à s'indemniser sur toute somme due à l'entrepreneur dans la mesure où il est considéré comme responsable de la dette de l'entrepreneur envers la Commission. En d'autres termes, cette disposition habilite un commettant à opérer compensation entre les sommes dues à l'entrepreneur et sa réclamation, du fait qu'il a payé les cotisations de l'entrepreneur. Enfin, le par. 133(4) habilite la Commission à trancher toutes les questions relatives au droit du commettant d'être indemnisé et au montant de cette indemnité, du fait qu'il a satisfait à l'obligation de l'entrepreneur.

Sous ce régime, le commettant est essentiellement la personne qui se porte caution ou le répondant de l'obligation de l'entrepreneur, et c'est la commission des accidents du travail de la province qui détermine le droit du commettant d'être indemnisé sur les fonds retenus, ainsi que le montant de cette indemnité. Il est très clair que c'est l'obligation de l'entrepreneur qui est principale-

any person who should have made the payment” (emphasis added).

Furthermore, when ss. 133(1) and (3) operate in tandem as intended by this legislation, the principal's right to withhold and be indemnified from monies owing to the contractor in the event that the principal is deemed responsible for the contractor's liability means that the principal will ultimately not be responsible for that liability. Instead, the debt to the Board is effectively discharged with property of the contractor when the principal exercises its right of set-off. Differently put, when ss. 133(1) and (3) operate together, the principal is no worse off after having acted as the contractor's surety. The principal's estate or, to use Civil Law terminology, its patrimony remains entirely unaffected even after discharging its "personal" liability to the Board. As a result of the principal's right of set-off against monies owing to the contractor, it is the contractor's estate or patrimony which is diminished to the extent of the assessments owing to the Board. The reality of this scheme, then, is that the contractor discharges its own liability to the Board, mediated through the legally compelled agency of the principal.

I would add that this is not a scheme of joint and several liability, since the principal and the contractor are not joint co-debtors at the outset. Nor does the Board have an unfettered choice as to which party to sue for recovery for outstanding fund payments, as it would if the principal and contractor were jointly and severally liable for the assessments. (See, for the accepted definitions of joint and several liability: Gerald H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (1990), vol. 2, at pp. 350-51; Glanville L. Williams, *Joint Torts and Contributory Negligence* (1951), at pp. 49-50; *County of Parkland No. 31 v. Stetar*, [1975] 2 S.C.R. 884, at p. 899 (per Dickson J. as he then was).) Instead, upon default a personal liability of the principal is created for the amount owed by the contractor. As a result, the principal is compelled

ment en cause puisque le par. 133(3) donne au commettant le droit d'être indemnisé «par toute personne qui aurait dû faire ce paiement» (je souligne).

De plus, si les par. 133(1) et (3) sont appliqués ensemble comme le prévoit la loi, le droit du commettant, lorsqu'il est considéré comme responsable de l'obligation de l'entrepreneur, de faire des retenues et d'être indemnisé sur les sommes dues à cet entrepreneur, signifie que le commettant ne sera pas en dernière analyse responsable de cette obligation. La dette envers la Commission est plutôt réglée sur les biens de l'entrepreneur lorsque le commettant exerce son droit de compensation. En d'autres termes, lorsque les par. 133(1) et (3) sont appliqués ensemble, le commettant n'est pas dans une situation pire après avoir agi à titre de caution de l'entrepreneur. L'actif du commettant ou son patrimoine, pour employer la terminologie du droit civil, ne change pas même après qu'il se soit acquitté de son obligation «personnelle» envers la Commission. Vu que le commettant possède un droit d'opérer compensation sur les sommes dues à l'entrepreneur, c'est l'actif ou le patrimoine de ce dernier qui se trouve diminué dans la mesure des cotisations dues à la Commission. Ce régime prévoit en fait que l'entrepreneur s'acquitte de sa propre obligation envers la Commission, par l'intermédiaire du commettant comme l'exige la Loi.

J'ajouterais qu'il ne s'agit pas d'un régime de responsabilité solidaire puisque le commettant et l'entrepreneur ne sont pas codébiteurs au départ. La Commission n'est pas non plus libre de choisir la partie contre qui elle intentera une action en recouvrement des montants non payés à la caisse, comme ce serait le cas si le commettant et l'entrepreneur étaient solidairement responsables des cotisations. (Pour les définitions reconnues de la responsabilité solidaire, voir Gerald H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (1990), vol. 2, aux pp. 350 et 351; Glanville L. Williams, *Joint Torts and Contributory Negligence* (1951), aux pp. 49 et 50; *Comté de Parkland n° 31 c. Stetar*, [1975] 2 R.C.S. 884, à la p. 899 (le juge Dickson, plus tard Juge en chef).) En cas de défaut, naît une obligation personnelle du commettant pour la somme due



by statute to act as the surety for the contractor's obligation to the Board. I therefore believe that it is more accurate to characterize this provision as creating a form of involuntary, statutory suretyship. It is of course arguable that when the Board deems the principal liable for the contractor's default, they are jointly and severally liable for the assessment, even though the provision does not so specify expressly. But even this would only be an incident of the statutory suretyship in s. 133.

It is also clear that while formally the contractor is potentially liable for two debts, namely the debt to the Board for the unpaid assessment and the potential debt to the principal if the principal pays the contractor's assessment, the reality is that these are one and the same as against the contractor. The contractor cannot be liable for both cumulatively. There is thus an inseparable nexus between the Board's claim against the contractor and the principal's potential claim against the contractor. This point was well stated by Swinfen Eady L.J. in discussing the nature of suretyship in *Re Melton; Milk v. Towers*, [1918] 1 Ch. 37, at pp. 47-48, followed in *Re Coughlin & Co.* (1923), 4 C.B.R. 294, at p. 300 (Man. C.A.):

It may well be that technically there are two claims against the debtor in respect of the transaction and two separate liabilities of the debtor arising out of the transaction. One of these is the debtor's liability to the bank for the money that he owed. The other, which is a separate liability arising out of the contract of guarantee, is the debtor's liability to indemnify the sureties in respect of their liability to the principal creditor. Technically, they are two separate liabilities, but in substance they are the same; and in respect of that liability there could not be a double proof against the estate. [Emphasis added.]

As a result, in light of the wording of s. 133 creating a form of involuntary suretyship, I would respectfully qualify Iacobucci J.'s characterization of this provision as imposing joint and several lia-

par l'entrepreneur. En conséquence, le commettant est tenu, en vertu de la Loi, d'agir à titre de caution relativement à l'obligation de l'entrepreneur envers la Commission. J'estime donc qu'il est plus exact de dire que cette disposition crée une forme de cautionnement légal involontaire. On peut certes soutenir que, lorsque la Commission juge le commettant responsable de la cotisation en cas de défaut de l'entrepreneur, ceux-ci sont solidairement responsables de cette cotisation, même si la disposition ne le prévoit pas expressément. Cependant, même cela ne serait qu'un accessoire du cautionnement légal prévu à l'art. 133.

Il est également clair que, même si, formellement, l'entrepreneur peut éventuellement être responsable de deux dettes, à savoir celle envers la Commission au titre de la cotisation impayée et la dette potentielle envers le commettant si ce dernier paie la cotisation en question, il reste qu'il s'agit d'une seule et même dette exigible de l'entrepreneur. L'entrepreneur ne peut être responsable des deux cumulativement. Il existe donc un lien indissociable entre la réclamation de la Commission contre l'entrepreneur et la réclamation potentielle du commettant contre l'entrepreneur. Ce point a été bien exposé par le lord juge Swinfen Eady lorsqu'il a examiné la nature du cautionnement dans *Re Melton; Milk c. Towers*, [1918] 1 Ch. 37, aux pp. 47 et 48, suivi dans *Re Coughlin & Co.* (1923), 4 C.B.R. 294, à la p. 300 (C.A. Man.):

[TRADUCTION] En principe, il se peut qu'il y ait deux réclamations contre le débiteur à l'égard de l'opération et que cette dernière ait donné naissance à deux obligations distinctes du débiteur. L'une de ces obligations est celle que le débiteur a envers la banque relativement à l'argent qu'il lui doit. L'autre, qui constitue une obligation distincte découlant du contrat de garantie, est l'obligation du débiteur d'indemniser les cautions relativement à l'obligation qu'elles ont envers le créancier commettant. Il s'agit en principe de deux obligations distinctes, mais au fond c'est la même; il n'était pas possible, relativement à cette obligation, de réclamer deux fois contre la faillite. [Je souligne.]

En définitive, compte tenu du libellé de l'art. 133 qui crée une forme de cautionnement involontaire, j'apporterais en toute déférence une réserve à la qualification de solidaire que le juge Iacobucci

bility on the principal and the contractor for the unpaid assessments (see paras. 129, 183, 184).

attribue à la responsabilité imposée par cette disposition au commettant et à l'entrepreneur relativement aux cotisations impayées (voir les par. 129, 183 et 184).

53 With these preliminary remarks on the structure of the scheme of liability in s. 133 in mind, it is clear that when s. 133(1) operates in combination with s. 133(3), the effect is to secure the claim of the Board against assets of the contractor. This is accomplished through the combined operation of the statutory deemed debt imposed on the principal in the event of the contractor's default and the right of the principal to withhold and be indemnified from monies owing to the contractor. Thus, the combined effect of the deemed debt in s. 133(1) and set-off in s. 133(3) secures the Board's claim against the contractor's assets.

En gardant à l'esprit ces remarques préliminaires sur l'économie du régime de responsabilité établi à l'art. 133, il est clair que l'application conjuguée des par. 133(1) et (3) a pour effet de garantir la réclamation de la Commission contre les biens de l'entrepreneur. C'est ce qui se produit lorsque l'on conjugue la dette réputée que la loi impose au commettant en cas de défaut de paiement de la part de l'entrepreneur et le droit du commettant de faire des retenues et de s'indemniser sur les sommes dues à l'entrepreneur. En conséquence, la dette réputée, visée au par. 133(1), et la compensation prévue au par. 133(3) ont pour effet conjugué de garantir la réclamation de la Commission contre les biens de l'entrepreneur.

54 Read in this way, s. 133 creates a straightforward security device. This device secures the claim of the Board. When s. 133(1) operates in tandem with s. 133(3), the principal becomes nothing more than a conduit for transferring to the Board monies which are otherwise owed to the contractor. In other words, the principal essentially transfers an asset of the contractor (i.e., monies owing from the principal to the contractor) to the Board. This is because it is the contractor's liability for unpaid assessments which is imposed on the principal, and the contractor's monies which are withheld as security in order to be paid to the Board for the contractor's default. While s. 133(1) speaks of the principal's personal liability in the event of the contractor's default, the reality of the matter is that it is the contractor who is still liable, since as a result of s. 133(3) monies owing to the contractor are used to satisfy the debt owing to the Board. The contractor's patrimony is diminished to the extent of the liability to the Board for the unpaid assessment, whereas the size of the principal's patrimony remains unaffected. The net effect is thus that the contractor's liability is discharged out of its own property, and not from any property of the principal. The exercise of set-off, triggered by the

Suivant cette interprétation, l'art. 133 crée un simple instrument de garantie. Cet instrument garantit la réclamation de la Commission. Lorsque les par. 133(1) et (3) s'appliquent ensemble, le commettant ne devient rien d'autre qu'un intermédiaire dont le rôle est de transférer à la Commission des sommes par ailleurs dues à l'entrepreneur. En d'autres termes, le commettant se trouve essentiellement à transférer à la Commission un élément d'actif de l'entrepreneur (c.-à-d., les sommes qu'il doit à l'entrepreneur). Il en est ainsi parce que c'est l'obligation de l'entrepreneur au titre des cotisations impayées qui est imposée au commettant, et parce que ce sont les sommes de l'entrepreneur qui sont retenues à titre de garantie pour être versées à la Commission en cas de défaut de la part de l'entrepreneur. Bien que le par. 133(1) précise que le commettant est personnellement responsable en cas de défaut de la part de l'entrepreneur, il reste que c'est l'entrepreneur qui l'est toujours puisque, par application du par. 133(3), les sommes qui lui sont dues servent à régler la dette envers la Commission. Le patrimoine de l'entrepreneur se trouve diminué proportionnellement à la dette envers la Commission au titre des cotisations impayées, alors que celui du commettant demeure intact. En

deemed debt, thus has the effect of securing the Board's claim against the contractor's assets.

(ii) Does Section 133 Apply in Bankruptcy?

It is apparent that it is the set-off component of this device, s. 133(3), which effects a security interest in property of the contractor. But the right to set-off is triggered — and thus the security interest created — by the Board when it decides to create a deemed debt and impose liability on the principal for the contractor's liability. This right is, of course, perfectly valid outside of bankruptcy. The question is whether it continues to apply or operate in bankruptcy. In order to answer this question, a few words about the operation of set-off in bankruptcy are in order.

(a) *The Operation of Set-Off in Bankruptcy*

In *Lister v. Hooson*, [1908] 1 K.B. 174 (C.A.), Fletcher Moulton L.J. stated what has become one of the most accepted rationales for allowing set-off in bankruptcy (at p. 178):

The right of set-off in bankruptcy has been dealt with by various statutes, but takes its origin from the fact that the jurisdiction in bankruptcy was from the first an equitable jurisdiction. The successive statutory formulations of the consequence of this principle, embodied in the clauses as to mutual credit, dealings, &, have never altered this fundamental principle, and, speaking for myself, I cannot see any ground why in the present instance the injustice should be perpetrated of making a person who in the balance is not a debtor to the estate pay in full the sum due to the estate and receive only a dividend on the sums due from the estate.

(See also *Fredericton Co-operative Ltd. v. Smith* (1921), 2 C.B.R. 154 (N.B.K.B.), at pp. 157-58; *Atlantic Acceptance Corp. v. Burns & Dutton Con-*

fin de compte, ce sont les biens mêmes de l'entrepreneur qui servent à acquitter sa dette et non ceux du commettant. L'exercice de compensation, auquel donne lieu la dette réputée, a donc pour effet de garantir la réclamation de la Commission contre les biens de l'entrepreneur.

(ii) L'article 133 s'applique-t-il en matière de faillite?

Il est évident que c'est l'élément «compensation» de cet instrument, au par. 133(3), qui crée une garantie sur les biens de l'entrepreneur. Cependant, c'est la Commission qui déclenche l'application du droit à la compensation — et qui crée ainsi la garantie — lorsqu'elle décide d'établir une dette réputée et d'imposer au commettant une obligation relativement à la dette de l'entrepreneur. Ce droit est bien entendu parfaitement valide en dehors du contexte de la faillite. La question est de savoir s'il continue de s'appliquer en matière de faillite. Pour répondre à cette question, il convient de dire quelques mots au sujet de l'application de la compensation en matière de faillite.

a) *L'application de la compensation en matière de faillite*

Dans l'arrêt *Lister c. Hooson*, [1908] 1 K.B. 174 (C.A.), le lord juge Fletcher Moulton a formulé ce qui est devenu l'une des justifications les plus acceptées de la compensation en matière de faillite (à la p. 178):

[TRADUCTION] Le droit de compensation en matière de faillite a été traité dans diverses lois, mais il tire son origine du fait que la compétence en cette matière était initialement une compétence d'*equity*. Les formulations légales successives de la conséquence de ce principe, incorporées dans les dispositions sur le crédit mutuel, les opérations, etc., n'ont jamais eu pour effet de modifier ce principe fondamental et, personnellement, je ne vois en l'espèce aucun motif de commettre l'injustice d'obliger une personne, qui, finalement, n'est pas un débiteur de la faillite, à payer toute la somme due au failli et à ne recevoir de la faillite qu'une quote-part des sommes dues.

(Voir aussi *Fredericton Co-operative Ltd. c. Smith* (1921), 2 C.B.R. 154 (B.R.N.-B.), aux pp. 157 et 158; *Atlantic Acceptance Corp. c. Burns & Dutton*

*struction (1962) Ltd.* (1970), 14 D.L.R. (3d) 175 (Alta. C.A.), at p. 184; and, for a particularly thorough and helpful discussion of the issues relating to set-off in bankruptcy and insolvency, see Kelly R. Palmer, *The Law of Set-Off in Canada* (1993), at pp. 157-223.)

57

In the bankruptcy context, a right to set-off necessarily has the effect of securing the claim of the party claiming set-off against assets of the bankrupt's estate. This was recently recognized in unambiguous terms by Lord Hoffman in his speech for the unanimous House of Lords in *Stein v. Blake*, [1995] 2 All E.R. 961. His Lordship stated at p. 964:

Bankruptcy set-off . . . affects the substantive rights of the parties by enabling the bankrupt's creditor to use his indebtedness to the bankrupt as a form of security. Instead of having to prove with other creditors for the whole of his debt in the bankruptcy, he can set off pound for pound what he owes the bankrupt and prove for or pay only the balance.

58

The security character of set-off is also borne out in several academic authorities. John A. M. Judge and Margaret E. Grotenthaler note in their article "Legal and Equitable Set-Offs" (1991), 70 *Can. Bar Rev.* 91, in discussing equitable set-off, which alone operates in the context of an assignment (at p. 92):

The application of equitable set-off answers, in whole or in part, the plaintiff's claim. In this sense it has a self-help remedial aspect. Because equitable set-off applies as against an assignee, a security interest is effectively created in favour of the defendant which takes priority over the claim of the assignee. [Emphasis added.]

They later add (at p. 117):

If successful on his equitable set-off, the defendant's claim will be paid in full, or at least to the extent of the plaintiff's claim. Therefore, equitable set-off in effect

*Construction (1962) Ltd.* (1970), 14 D.L.R. (3d) 175 (C.A. Alb.), à la p. 184; et pour un examen particulièrement approfondi et utile des questions de compensation dans le contexte de la faillite et de l'insolvabilité, voir Kelly R. Palmer, *The Law of Set-Off in Canada* (1993), aux pp. 157 à 223.)

Dans le contexte de la faillite, un droit à la compensation a nécessairement pour effet de garantir la réclamation de la partie qui invoque la compensation sur les biens de l'actif du failli. Cela a récemment été clairement reconnu par lord Hoffman dans les propos qu'il a tenus au nom de la Chambre des lords à l'unanimité, dans l'arrêt *Stein c. Blake*, [1995] 2 All E.R. 961. Sa Seigneurie dit à la p. 964:

[TRADUCTION] La compensation en matière de faillite [. . .] touche les droits substantiels des parties en permettant au créancier du failli de se servir de sa dette envers le failli comme une forme de garantie. Au lieu d'avoir à faire une preuve avec les autres créanciers relativement à l'ensemble de sa créance dans la faillite, il peut opérer compensation pour une somme égale à sa dette envers le failli et faire seulement une preuve relative au solde ou payer ce solde.

Plusieurs auteurs reconnaissent également que la compensation tient d'une garantie. John A. M. Judge et Margaret E. Grotenthaler précisent dans leur article intitulé «Legal and Equitable Set-Offs» (1991), 70 *R. du B. can.* 91, relativement à l'examen de la compensation en *equity* qui est la seule à s'appliquer dans le contexte d'une cession (à la p. 92):

[TRADUCTION] L'application de la compensation en *equity* satisfait, en totalité ou en partie à la réclamation de la partie demanderesse. En ce sens, elle comporte un aspect d'autoredressement. Du fait que la compensation en *equity* s'applique contre un cessionnaire, il y a en réalité création d'une garantie en faveur de la partie défenderesse, qui a priorité sur la réclamation du cessionnaire. [Je souligne.]

Ils affirment plus loin (à la p. 117):

[TRADUCTION] Si la partie défenderesse réussit à faire appliquer la compensation en *equity*, sa réclamation sera réglée en totalité, ou tout au moins jusqu'à concurrence de la réclamation de la partie demanderesse. En conséquence, la compensation en *equity* donne en fait à un

gives an unsecured defendant priority over all secured and unsecured creditors.

Similarly, Palmer notes (*supra*, at p. 204):

... by allowing set-off to operate in a bankruptcy, an otherwise unsecured creditor can obtain a secured status and so can be paid the full value of the debt owed by the bankrupt before the general distribution of the estate to unsecured creditors.

Palmer also observes that the operation of set-off has been described as creating a “quasi-lien” against the cross-demand of the estate (Palmer, *supra*, at p. 206). The operation of set-off in bankruptcy can therefore be said to confer on the party claiming set-off a security interest or “quasi-lien” against assets of the bankrupt’s estate.

Indeed, as a result of creating a type of security interest in the estate, the operation of set-off in bankruptcy has been the subject of academic criticism: see Palmer, *supra*, at pp. 204-7; Judge and Grottenthaler, *supra*, at p. 117; John C. McCoid, “Setoff: Why Bankruptcy Priority?” (1989), 75 *Va. L. Rev.* 15, and for counterpoint, Philip T. Lacy, “Setoff and the Principle of Creditor Equality” (1992), 43 *S. Cal. L. Rev.* 951. The central criticism has been that while outside of bankruptcy set-off strikes a fair balance between two parties with mutual obligations, in bankruptcy the material inquiry should be the rights of the estate’s creditors *inter se*. An inquiry which considers the rights of creditors *inter se* must necessarily consider a broader range of interests than an inquiry limited to ensuring fairness between only two parties (McCoid, *supra*, at p. 43). Thus, allowing set-off in bankruptcy has been considered as unfairly limiting the class of relevant interests. The concern has also been voiced that allowing set-off in bankruptcy (Judge and Grottenthaler, *supra*, at p. 117):

... is disruptive of a complex and sophisticated system developed for establishing priorities amongst creditors

créancier chirographaire défendeur priorité sur l’ensemble des créanciers garantis ou non.

De même, Palmer souligne (*op. cit.*, à la p. 204):

[TRADUCTION] ... en permettant l’application de la compensation dans un contexte de faillite, un créancier par ailleurs chirographaire peut obtenir un statut de créancier garanti et se faire payer en totalité le montant dû par le failli, et ce, avant le partage général de l’actif entre les créanciers chirographaires.

Palmer fait aussi remarquer que l’application de la compensation a été décrite comme créant un «quasi-privilege» relativement à la demande reconventionnelle de la faillite (Palmer, *op. cit.*, à la p. 206). On peut donc affirmer que l’application de la compensation en matière de faillite confère à la partie qui la demande une garantie ou un «quasi-privilege» sur les biens de la faillite.

Du fait qu’elle crée une sorte de garantie sur l’actif de la faillite, l’application de la compensation en matière de faillite a été critiquée par la doctrine: voir Palmer, *op. cit.*, aux pp. 204 à 207, Judge et Grottenthaler, *loc. cit.*, à la p. 117, John C. McCoid, «Setoff: Why Bankruptcy Priority?» (1989), 75 *Va. L. Rev.* 15, et en contrepoint, Philip T. Lacy, «Setoff and the Principle of Creditor Equality» (1992), 43 *S. Cal. L. Rev.* 951. La principale critique est la suivante: alors qu’en dehors du contexte de la faillite, la compensation permet d’établir un juste équilibre entre deux parties ayant des obligations mutuelles, l’examen, en matière de faillite, devrait porter essentiellement sur les droits des créanciers de la faillite entre eux. Un examen qui tient compte des droits des créanciers entre eux doit nécessairement tenir compte d’un plus vaste éventail de droits qu’un examen qui ne vise qu’à garantir l’équité entre deux parties seulement (McCoid, *loc. cit.*, à la p. 43). On a considéré que permettre la compensation en matière de faillite restreint de façon inéquitable la catégorie d’intérêts pertinents. On s’est également préoccupé du fait que permettre la compensation en matière de faillite (Judge et Grottenthaler, *loc. cit.*, à la p. 117):

[TRADUCTION] ... perturbe un régime complexe conçu pour établir un ordre de priorité entre les créanciers de

of various types, particularly where registration of a secured interest is required.

This second concern is thus to the effect that allowing set-off gives a claimant the benefit of a security interest without imposing the important concomitant obligation of registering that interest.

60

While this academic debate is undoubtedly interesting, the fact remains that our Parliament has recognized in s. 97(3) of the *Bankruptcy Act* that the “law of set-off applies to all claims made against the estate of the bankrupt”. As a result, in the bankruptcy context, the law of set-off allows a debtor of a bankrupt who is also a creditor of the bankrupt to refrain from paying the full debt owing to the estate, since it may be that the estate will only fulfil a portion, if that, of the bankrupt’s debt. Consequently, in this limited sense the party claiming set-off has Parliament’s blessing for the “reordering” of his priority in bankruptcy by virtue of the operation of the law of set-off.

61

But there is an inherent limit to this deference to the provincial law of set-off. While the operation of set-off is permitted to allow for the party claiming set-off to recover from the estate ahead of the stipulated order of his claim under the *Bankruptcy Act*, it most emphatically is not permitted to allow for the operation of provincial legislation to reorder the priorities of third parties against the estate — and by “third parties” I do of course mean the priority of any person other than the person who claims set-off against the estate. If provincial legislation were to have this effect, on the consistent authority of the quartet it must be declared inapplicable in bankruptcy.

62

Indeed, the existence of such an intrinsic constitutional limit to the application of provincial law in relation to property and civil rights has also been found in the context of defining secured creditors. The *Bankruptcy Act* defines “secured creditor” in s. 2, but defers to provincial law for the purpose of creating secured claims. The quartet of cases in

divers types, notamment dans le cas où l’enregistrement d’un droit garanti est requis.

Dans ce cas, on s’inquiète du fait que permettre la compensation confère à un demandeur l’avantage d’une garantie sans qu’il n’ait à s’acquitter de l’obligation concomitante d’enregistrer ce droit.

Bien que ce débat théorique soit certainement intéressant, il reste que le législateur fédéral a reconnu, au par. 97(3) de la *Loi sur la faillite*, que «[l]es règles de la compensation s’appliquent à toutes les réclamations produites contre l’actif du failli». Dans le contexte de la faillite, les règles de la compensation permettent donc au débiteur d’un failli, qui en est aussi le créancier, de s’abstenir de régler la totalité de la dette qu’il a envers la faillite, de crainte que celle-ci ne règle qu’une partie, et encore, de la dette du failli. En conséquence, dans ce sens restreint, le législateur fédéral autorise la partie qui invoque la compensation à «modifier» l’ordre de priorité qu’il a établi en matière de faillite, en raison de l’application des règles de la compensation.

Pendant, il existe une limite inhérente à ce respect envers les règles provinciales de la compensation. Bien que la compensation puisse permettre à la partie qui l’invoque d’être colloquée plus favorablement qu’elle ne le serait suivant l’ordre de priorité établi en vertu de la *Loi sur la faillite*, elle ne peut absolument pas être admise de façon à ce que l’application d’une loi provinciale modifie l’ordre de priorité des réclamations de tierces parties contre la faillite — et par «tierces parties», j’entends bien sûr la priorité de rang de toute personne autre que celle qui invoque la compensation sur l’actif de la faillite. Si la loi provinciale devait avoir cet effet, il faudrait, toujours en vertu du quatuor d’arrêts, la déclarer inapplicable en cas de faillite.

De fait, on a aussi conclu qu’il existait, dans le contexte de la définition des créanciers garantis, une telle restriction constitutionnelle intrinsèque à l’application du droit provincial relatif à la propriété et aux droits civils. La *Loi sur la faillite* définit l’expression «créancier garanti» à l’art. 2, mais s’en remet au droit provincial pour ce qui est

this Court decided that the provinces are entitled to define secured creditors as they wish for their own purposes, but in bankruptcy those definitions which have the effect of reordering the priorities in the *Bankruptcy Act* are simply without application. In the same vein, the law of set-off is permitted to operate, but only to the extent that provincial legislation purporting to create a set-off does not have the effect of reordering federal priorities with respect to the claims of third parties against the estate. Federal deference to provincial law is thus necessarily limited by the order of priorities in the *Bankruptcy Act*.

Differently put, to paraphrase Wilson J. in *Deloitte Haskins, supra*, at p. 806 (who in turn was discussing the ratio of this Court's decision in *Re Bourgault, supra*), the question in the case at bar is not whether a proprietary interest has been created under the relevant provincial legislation by combining the instruments of deemed debt and set-off. It is whether the provincial legislation, even if it has created a proprietary interest, can defeat the scheme of distribution under s. 136 of the *Bankruptcy Act*. In the case at bar, it will defeat that scheme if it secures against the estate the claims of third parties whom Parliament has given a lower priority under s. 136.

The question in this appeal thus reduces to the following: does the operation of s. 133 have the effect of reordering federal priorities with respect to the claims of any third parties against the estate?

(b) *Does Section 133 Affect Bankruptcy Priorities?*

Prior to bankruptcy, the security device created by s. 133(3) and triggered by s. 133(1) is, of course, perfectly within the province's jurisdiction. However, if applicable in the event of bankruptcy, it would enter into conflict with the scheme of distribution under the *Bankruptcy Act*. Parliament has

de créer des réclamations garanties. Dans le quatuor d'arrêts, notre Cour a décidé que les provinces ont le droit de définir à leurs propres fins, comme elles l'entendent, l'expression «créanciers garantis»; cependant, dans un contexte de faillite, les définitions qui ont pour effet de modifier l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite* ne s'appliquent tout simplement pas. De la même façon, on admet que les règles de la compensation s'appliquent, mais seulement dans la mesure où les lois provinciales censées créer un droit de compensation n'ont pas pour effet de modifier l'ordre de priorité fédéral relativement aux réclamations de tierces parties contre l'actif. Le respect dont le fédéral doit faire preuve envers les lois provinciales est nécessairement limité par l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite*.

En d'autres termes, pour paraphraser le juge Wilson dans l'arrêt *Deloitte Haskins*, précité, à la p. 806 (qui y analysait le raisonnement de notre Cour dans *Re Bourgault*, précité), la question en l'espèce n'est pas de savoir si la loi provinciale pertinente a créé un droit de propriété en conjuguant les instruments de la dette réputée et de la compensation. Il s'agit plutôt de savoir si, même si elle a créé un droit de propriété, la loi provinciale peut contrecarrer le plan de répartition établi à l'art. 136 de la *Loi sur la faillite*. En l'espèce, elle contrecarrera ce régime si elle confère une garantie sur l'actif aux réclamations de tierces parties, auxquelles le législateur fédéral a accordé un rang inférieur dans l'ordre de priorité établi à l'art. 136.

La question en litige se ramène donc à la suivante: l'application de l'art. 133 a-t-elle pour effet de modifier l'ordre de priorité établi par la loi fédérale relativement aux réclamations produites par des tierces parties contre l'actif?

(b) *L'article 133 modifie-t-il l'ordre de priorité en matière de faillite?*

Avant une faillite, l'instrument de garantie, créé par le par. 133(3) et déclenché par le par. 133(1), relève parfaitement de la compétence de la province. Cependant, s'il était applicable en cas de faillite, il entrerait en conflit avec le plan de répartition établi par la *Loi sur la faillite*. Le législateur

expressly indicated in s. 136(1)(h) that “all indebtedness of the bankrupt under any Workmen’s Compensation Act” is to rank eighth in the list of preferred claims, to be distributed after the claims of secured creditors. By contrast, the combined effect of ss. 133(1) and (3) of the Saskatchewan *Workers’ Compensation Act, 1979*, is to secure the Board’s claim against the bankrupt’s estate ahead of its priority under the *Bankruptcy Act*. The two laws in their operation give rise to different and inconsistent orders of priority and are thereby in conflict. They operate as contrary directives as to the way assets on bankruptcy are to be distributed.

fédéral a expressément indiqué, à l’al. 136(1)h), que «toutes dettes contractées par le failli sous l’autorité d’une loi sur les accidents du travail» occupent le huitième rang dans la liste des réclamations privilégiées et passent après les réclamations des créanciers garantis. Par contre, les par. 133(1) et (3) de *The Workers’ Compensation Act, 1979*, de la Saskatchewan ont pour effet conjugué de colloquer plus favorablement la réclamation de la Commission contre l’actif du failli qu’elle ne le serait en vertu de la *Loi sur la faillite*. Ces deux lois, dans leur application, établissent des ordres de priorité différents et incompatibles et sont de ce fait en conflit. Elles donnent des directives contradictoires quant à la façon de partager les biens du failli.

66

To explain how this result is effected, it is first important to remember that monies owing to the contractor but withheld by the principal are debts due to the bankrupt. They are thus unquestionably “property of the bankrupt” under the *Bankruptcy Act*, since s. 2 of the Act defines “property” to include “obligations”. The monies held back are simply accounts receivable of the bankrupt (see, for example, *Re Invitation Prêt-à-Porter Inc.; Miller v. Polbro Realty Co.* (1979), 31 C.B.R. (N.S.) 54, at p. 58 (Que. S.C.); L. W. Houlden and C. H. Morawetz, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (3rd ed. 1993), vol. 1, at F§45; Lewis Duncan and John D. Honsberger, *Bankruptcy in Canada* (3rd ed. 1961), at pp. 307-8).

Pour expliquer ce résultat, il est tout d’abord important de se rappeler que les sommes dues à l’entrepreneur mais retenues par le commettant sont des dettes envers le failli. Ce sont indéniablement des «biens d’un failli» au sens de la *Loi sur la faillite*, puisque le terme «biens» défini à l’art. 2 de la Loi inclut les «obligations». Les sommes retenues sont simplement des comptes débiteurs du failli (voir, par exemple, *Re Invitation Prêt-à-Porter Inc.; Miller c. Polbro Realty Co.* (1979), 31 C.B.R. (N.S.) 54, à la p. 58 (C.S. Qué.); L. W. Houlden et C. H. Morawetz, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (3<sup>e</sup> éd. 1993), vol. 1, à F§45; Lewis Duncan et John D. Honsberger, *Bankruptcy in Canada* (3<sup>e</sup> éd. 1961), aux pp. 307 et 308).

67

Next, it is accepted that where the principal retains monies owing to the contractor, the Board’s decision to deem the principal liable for the contractor’s assessment has the effect of allowing the principal a right of set-off against the bankrupt estate. This right of set-off allows the principal to realize on a security interest or “quasi-lien” against the estate. However, this process of realization has the effect of securing the Board’s claim against the estate. The estate is diminished to the extent of the contractor’s liability to the Board, and the Board is correspondingly enriched by an identical amount. The principal’s estate or patrimony remains unaffected. The Board’s claim

Ensuite, il est reconnu que, dans le cas où le commettant retient des sommes dues à l’entrepreneur, la décision de la Commission de considérer que le commettant est responsable de la cotisation de l’entrepreneur a pour effet d’accorder à ce commettant un droit de compensation sur l’actif du failli. Ce droit de compensation permet au commettant de réaliser une garantie ou un «quasi-privilège» sur l’actif. Cependant, cette réalisation a pour effet de garantir la réclamation de la Commission sur l’actif du failli. L’actif se trouve alors diminué de la somme que l’entrepreneur doit à la Commission, et la Commission, quant à elle, se trouve enrichie d’un montant identique. L’actif du



has thus been secured against the bankrupt estate, mediated through the legally compelled agency of the principal.

Nor, incidentally, can this process be justified by reference to the law of set-off. While the law of set-off incorporated by reference in s. 97(3) of the *Bankruptcy Act* would permit the principal to secure its own claim against the estate, it does not permit the province to enact legislation which confers the same benefit on a third party, in this case the Board, since such legislation would have the effect of reordering priorities with respect to an entire class of preferred claims. We have consistently held that the deference to provincial law in the *Bankruptcy Act* does not extend to the reordering of claims against the estate. At that point, provincial law simply ceases to apply for intruding into an exclusive federal sphere. Such, then, must also be the fate of the impugned legislation in this appeal.

I therefore respectfully disagree with the conclusion of the Ontario Court of Appeal in *Ontario (Workers' Compensation Board) v. Evelyn Stevens Interiors Ltd. (Trustee of)* (1993), 100 D.L.R. (4th) 742, in holding that ss. 9(3) and (4) of the Ontario *Workers' Compensation Act*, R.S.O. 1980, c. 539 (equivalent to Saskatchewan's ss. 133(1), (3) and (4)), are applicable in bankruptcy. The court reasoned (at pp. 748-49):

The principle is simple. The money owing under s. 9(3) is not property of the bankrupt and never comes into the hands of the trustee. The board is not required to make a claim under s. 136 of the *Bankruptcy Act*. The money comes to it under s. 9 of the *Workers' Compensation Act*. It is the *Bankruptcy Act* itself and not the provincial legislation that recognizes rights of set-off . . .

commettant ou son patrimoine demeure intact. La réclamation de la Commission est donc garantie sur l'actif du failli, par l'intermédiaire du commettant comme l'exige la Loi.

Incidentement, on ne peut non plus justifier ce processus en invoquant les règles de la compensation. Même si ces règles, incorporées par renvoi au par. 97(3) de la *Loi sur la faillite*, permettraient au commettant de garantir sa propre réclamation contre l'actif, elles ne permettent pas à la province d'adopter des lois qui confèrent le même avantage à une tierce partie, en l'occurrence la Commission, étant donné qu'une telle loi aurait pour effet de modifier l'ordre de priorité relativement à toute une catégorie de réclamations privilégiées. Notre Cour a toujours statué que le respect envers le droit provincial, que l'on trouve dans la *Loi sur la faillite*, ne s'étend pas à la modification de l'ordre de priorité des réclamations produites contre l'actif. Dans un tel cas, le droit provincial cesse tout simplement de s'appliquer parce qu'il empiète sur un domaine de compétence fédérale exclusive. Alors, tel doit être également le sort de la loi attaquée en l'espèce.

En toute déférence, je ne souscris donc pas à la conclusion que la Cour d'appel de l'Ontario tire dans l'arrêt *Ontario (Workers' Compensation Board) c. Evelyn Stevens Interiors Ltd. (Trustee of)* (1993), 100 D.L.R. (4th) 742, lorsqu'elle statue que les par. 9(3) et (4) de la *Workers' Compensation Act* de l'Ontario, R.S.O. 1980, ch. 539 (équivalant aux par. 133(1), (3) et (4) de la loi de la Saskatchewan), sont applicables en matière de faillite. La Cour d'appel fait le raisonnement suivant (aux pp. 748 et 749):

[TRADUCTION] Le principe est simple. Les sommes dues en vertu du par. 9(3) ne constituent pas un bien du failli et ne se retrouvent jamais entre les mains du syndic. La commission n'est pas tenue de faire une réclamation en vertu de l'art. 136 de la *Loi sur la faillite*. Elle reçoit l'argent en vertu de l'art. 9 de la *Workers' Compensation Act*. C'est la *Loi sur la faillite* elle-même et non la loi provinciale qui reconnaît les droits de compensation . . .

A valid set-off, as defined under provincial law, would inevitably alter the priorities in a bankruptcy but that is what the *Bankruptcy Act* itself contemplates . . .

The money in the case at bar has never (or should never have) come into the hands of the trustee. It is money that has been (and should remain) in the hands of the principals to compensate them for money that they are (or will be) bound to pay to the board.

70

The court thus concluded, first, that the principal paid the Board out of its own funds and not from property of the bankrupt. But this is only true in a trivial sense. When the set-off is effected, the estate is diminished to the extent of the indemnity and the principal's patrimony is entirely unaffected. The principal's "personal" liability is thus converted by set-off to a mere bookkeeping entry, and the debt satisfied by the estate. As a result, with respect, here the Ontario Court of Appeal has chosen form over substance.

71

Second, the court appeared to attach considerable importance to the fact that the monies owing should never have come into the "hands of the trustee". But with respect, the relevant question was simply whether these monies were property of the bankrupt, and not whether they were or should have been in the hands of the trustee. And since such monies are unquestionably property of the bankrupt, the Board has in effect secured its claim against the estate.

72

Third, and perhaps most importantly, the Ontario Court of Appeal concluded that the *Bankruptcy Act* itself recognizes set-off, and this will inevitably alter priorities in bankruptcy. With respect, the Court of Appeal's statement is overly broad. As already indicated, it is true that s. 97(3) allows the principal to secure his claim against the estate, whatever his priority under s. 136. In this limited sense, a "valid set-off, as defined under provincial law, would inevitably alter the priorities in a bankruptcy". Here, however, the effect is much broader, and entails securing by legislation the claim of a third party against the estate, thereby circum-

Une compensation valide, au sens de la loi provinciale, modifierait inévitablement l'ordre de priorité en matière de faillite, mais c'est précisément ce qu'envisage la *Loi sur la faillite* . . .

En l'espèce, l'argent ne s'est jamais retrouvé (ou n'aurait jamais dû se retrouver) entre les mains du syndic. C'est de l'argent qui était (et devrait demeurer) entre les mains des commettants pour les indemniser des sommes qu'ils sont (ou seront) tenus de verser à la commission.

La Cour d'appel a conclu, premièrement, que le commettant s'était servi de ses propres fonds et non des biens du failli pour payer la Commission. Cependant, cela n'est vrai qu'en apparence. Lorsque la compensation est opérée, l'actif se trouve diminué proportionnellement à l'indemnité et le patrimoine du commettant demeure intact. La compensation transforme donc la responsabilité «personnelle» du commettant en une simple écriture comptable, et l'actif sert à payer la dette. En toute déférence, il s'ensuit ici que la Cour d'appel a préféré la forme au fond.

Deuxièmement, la cour a paru accorder une importance considérable au fait que les sommes dues n'auraient jamais dû se retrouver entre [TRADUCTION] «les mains du syndic». Cependant, je tiens à préciser, en toute déférence, que la question pertinente était tout simplement de savoir si ces sommes étaient un bien du failli, et non si elles étaient ou auraient dû être entre les mains du syndic. Puisque ces sommes constituent indubitablement un bien du failli, la Commission a en fait garanti sa réclamation sur l'actif de la faillite.

Troisièmement, et c'est peut-être le point le plus important, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que la *Loi sur la faillite* elle-même reconnaît l'application des règles de la compensation, et que cela modifiera inévitablement l'ordre de priorité en matière de faillite. En toute déférence, l'énoncé de la Cour d'appel est trop général. Comme je l'ai déjà indiqué, il est exact que le par. 97(3) permet au commettant de garantir sa réclamation sur l'actif, quel que soit son rang en vertu de l'art. 136. Dans ce sens restreint, une [TRADUCTION] «compensation valide, au sens de la loi provinciale, modifierait inévitablement l'ordre de priorité en

venting the order of priorities in the *Bankruptcy Act*.

Differently put, in the bankruptcy context, the law of set-off simply allows a debtor of a bankrupt who is also a creditor of the bankrupt to refrain from paying the full debt owing to the estate, since it may be that the estate will only fulfil a portion, if that, of the bankrupt's debt. Set-off is simply a defence to the payment of a debt, not a basis for validating statutory security devices which have the effect of securing the claims of third parties against the estate. Indeed, the defensive character of set-off is reflected in the wording of s. 97(3) which stipulates that set-off applies to "all claims made against the estate of the bankrupt and also to all actions instituted by the trustee for the recovery of debts due to the bankrupt".

As a result, with the greatest respect, the reasoning of the Ontario Court of Appeal is flawed for applying provincial legislation which has the effect of securing against the estate an entire class of claims specifically given a lower priority by the *Bankruptcy Act*.

What is more, if the Ontario Court of Appeal's interpretation of s. 97(3) were correct, the consequences would be far-reaching. The provinces would, in effect, be entitled to create property interests which have the effect of subverting the federal scheme of distribution by purporting to validate them as set-offs. Nor is there any reason in principle why the provinces would be limited to rearranging federal priorities with respect to unpaid workers' compensation assessments. Each and every province would be licensed to create similar security devices to secure claims of their choosing, and thereby subvert entirely Parliament's chosen scheme of distribution. This prospect was repudiated by this Court in each of the cases in the bankruptcy quartet. The concerns voiced in those cases apply with equal force to this

matière de faillite». Ici, cependant, l'effet est beaucoup plus général, en ce que la loi se trouve à garantir la réclamation d'une tierce partie contre l'actif et à contourner ainsi l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite*.

Autrement dit, dans le contexte de la faillite, les règles de la compensation permettent simplement au débiteur d'un failli, qui en est aussi le créancier, de s'abstenir de régler au complet la dette qu'il a envers la faillite, de crainte que celle-ci ne règle qu'une partie, et encore, de la dette du failli. La compensation n'est qu'un moyen de défense opposable au paiement d'une créance; elle n'est pas un moyen de valider des instruments de garantie créés par la loi, qui ont pour effet de garantir les réclamations de tierces parties sur l'actif de la faillite. D'ailleurs, le libellé du par. 97(3) reflète l'aspect «moyen de défense» de la compensation, en précisant que les règles de la compensation s'appliquent à «toutes les réclamations produites contre l'actif du failli, et aussi à toutes les actions intentées par le syndic pour le recouvrement des créances dues au failli».

En toute déférence, le raisonnement de la Cour d'appel de l'Ontario est erroné du fait qu'il rend applicable une loi provinciale qui a pour effet de garantir sur l'actif toute une catégorie de réclamations auxquelles la *Loi sur la faillite* attribue expressément une priorité de rang inférieure.

De plus, si l'interprétation que la Cour d'appel de l'Ontario donne au par. 97(3) était correcte, elle aurait des conséquences fort importantes. Les provinces seraient alors habilitées à créer des droits de propriété ayant pour effet de déjouer le plan fédéral de répartition, en prétendant les valider par le mécanisme de la compensation. Par ailleurs, il n'existe en principe aucun motif de limiter aux cotisations non payées à la caisse des accidents du travail la modification de l'ordre de priorité fédéral par les provinces. Chaque province serait autorisée à créer des instruments similaires pour garantir les réclamations de son choix, et à déjouer ainsi complètement le plan de répartition choisi par le législateur fédéral. Notre Cour a rejeté cette possibilité dans chacun des arrêts du quatuor sur la faillite. Les préoccupations exprimées dans ces arrêts s'ap-

73

74

75

appeal. To rule otherwise would be to invite a balkanization of the scheme of bankruptcy priorities across the country and to tolerate the evisceration of Parliament's exclusive jurisdiction over bankruptcy conferred by our Constitution. The provinces are not entitled to so proceed, and thereby do indirectly what they are prohibited from doing directly. Our courts must therefore be vigilant to scrutinize the substance of the interests created and not rest content with merely examining their form.

76

I would add that apart from the security device created by the combined effect of ss. 133(1) and (3), s. 133(4) also has the effect of intruding into the exclusive federal sphere of bankruptcy. It will be recalled that s. 133(4) states that "[a]ll questions as to the right to and the amount of such indemnity shall be determined by the board". If allowed to apply in bankruptcy, this provision would have the effect of empowering a creditor of the estate (here the Board) to determine unilaterally the extent of its claim against the estate. As a result, the Board would be empowered to decide the size of the estate which is to remain available for the other secured, preferred and ordinary creditors. A province cannot empower a creditor of a bankrupt to determine the extent of a bankrupt's estate which is to be available for distribution. Thus, while otherwise perfectly valid provincial law, s. 133(4) is also inapplicable in the event of bankruptcy.

77

At this point, I should perhaps stress that nothing I have said detracts from a province's authority to impose liability on a third party for a bankrupt's debt. What a province cannot do, however, is create a statutory security device which has the effect of reordering the priorities of distribution of the assets in the bankrupt's estate. In such a case, what is otherwise valid provincial legislation is simply without application upon the occurrence of bankruptcy. To repeat, it is the combined effect of the statutory deemed debt and the right to withhold (and then set off against) property of the bankrupt which secures the Board's claim against property of the bankrupt. It is for this reason that examining

pliquent avec autant de vigueur en l'espèce. Décider le contraire inciterait à balkaniser l'ordre de priorité en matière de faillite à travers le pays et à tolérer l'éviscération de la compétence fédérale exclusive en matière de faillite, conférée par notre Constitution. Les provinces n'ont pas le droit de procéder de la sorte et de faire ainsi indirectement ce qu'il leur est interdit de faire directement. Nos tribunaux doivent donc veiller à examiner de près la substance des droits créés et ne pas se contenter d'en examiner simplement la forme.

J'ajouterais qu'outre l'instrument de garantie créé par l'effet conjugué des par. 133(1) et (3), le par. 133(4) a aussi pour effet d'empiéter sur la compétence fédérale exclusive en matière de faillite. On se rappellera que le par. 133(4) prévoit que [TRADUCTION] «[l]a Commission tranche toutes les questions relatives au droit à cette indemnité et à son montant». Si on en permettait l'application en matière de faillite, cette disposition aurait pour effet d'habiliter un créancier de l'actif (en l'espèce la Commission) à déterminer unilatéralement l'étendue de sa réclamation contre l'actif. La Commission serait alors habilitée à déterminer la taille de l'actif qui devrait servir au paiement des autres créanciers garantis, privilégiés et ordinaires. Une province ne saurait permettre à un créancier d'un failli de déterminer la taille de l'actif d'un failli qui doit servir au partage. En conséquence, bien qu'il constitue une disposition législative provinciale par ailleurs parfaitement valide, le par. 133(4) est également inapplicable en cas de faillite.

Ici, je devrais peut-être souligner que les propos que j'ai tenus ne diminuent en rien le pouvoir d'une province d'imposer à une tierce partie la responsabilité de la dette d'un failli. Cependant, il est interdit à une province de créer un instrument légal de garantie qui a pour effet de modifier l'ordre de priorité applicable au partage des biens de l'actif du failli. Dans un tel cas, un texte législatif provincial par ailleurs valide n'est tout simplement pas applicable en situation de faillite. Je le répète, c'est l'effet conjugué de la dette réputée créée par la loi et du droit de rétention (et ensuite de compensation) applicable aux biens du failli, qui garantit la réclamation de la Commission contre les biens du

the constitutional validity of s. 133(1) separately from s. 133(3) fundamentally obscures the nature of the legal interest created. Such an approach misses that this is nothing but a straightforward security device triggered by the province for securing the Board's claim against the estate, in exactly the same way that breaking a contract of pledge into debt and bailment and examining the validity of these legal interests separately would obscure the essential character of pledge as a security device.

It is therefore my conclusion that s. 133 is inapplicable in bankruptcy for intruding into an exclusive federal sphere.

In the foregoing, I have proceeded on the basis that s. 133(1) operates in tandem with s. 133(3), that is, that the principal has monies owing to the contractor which it can use as a basis for set-off when the Board deems it liable for the contractor's assessment. Where a principal has such monies owing, it was clearly the Legislature's intention that such a right to set-off be exercised in order that the contractor ultimately be responsible for its own assessment. In this sense, where both ss. 133(1) and (3) potentially apply on the facts of a given case, it was clearly the Legislature's intention that the right to set-off be exercised. As a result, in such a case s. 133 is inapplicable *in toto* against the bankruptcy.

However, there may be instances where the principal does not hold or retain any monies owing to the contractor. While the Court did not have the benefit of extensive submissions on this point, I believe it is quite plausible to conclude that the principal can then claim from the estate as a preferred creditor under s. 136(1)(h), since its claim is comprehended within "indebtedness of the bankrupt under any Workmen's Compensation Act". This would appear to be permissible because on its plain wording s. 136(1)(h) specifies only the nature of the claim and not the identity of the claimant. As a result, if only s. 133(1) applies, the Board has not secured its claim against the estate but recovers only from the principal. The scheme

failli. C'est pour ce motif qu'examiner la constitutionnalité du par. 133(1) séparément de celle du par. 133(3) dissimule radicalement la nature du droit créé. Une telle façon de procéder évite de constater qu'il ne s'agit de rien d'autre qu'un simple instrument de garantie déclenché par la province pour garantir la réclamation de la Commission sur l'actif, de la même façon que l'on éviterait de constater la nature essentielle du nantissement, comme instrument de garantie, si, pour en déterminer la validité, on examinait séparément les aspects «dette» et «dépôt» du contrat.

Je conclus donc que l'art. 133 est inapplicable en matière de faillite parce qu'il empiète sur un chef de compétence fédérale exclusive.

Dans les paragraphes qui précèdent, j'ai tenu pour acquis que les par. 133(1) et (3) s'appliquent ensemble, c'est-à-dire que le commettant doit à l'entrepreneur de l'argent dont il peut se servir pour opérer compensation lorsque la Commission le tient responsable de la cotisation de l'entrepreneur. Il est clair que le législateur a voulu que, lorsqu'un commettant doit une telle somme, ce droit de compensation soit exercé de façon à ce que l'entrepreneur soit en fin de compte responsable du paiement de ses propres cotisations. En ce sens, il est clair que le législateur a voulu que le droit de compensation soit exercé lorsque les par. 133(1) et (3) peuvent s'appliquer dans une affaire donnée. En conséquence, dans un tel cas, l'art. 133 est entièrement inapplicable à la faillite.

Cependant, il peut y avoir des cas où le commettant ne détient pas ou ne retient pas des sommes dues à l'entrepreneur. Bien que notre Cour n'ait pas eu l'avantage d'entendre des arguments détaillés sur ce point, j'estime fort raisonnable de conclure que le commettant peut alors produire une réclamation dans la faillite en tant que créancier privilégié en vertu de l'al. 136(1)(h) puisque sa réclamation fait partie des «dettes contractées par le failli sous l'autorité d'une loi sur les accidents du travail». Cela semblerait permis puisque, selon son libellé, l'al. 136(1)(h) vise la nature de la réclamation et non l'identité de l'auteur de la réclamation. En conséquence, là où seul le par. 133(1) s'applique, la Commission n'a pas garanti sa récla-

78

79

80

of distribution of assets in the estate is thereby unaffected. In such a case, there is no constitutional reason why full effect should not be given to provincial law within its legitimate sphere of operation. I would therefore only read down s. 133 to the extent that in application it enters into conflict with the scheme of distribution in the *Bankruptcy Act*. Where s. 133(1) alone is engaged in a given case, the Board's claim against the principal continues to be fully applicable.

(c) *The Appropriate Remedy: Is Section 133 Inapplicable or Inoperative?*

81

I have already concluded that the impugned legislation must be declared inapplicable rather than inoperable in bankruptcy. I should perhaps explain that this is preferable for the simple reason that bankruptcy is an exclusive federal domain within which provincial legislation does not apply, as distinguished from areas of joint or overlapping jurisdiction where federal legislation will prevail, rendering provincial legislation inoperable to the extent of any conflict. However, as bankruptcy is carved out from the domain of property and civil rights of which it is conceptually a part, valid provincial legislation of general application continues to apply in bankruptcy until Parliament legislates pursuant to its exclusive jurisdiction in relation to bankruptcy and insolvency. At that point, provincial legislation which conflicts with federal law must yield to the extent of the conflict (*Tennant v. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31 (P.C.); *Crown Grain Co. v. Day*, [1908] A.C. 504 (P.C.)) and it becomes inapplicable to that extent. Consistent with the presumption of constitutionality — that the enacting body is presumed to have intended to enact provisions which do not transgress the limits of its constitutional powers — the provincial law should be read down to the extent of the conflict. In other words, it should be interpreted so as not to apply to the matter that is outside the jurisdiction of the enacting body.

mation sur l'actif de la faillite, et elle ne recouvre qu'auprès du commettant. Le plan de répartition des biens de l'actif demeure ainsi intact. Dans un tel cas, il n'y a, du point de vue constitutionnel, aucun motif de ne pas donner plein effet à la loi provinciale à l'intérieur de son champ légitime d'application. Je ne donnerais donc une interprétation atténuée à l'art. 133 que dans la mesure où son application entre en conflit avec le plan de répartition de la *Loi sur la faillite*. Là où seul le par. 133(1) trouve application, la réclamation de la Commission contre le commettant continue d'être pleinement exécutoire.

c) *Le redressement approprié: l'article 133 est-il inapplicable ou inopérant?*

J'ai déjà conclu que la loi attaquée doit être déclarée inapplicable plutôt qu'inopérante en matière de faillite. Je devrais peut-être expliquer que cela est préférable pour le simple motif que la faillite est un domaine de compétence fédérale exclusive à l'intérieur duquel les lois provinciales ne s'appliquent pas, ce qui est différent des domaines où il y a compétence concurrente ou chevauchement de compétence, auquel cas la loi fédérale l'emporte et rend la loi provinciale inopérante dans la mesure du conflit. Cependant, puisque le domaine de la faillite est dégagé de celui de la propriété et des droits civils dont il relève au niveau conceptuel, une loi provinciale valide d'application générale continue de s'appliquer en matière de faillite jusqu'à ce que le législateur fédéral légifère conformément à sa compétence exclusive en matière de faillite et d'insolvabilité. À ce moment, la loi provinciale cède le pas à la loi fédérale dans la mesure où il y a conflit entre les deux (*Tennant c. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31 (C.P.); *Crown Grain Co. c. Day*, [1908] A.C. 504 (C.P.)) et devient inapplicable dans cette mesure. Conformément à la présomption de constitutionnalité — l'autorité législative étant présumée avoir eu l'intention d'adopter des dispositions à l'intérieur de son champ de compétence constitutionnelle — la loi provinciale doit recevoir une interprétation atténuée dans la mesure du conflit. En d'autres termes, elle doit être interprétée de façon à ne pas s'appliquer à la matière qui ne relève pas de la compétence de l'autorité qui l'a adoptée.

This, I believe, has been the trend of this Court's approach to matters of applicability and operability. For example, in refusing to apply the paramountcy doctrine in *Deloitte Haskins, Wilson J.* explained (at p. 807):

I think rather that the applicable principle is the one stated by Laskin C.J. in *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054, at p. 1065, to the effect that "if the provincial legislation is of general application, it will be construed so as not to apply to such enterprises", i.e., those within federal competence.

She concluded at p. 808:

I believe that the trend of the more recent authorities favours a restrictive approach to the concept of "conflict" and a construction of impugned provincial legislation, where this is possible, so as to avoid operational conflict with valid federal legislation. Where this is done both provisions can stand and have their own legitimate spheres of operation. In this sense I find no conflict between s. 107(1) of the *Bankruptcy Act* and s. 78(4) of *The Workers' Compensation Act*. I would accordingly answer the question as framed by stating that s. 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act* applies to determine priorities on a bankruptcy and s. 78(4) of *The Workers' Compensation Act* has no application in such a situation.

Another way of explaining this approach is simply to say, with Lamer J. in *FBDB*, that "in a bankruptcy matter, it is the *Bankruptcy Act* which must be applied" (at p. 1071).

This was also the Court's approach in *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121. The case concerned the relationship between *Bank Act*, R.S.C., 1985, c. B-1, security interests and the provincial procedural requirements for seizure under the Saskatchewan *Limitation of Civil Rights Act*, R.S.S. 1978, c. L-16. Speaking for the Court, La Forest J. found the federal and provincial legislation to conflict in operation. However, he added at p. 155:

C'est là, à mon avis, la façon dont notre Cour a eu tendance à aborder les questions d'applicabilité et de caractère opérant. Par exemple, lorsqu'elle a refusé d'appliquer la règle de la prépondérance dans l'arrêt *Deloitte Haskins*, le juge Wilson explique, à la p. 807:

Je crois plutôt que le principe applicable est celui qu'a formulé le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054, à la p. 1065, selon lequel «si la législation provinciale est de portée générale, elle devra être interprétée de façon à ne pas s'appliquer à ces entreprises», c.-à-d. celles qui relèvent de la compétence fédérale.

Elle conclut, à la p. 808:

Je crois que le courant doctrinal et jurisprudentiel le plus récent favorise une conception restrictive de la notion de «conflict» et, dans la mesure du possible, une interprétation de la loi provinciale contestée qui évite un conflit d'application avec la loi fédérale valide. Dans un tel cas, les deux dispositions peuvent subsister et avoir chacune leur sphère légitime d'application. En ce sens, je conclus qu'il n'y a aucun conflit entre le par. 107(1) de la *Loi sur la faillite* et le par. 78(4) de *The Workers' Compensation Act*. L'alinéa 107(1)h de la *Loi sur la faillite* ne rend pas ce paragraphe inopérant; ce dernier ne s'applique tout bonnement pas en cas de faillite, quand on l'interprète correctement. Par conséquent, la question formulée par le Juge en chef doit recevoir une réponse négative.

Une autre façon d'expliquer ce point de vue est de dire tout simplement qu'«en cas de faillite, c'est la *Loi sur la faillite* qui doit recevoir application», pour reprendre les propos du juge Lamer dans l'arrêt *BFD* (à la p. 1071).

C'est également le point de vue que notre Cour a adopté dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121. Cet arrêt portait sur le rapport entre les sûretés établies par la *Loi sur les banques*, L.R.C. (1985), ch. B-1, et les conditions procédurales de saisie posées par la province de la Saskatchewan en vertu de sa *Limitation of Civil Rights Act*, R.S.S. 1978, ch. L-16. Le juge La Forest a conclu, au nom de notre Cour, qu'il existait une incompatibilité d'application entre la loi fédérale et la loi provinciale. Il ajoute cependant, à la p. 155:

82

83

84

I have dealt with this case on the basis of paramountcy to meet the arguments put forward by counsel. But the issue can, I think, be answered more directly. At the end of the day, I agree with counsel for the Attorney General of Canada that this is simply a case where Parliament, under its power to regulate banking, has enacted a complete code that at once defines and provides for the realization of a security interest. There is no room left for the operation of the provincial legislation and that legislation should, accordingly, be construed as inapplicable to the extent that it trenches on valid federal banking legislation.

In response to the third question, then, I would hold that ss. 19 to 36 of *The Limitation of Civil Rights Act*, if interpreted to include a s. 178 security, conflict with ss. 178 and 179 of the *Bank Act* so as to render ss. 19 to 36 inoperative in respect of the security taken pursuant to s. 178 by a chartered bank. To put it another way, ss. 19 to 36 of *The Limitation of Civil Rights Act* are inapplicable to security taken pursuant to ss. 178 and 179 of the *Bank Act*. [Emphasis added.]

85

I fully endorse this approach, and am of the opinion that my colleague La Forest J.'s remarks apply *mutatis mutandis* to the present appeal. Parliament has enacted a complete code in the *Bankruptcy Act*, one which necessarily calls upon provincial law for its operation. But Parliament's invitation stipulates an important limitation at the threshold of its domain, namely, that provincial law simply cannot apply when to do so would entail subverting the federal order of priorities in the *Bankruptcy Act*.

86

I therefore agree with the submissions of the Attorney General of Canada and find that s. 133 is inapplicable in bankruptcy when s. 133(1) operates together with s. 133(3) as it trenches on valid federal bankruptcy legislation.

87

In view of Iacobucci J.'s statement at para. 162 that provincial "[l]egislation that is *intra vires* is permitted to have an incidental and ancillary effect on a federal sphere", I think it appropriate in concluding to summarize my view as to the proper constitutional analysis where federal and provin-

J'ai tranché cette affaire en fonction de la prépondérance pour répondre aux arguments présentés par les avocats. Mais je crois qu'on peut répondre plus directement à la question. En définitive, je partage l'avis de l'avocat du procureur général du Canada qu'il s'agit simplement d'un cas où le Parlement, en vertu de son pouvoir de réglementer les opérations bancaires, a adopté un code complet qui définit et prescrit à la fois la procédure de réalisation d'une sûreté. Il n'y a plus de place pour l'application d'une loi provinciale et cette loi devrait donc être interprétée comme étant inapplicable dans la mesure où elle empiète sur une loi fédérale valide en matière d'opérations bancaires.

Donc, en réponse à la troisième question, je suis d'avis de conclure que les art. 19 à 36 de *The Limitation of Civil Rights Act*, interprétés de manière à inclure une sûreté visée par l'art. 178, entrent en conflit avec les art. 178 et 179 de la *Loi sur les banques* et sont inopérants à l'égard de garanties prises conformément à l'art. 178 par une banque à charte. En d'autres termes, les art. 19 à 36 de *The Limitation of Civil Rights Act* sont inapplicables à la garantie prise conformément aux art. 178 et 179 de la *Loi sur les banques*. [Je souligne.]

Je suis tout à fait d'accord avec ce point de vue et j'estime que les remarques de mon collègue le juge La Forest s'appliquent *mutatis mutandis* au présent pourvoi. Le législateur fédéral a, dans la *Loi sur la faillite*, adopté un code complet qui fait nécessairement appel à la loi provinciale pour son application. Cependant, l'invitation du législateur fédéral comporte une importante restriction préliminaire: la loi provinciale ne peut tout simplement pas s'appliquer dans les cas où cela aurait pour effet de contrevenir à l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite* fédérale.

Je suis donc d'accord avec les arguments du procureur général du Canada et je conclus que l'art. 133 est inapplicable en matière de faillite lorsque les par. 133(1) et (3) s'appliquent ensemble, du fait qu'il empiète alors sur une loi fédérale valide en matière de faillite.

Quant à l'affirmation du juge Iacobucci, au par. 162, qu'«[u]ne loi provinciale constitutionnelle peut avoir un effet incident et accessoire sur un domaine de compétence fédérale», je crois qu'il y a lieu pour moi de conclure par un résumé de mon opinion sur l'analyse constitutionnelle qu'il con-



cial legislation potentially conflict. One must first determine whether the laws are respectively valid federal or provincial legislation. If so, the actual operation of the laws must be examined to determine whether they are in operational conflict, that is, inconsistent or incapable of being fully complied with in a given situation. If they are in operational conflict, the federal legislation prevails and the provincial legislation is without effect to the extent of this conflict. If the operational conflict is in a field of exclusive federal jurisdiction, the provincial legislation will be inapplicable as being *ultra vires* to that extent. If the conflict is in an area of concurrent or overlapping jurisdictions, the provincial legislation will remain *intra vires* but be inoperative. To the extent that there is operational conflict, there is no room for an incidental or ancillary effect of provincial legislation. If, on the other hand, there is no operational conflict, then both laws continue to operate and both continue to have effect to the extent that operational conflict does not arise. Short of operational conflict, provincial law may validly have an effect on bankruptcy, as I have indeed acknowledged in observing that there is no bankruptcy "bottom line" without provincial law (at para. 30). In the present case, I have found clear operational conflict in that ss. 133(1) and (3) in their operation together entail a reordering or subverting of the federal order of priorities under the *Bankruptcy Act*. Such an intrusion into an exclusive federal sphere necessarily goes far beyond an incidental and ancillary effect. I believe this proposition runs through my reasons.

#### D. Residual Issues

Finally, as my colleague Iacobucci J. notes, before this Court the Bank of Montreal raised factual and legal issues which had not been raised in the courts below. Specifically, the Bank argued that Husky was not liable under s. 133 for payment of Metal Fab's assessments since the Board was

vient de faire en cas de possibilité de conflit entre une loi fédérale et une loi provinciale. Il faut d'abord décider s'il s'agit de lois fédérale et provinciale valides. Dans l'affirmative, il faut examiner leur application concrète pour déterminer s'il existe une incompatibilité d'application entre les deux, c'est-à-dire déterminer si les lois en cause sont incompatibles ou non susceptibles d'être respectées intégralement dans une situation donnée. En cas d'incompatibilité d'application, la loi fédérale l'emporte et la loi provinciale est sans effet dans la mesure du conflit. S'il existe une incompatibilité d'application dans un domaine de compétence fédérale exclusive, la loi provinciale sera inapplicable comme étant inconstitutionnelle dans cette mesure. Si le conflit se situe dans un domaine où il y a compétence concurrente ou chevauchement de compétence, la loi provinciale demeurera constitutionnelle, mais sera inopérante. Dans la mesure où il y a incompatibilité d'application, une loi provinciale ne peut avoir un effet incident ou accessoire. Par contre, s'il n'y a pas d'incompatibilité d'application, alors les deux lois continuent de s'appliquer et d'avoir effet dans la mesure où aucune incompatibilité d'application ne surgit. À moins d'une incompatibilité d'application, une loi provinciale peut valablement avoir une incidence sur la faillite, comme je l'ai effectivement reconnu en soulignant qu'en l'absence de droit provincial il n'existe pas de «résultat final» en matière de faillite (par. 30). En l'espèce, j'ai conclu qu'il existe une incompatibilité d'application manifeste vu que l'application conjuguée des par. 133(1) et (3) a pour effet de modifier l'ordre de priorité établi par la *Loi sur la faillite* fédérale, ou d'y contrevenir. Un tel empiètement sur un domaine de compétence fédérale exclusive constitue nécessairement bien plus qu'un effet incident et accessoire. À mon avis, cette affirmation se dégage de l'ensemble de mes motifs.

#### D. Les questions qui restent à résoudre

Enfin, comme mon collègue le juge Iacobucci le fait remarquer, la Banque de Montréal a soulevé devant nous des questions de fait et de droit qui n'avaient pas été soulevées devant les tribunaux d'instance inférieure. Plus particulièrement, la Banque a soutenu que Husky n'était pas, en vertu

obliged to issue a demand against Metal Fab before issuing one against Husky. Similarly, the Board and the Bank argued that Husky cannot indemnify itself out of funds owing to Metal Fab since Husky received the demand from the Board after Metal Fab had given notice of assignment of its book debts to the Bank of Montreal. Since, as outlined, it is my opinion that s. 133 simply has no application in the event of bankruptcy, these threshold factual questions need not be addressed.

89 With respect to Husky's further argument that it was not in breach of its statutory duty under s. 133 to ensure payment by Metal Fab, again this question need not be addressed since s. 133 has no application upon the occurrence of bankruptcy.

90 The Bank also argued that s. 133 should be interpreted to limit Husky's liability to unpaid workers' compensation assessments with respect to the specific work performed for Husky by Metal Fab, and not for all Metal Fab's outstanding unpaid assessments which includes work for other principals. While it is not necessary to answer this question given my disposition of this appeal, I agree with Iacobucci J. that the liability under s. 133 is limited to unpaid assessments in respect of work performed for Husky. This less Draconian interpretation is confirmed by the recent clarifying amendment to s. 133 which inserted the words "pursuant to this Act with respect to that work" after "contribute to the fund" (*The Workers' Compensation Amendment Act, 1993*, S.S. 1993, c. 63, s. 40).

#### IV. Disposition

91 For the above reasons, I would answer the constitutional questions posed by Lamer C.J. as follows:

de l'art. 133, responsable du paiement des cotisations de Metal Fab puisque la Commission était tenue de présenter une demande de paiement à Metal Fab avant de s'adresser à Husky. De même, la Commission et la Banque ont fait valoir que Husky ne peut se servir des fonds dus à Metal Fab pour s'indemniser elle-même puisqu'elle a reçu la demande de paiement de la Commission après que Metal Fab eut donné avis de la cession de ses comptes débiteurs à la Banque de Montréal. Puisque, tel que je l'ai exposé, j'estime que l'art. 133 ne s'applique tout simplement pas en matière de faillite, je n'ai pas à répondre à ces questions de fait préliminaires.

Quant à l'autre argument de Husky voulant qu'elle n'ait pas manqué à l'obligation, qui lui incombe en vertu de l'art. 133, de s'assurer que Metal Fab effectue son paiement, il n'est pas nécessaire non plus de trancher cette question puisque l'art. 133 ne s'applique pas en cas de faillite.

La Banque a aussi soutenu que l'art. 133 devrait être interprété de façon à limiter la responsabilité de Husky aux cotisations non payées à la caisse des accidents du travail, relativement au travail que Metal Fab a exécuté précisément pour elle, et non de façon à ce qu'elle englobe toutes les cotisations impayées de Metal Fab, ce qui inclurait le travail effectué pour d'autres commettants. Bien que je n'aie pas à répondre à cette question compte tenu de mes motifs de décision, je suis d'accord avec le juge Iacobucci pour dire que la responsabilité en vertu de l'art. 133 se limite aux cotisations impayées relativement au travail accompli pour Husky. Cette interprétation moins draconienne est confirmée par la modification apportée récemment, pour plus de clarté, à l'art. 133, soit l'ajout des mots [TRADUCTION] «conformément à la présente loi relativement à ce travail» après «verser à la caisse» (*The Workers' Compensation Amendment Act, 1993*, S.S. 1993, ch. 63, art. 40).

#### IV. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de répondre ainsi aux questions constitutionnelles formulées par le juge en chef Lamer:

**Question:** 1. Where a contractor as referred to in s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, c. W-17.1, is in bankruptcy and but for the bankruptcy, the principal as referred to in s. 133 would be liable to pay the assessment due by the contractor under the Act, is s. 133 of the said Act inoperative or inapplicable in whole or in part, by reason of being in conflict with the *Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, and in particular ss. 17(1), 67, 95, 136(1)(h), 148, 158(a) and 198(a) thereof?

**Answer:** Yes. Section 133 is inapplicable in bankruptcy when s. 133(1) operates in tandem with s. 133(3).

**Question:** 2. Was s. 133 of the said Act inoperative or inapplicable in the circumstances of this case?

**Answer:** Yes. Section 133 was inapplicable when Metal Fab entered bankruptcy.

I would therefore dismiss the appeal with costs throughout.

The reasons of Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. were delivered by

IACOBUCCI J. (dissenting) — The broad issue in this appeal is the extent to which a provincial statutory instrument can constitutionally assert itself in the bankruptcy context without entering into operational conflict with the federal *Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3. The specific question at issue relates to the constitutional validity of ss. 133(1) and (3) of the Saskatchewan *Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, c. W-17.1. These provisions permit the Workers' Compensation Board (the Board), in a situation where a contractor has failed to pay its Injury Fund contributions, to obtain these amounts from a principal of the contractor (subs. (1)). Subsection (3) permits the principal to indemnify itself from the delinquent contractor. It is argued in this case that ss. 133(1) and (3) are constitutionally non-operational in a situation where the contractor is bankrupt, especially when that bankrupt has assigned its estate to a secured creditor.

**Question:** 1. Lorsque l'entrepreneur mentionné à l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, ch. W-17.1, est en faillite et que, n'eût été cette faillite, le commettant mentionné à ce même article serait tenu de payer la cotisation due par l'entrepreneur en vertu de la Loi, l'art. 133 de ladite loi est-il inopérant ou inapplicable en totalité ou en partie pour cause de conflit avec la *Loi sur la faillite*, L.R.C. (1985), ch. B-3, et, en particulier, avec les art. 17(1), 67, 95, 136(1)(h), 148, 158(a) et 198(a) de cette loi?

**Réponse:** Oui. L'article 133 est inapplicable en matière de faillite lorsque les par. 133(1) et (3) s'appliquent ensemble.

**Question:** 2. L'article 133 de ladite loi était-il inopérant ou inapplicable dans les circonstances de la présente affaire?

**Réponse:** Oui. L'article 133 était inapplicable lorsque Metal Fab a fait faillite.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens dans toutes les cours.

Version française des motifs des juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major rendus par

LE JUGE IACOBUCCI (dissident) — La question générale qui se pose dans le présent pourvoi concerne la mesure dans laquelle un texte réglementaire provincial peut constitutionnellement s'appliquer dans le contexte d'une faillite sans donner lieu à une incompatibilité d'application avec la *Loi sur la faillite fédérale*, L.R.C. (1985), ch. B-3. La question particulière dont nous sommes saisis porte sur la constitutionnalité des par. 133(1) et (3) de *The Workers' Compensation Act, 1979*, de la Saskatchewan, S.S. 1979, ch. W-17.1. Ces dispositions permettent à la Workers' Compensation Board (la Commission), dans le cas où un entrepreneur a omis de payer ses cotisations à la caisse des accidents, d'obtenir ces montants d'un commettant de l'entrepreneur (par. (1)). Le paragraphe (3) permet au commettant d'être indemnisé par l'entrepreneur fautif. En l'espèce, on soutient que les par. 133(1) et (3) sont inopérants du point de vue constitutionnel dans le cas où l'entrepreneur est en faillite, notamment lorsque ce failli a cédé ses biens à un créancier garanti.

## I. Background

94 Husky Oil Operations Ltd. (the principal, hereinafter "Husky") is an owner of a Bi-Provincial Heavy Oil Upgrader at Lloydminster, Saskatchewan. Husky entered into six contracts with Metal Fabricating & Construction Ltd. (the contractor, subsequently the bankrupt, hereinafter "Metal Fab") respecting the construction of the upgrader. Metal Fab made an assignment in bankruptcy before completing five of those contracts. At the time, Husky owed approximately \$800,000 to Metal Fab in the form of hold-backs and contractual debt. These sums were paid into court upon the commencement of the instant legal proceedings.

## I. Contexte

Husky Oil Operations Ltd. (le commettant, ci-après «Husky») est propriétaire d'une usine biprovinciale de valorisation du pétrole lourd, à Lloydminster, en Saskatchewan. Husky a conclu six contrats avec Metal Fabricating & Construction Ltd. (l'entrepreneur, subséquemment failli, ci-après «Metal Fab») relativement à la construction de l'usine de valorisation. Metal Fab a fait cession de ses biens avant d'avoir achevé cinq de ces contrats. À l'époque, Husky devait approximativement 800 000 \$ à Metal Fab sous forme de retenues de garantie et de créance contractuelle. Ces sommes ont été consignées en cour au début des présentes poursuites.

95 Metal Fab had not paid its required Workers' Compensation Fund contribution for the employees on its payroll. It was alerted to this effect by the Workers' Compensation Board on March 2, 1992 by a Notice of Assessment showing that \$208,850.50 was due and payable to the Board. Soon thereafter, the Bank of Montreal (the assignee) acquired a general assignment of book debts from Metal Fab for loans advanced to it. On March 12, 1992, Husky was notified of the Bank's security interest and told that it must pay to the Bank any amounts payable to Metal Fab. The Board was apprised of the ceasing of operations of Metal Fab on March 16, 1992. The Board then looked to Husky since s. 133(1) of *The Workers' Compensation Act, 1979*, made Husky personally liable in respect of the amounts that Metal Fab had not paid to the Board, but, pursuant to the terms of subs. (3), Husky could recover those sums from Metal Fab. Metal Fab made an assignment in bankruptcy on March 19, 1992. The co-respondent, Deloitte & Touche Inc., was appointed trustee in bankruptcy. Subsequent audits conducted by the Board revealed the amount owing by Metal Fab to the Injury Fund to be \$246,745.26. Husky was advised of this increased amount by a letter, dated July 6, 1992. Under the assignment in bankruptcy, Metal Fab assigned a secured debt to the Bank of Montreal in the amount of \$1,745,837.

Metal Fab n'avait pas versé au fonds d'indemnisation des accidents du travail la cotisation qu'elle était tenue de verser pour les employés inscrits sur sa liste de paye. C'est dans un avis de cotisation envoyé par la Commission, le 2 mars 1992, que Metal Fab a été informée qu'elle lui devait la somme de 208 850,50 \$. Peu après, la Banque de Montréal (le cessionnaire) a obtenu une cession générale des comptes débiteurs de Metal Fab pour les prêts qu'elle lui avait consentis. Le 12 mars 1992, Husky a été avisée de la garantie de la Banque et informée qu'elle devait lui verser tout montant payable à Metal Fab. La Commission a appris la cessation des opérations de Metal Fab le 16 mars 1992. Elle s'est alors adressée à Husky vu que le par. 133(1) de *The Workers' Compensation Act, 1979*, rendait Husky personnellement responsable des montants que Metal Fab n'avaient pas payés à la Commission; cependant, conformément au par. (3), Husky pourrait recouvrer ces sommes auprès de Metal Fab. Cette dernière a fait cession de ses biens le 19 mars 1992. La cointimée, Deloitte & Touche Inc., a été nommée syndic de la faillite. Des vérifications ultérieures effectuées par la Commission ont révélé que Metal Fab devait à la caisse des accidents la somme de 246 745,26 \$. Husky a été informée de ce montant accru par lettre en date du 6 juillet 1992. Aux termes de la cession de ses biens, Metal Fab a cédé à la Banque de Montréal une créance garantie de 1 745 837 \$.

Husky and Metal Fab's creditors submit that the operation of s. 133 conflicts with s. 136 of the federal *Bankruptcy Act*, which sets out the priorities of creditors on bankruptcy. Normally in bankruptcy the amount owed by Husky to Metal Fab would be used to satisfy lienholders and the secured creditor Bank of Montreal according to the priorities established in the *Bankruptcy Act*. In the appeal at bar, the Board, given its lower priority, would effectively recover none of the money owed to it by Metal Fab. However, s. 133 of the *Workers' Compensation Act* permits the Board to recover its debt directly from Husky and allows Husky, in turn, to set this off from the amount owed to the bankrupt, thereby effectively reducing the amount of money available to the secured creditor and, it is submitted, improperly affecting the priority scheme established by the *Bankruptcy Act*.

The aims of the litigants can be summarized as follows:

- (1) Husky wants to avoid the operation of s. 133(1) but, if this provision is found to be valid, argues that s. 133(3) is also operative and, thus, Husky can set off the monies paid to the Board from the monies it owes the bankrupt.
- (2) The Bank's position is influenced by the fact that, since it is the principal secured creditor, any funds set off to Husky are wholly funds that, in the absence of the intervention of the Board, would accrue to the Bank. Consequently, the Bank is principally preoccupied with affirming the non-operability of s. 133(3), realizing, however, that were Husky not to have any liability to the Board then there would be no set-off issue in the first place.
- (3) The Board seeks the sums that the bankrupt should have paid to it all along. It relies on s. 133(1) of the provincial legislation and its creation of joint and several liability

Les créanciers de Husky et de Metal Fab soutiennent que l'application de l'art. 133 est incompatible avec l'art. 136 de la *Loi sur la faillite* fédérale, qui établit l'ordre de priorité des créanciers de la faillite. Normalement, dans une faillite, le montant dû par Husky à Metal Fab serait utilisé pour payer les titulaires d'un privilège et le créancier garanti, la Banque de Montréal, conformément à l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite*. En l'espèce, la Commission, en raison de son rang inférieur, ne recouvrerait, en fait, aucun des montants que lui doit Metal Fab. Cependant, l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act* permet à la Commission de s'adresser directement à Husky pour obtenir le paiement de sa créance, et à Husky d'opérer compensation entre ce paiement et tout montant dû au failli, ce qui a pour effet de réduire la somme que peut toucher le créancier garanti, et, soutient-on, de modifier irrégulièrement l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite*.

Les buts visés par les parties au litige peuvent se résumer ainsi:

- (1) Husky veut éviter l'application du par. 133(1), mais elle soutient que, si cette disposition est jugée valide, le par. 133(3) s'applique également, et qu'elle peut donc opérer compensation entre les sommes payées à la Commission et celles qu'elle doit au failli.
- (2) La position de la Banque est influencée par le fait que, puisqu'elle est le principal créancier garanti, les fonds qui font l'objet d'une compensation par Husky sont tous des fonds qui lui reviendraient en l'absence de l'intervention de la Commission. En conséquence, la Banque tient surtout à affirmer que le par. 133(3) n'est pas applicable, tout en se rendant compte qu'il n'existerait, au départ, aucune question de compensation si Husky n'avait aucune responsabilité envers la Commission.
- (3) La Commission cherche à obtenir les sommes que le failli aurait dû lui verser en premier lieu. Elle se fonde sur le par. 133(1) de la loi provinciale et le fait que cette dis-

between the principal and contractor to this effect.

position établi, en ce sens, une responsabilité solidaire entre le commettant et l'entrepreneur.

98

By a fiat, dated September 9, 1992, Wedge J. of the Court of Queen's Bench of Saskatchewan held that s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*, was constitutionally inoperative because it altered the scheme of distribution specified in the *Bankruptcy Act*, the ordering of this scheme falling entirely within the legislative competence of Parliament. The Saskatchewan Court of Appeal dismissed the Appellant Board's appeal from that decision. On April 28, 1994, leave to appeal was granted to this Court, [1994] 1 S.C.R. xii.

Le juge Wedge de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a, par voie d'autorisation en date du 9 septembre 1992, statué que l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, était inopérant du point de vue constitutionnel parce qu'il modifiait le plan de répartition établi dans la *Loi sur la faillite*, qui relevait entièrement de la compétence législative fédérale. La Cour d'appel de la Saskatchewan a rejeté l'appel de la Commission appelante contre cette décision. Le 28 avril 1994, une autorisation de pourvoi a été accordée par notre Cour, [1994] 1 R.C.S. xii.

II. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

II. Les textes constitutionnels et législatifs pertinents

*Constitution Act, 1867*

*Loi constitutionnelle de 1867*

91. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; and for greater Certainty, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms of this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say, —

91. Il sera loisible à la Reine, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets exclusivement assignés aux législatures des provinces par la présente loi mais, pour plus de certitude, sans toutefois restreindre la généralité des termes employés plus haut dans le présent article, il est par les présentes déclaré que (nonobstant toute disposition de la présente loi) l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets énumérés ci-dessous, à savoir:

(21) Bankruptcy and Insolvency.

(21) la faillite et l'insolvabilité;

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say, —

92. Dans chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer relativement aux matières entrant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, à savoir:

(13) Property and Civil Rights in the Province . . .

(13) la propriété et les droits civils dans la province; . . .

*The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, c. W-17.1

**133.** — (1) Where a person, whether carrying on an industry included under this Act or not, in this section referred to as the principal, contracts with any other person, in this section referred to as the contractor, for the execution by or under the contractor of the whole or any part of any work for the principal, it is the duty of the principal to ensure that any sum that the contractor or any subcontractor is liable to contribute to the fund is paid and, where the principal fails to do so and the sum is not paid, he is personally liable to pay that sum to the board.

(3) Where the principal is liable to make payment to the board under subsection (1), he is entitled to be indemnified by any person who should have made the payment and is entitled to withhold, out of any indebtedness due to that person, a sufficient amount in respect of that indemnity.

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

97....

(3) The law of set-off applies to all claims made against the estate of the bankrupt and also to all actions instituted by the trustee for the recovery of debts due to the bankrupt in the same manner and to the same extent as if the bankrupt were plaintiff or defendant, as the case may be, except in so far as any claim for set-off is affected by the provisions of this Act respecting frauds or fraudulent preferences.

**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:

(h) all indebtedness of the bankrupt under any Workmen's Compensation Act, under any Unemployment Insurance Act, under any provision of the *Income Tax Act* creating an obligation to pay to Her Majesty amounts that have been deducted or withheld, rateably; . . .

*The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, ch. W-17.1

[TRADUCTION] **133.** — (1) Si une personne, appelée le commettant dans le présent article, qu'elle exploite ou non une industrie visée par la présente loi, conclut un contrat avec une autre personne, appelée l'entrepreneur dans le présent article, pour l'exécution, par l'entrepreneur ou sous sa direction, de la totalité ou d'une partie d'un travail pour le compte du commettant, il incombe à ce dernier de veiller à ce que toute somme que l'entrepreneur ou un sous-traitant est tenu de verser à la caisse soit versée. Le commettant qui néglige de le faire est, à défaut de paiement, personnellement tenu de payer cette somme à la commission.

(3) Le commettant qui est tenu de faire un paiement à la commission en vertu du paragraphe (1) a le droit d'être indemnisé par toute personne qui aurait dû faire ce paiement et il a le droit de retenir, sur toute somme due à cette personne, un montant suffisant correspondant à cette indemnité.

*Loi sur la faillite*, L.R.C. (1985), ch. B-3

97....

(3) Les règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre l'actif du failli, et aussi à toutes les actions intentées par le syndic pour le recouvrement des créances dues au failli, de la même manière et dans la même mesure que si le failli était demandeur ou défendeur, selon le cas, sauf en tant que toute réclamation pour compensation est atteinte par les dispositions de la présente loi concernant les fraudes ou préférences frauduleuses.

**136.** (1) Sous réserve des droits des créanciers garantis, les montants réalisés provenant des biens d'un failli sont distribués d'après l'ordre de priorité de paiement suivant:

(h) toutes dettes contractées par le failli sous l'autorité d'une loi sur les accidents du travail, d'une loi sur l'assurance-chômage, d'une disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* créant une obligation de rembourser à Sa Majesté des sommes qui ont été déduites ou retenues, au prorata; . . .

### III. Judgments Below

*Court of Queen's Bench of Saskatchewan, per Wedge J. (1992), 104 Sask. R. 225*

99 This decision consisted of a fiat on a non-suit application by Husky that s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*, was inapplicable to it.

100 Wedge J. first reviewed the facts and found that s. 133(1) made Husky personally liable for the payments to the Board yet authorized it to recover these payments from Metal Fab, the contractor. The trial judge then went on to note that the questions at hand were: (1) whether, in a bankruptcy situation, s. 133 encroached upon the exclusive federal jurisdiction over bankruptcy; and (2) whether, if it did not, Husky was entitled to set off the amount it must pay to the Board against the monies held in court.

101 Wedge J. answered the first question in the affirmative. She found assistance, in reaching her conclusion, in the decisions of this Court in *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35 (hereinafter *Re Bourgault*) (later referred to by Wakeling J.A. as *Bourgault v. Quebec Deputy Minister of Revenue*), *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785, *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061 (*FBDB*), and *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24, colloquially referred to as the "quartet". While acknowledging at p. 228 that "... these decisions are not directly on point where, as here, the claim by the provincial body, is against a third party — not the bankrupt", Wedge J. still felt they offered some guidance. In fact, the quartet, combined with some academic authority, lead her to conclude that provincial legislative initiatives are invalid simply when they affect the bankruptcy scheme.

### III. Les juridictions inférieures

*Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, le juge Wedge (1992), 104 Sask. R. 225*

Cette décision consistait à autoriser une demande de non-lieu présentée par Husky, selon laquelle l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, ne lui était pas applicable.

Le juge Wedge a d'abord examiné les faits et statué que le par. 133(1) rendait Husky personnellement responsable du montant dû à la Commission, tout en l'autorisant à se faire rembourser ces paiements par l'entrepreneur Metal Fab. Le juge de première instance a ensuite fait remarquer qu'il s'agissait de déterminer (1) si dans une situation de faillite, l'art. 133 empiète sur la compétence fédérale exclusive en matière de faillite, et (2) dans la négative, si Husky avait le droit d'opérer compensation entre le montant qu'elle devait payer à la Commission et les sommes consignées en cour.

Le juge Wedge a répondu par l'affirmative à la première question. Ce faisant, elle s'est appuyée sur ce qu'on appelle communément le «quatuor» d'arrêts de notre Cour *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35 (ci-après *Re Bourgault*) (plus tard cité par le juge Wakeling de la Cour d'appel, sous le nom de *Bourgault c. Sous-ministre du Revenu du Québec*), *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785, *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061 (*BFD*), et *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24. Tout en reconnaissant à la p. 228 que [TRADUCTION] «... ces arrêts ne sont pas tout à fait pertinents dans les cas où, comme en l'espèce, l'organisme provincial produit une réclamation contre une tierce partie — et non contre le failli», le juge Wedge a estimé qu'ils donnaient certaines indications. En fait, le quatuor d'arrêts, conjugué à certains articles de doctrine, l'a amenée à conclure que les mesures législatives provinciales ne sont invalides que lorsqu'elles touchent le régime de faillite.



Reference was also made to the Ontario case of *Re Evelyn Stevens Interiors Ltd.* (1990), 72 D.L.R. (4th) 712 (S.C.), where, according to Wedge J. at p. 228, McKeown J. "...relied upon the judgment of Madam Justice Wilson in *Deloitte Haskins* for the principle that provincial legislation cannot disturb the priority scheme in s. 136(1) of the *Bankruptcy Act*." It was noted that McKeown J.'s reasoning in *Evelyn Stevens* was adopted by Lawton J. in *Serdula Construction Management Inc. v. Workers' Compensation Board*, Q.B. (Regina), Q.B.M. 126/91 (April 12, 1991), a case which also involved a claim under s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*. In *Serdula*, Lawton J. acknowledged that the *Evelyn Stevens* case was being appealed, but considered that McKeown J. had been correct. Wedge J. found the facts of the case at bar to be indistinguishable from those in *Serdula*. Ultimately, Wedge J. held that s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*, has no application in a bankruptcy scenario.

Wedge J. then turned to the second issue and questioned whether the set-off issue could be separated from the s. 133(1) issue. She concluded at p. 229:

If Husky does not have to pay the Board out of the monies in court, the amount available to the Trustee is not diminished, the priority scheme in the *Bankruptcy Act* is not altered and there is no conflict between the provincial and federal legislation. It is only subs. (3) of s. 133, taken together with subs. (1) which would have the effect of disturbing the priority scheme. Thus the whole of s. 133 is under attack in the constitutional issue.

Wedge J. went on to reject the argument that the set-off provision in s. 133(3) is not in conflict with the *Bankruptcy Act* because, in s. 97(3), the Act itself recognizes rights of set-off. She reasoned at pp. 229-30:

To interpret the general right of set-off in s. 97(3) as overriding the specific reference to Workers' Compensation payments in the order of priorities would, in my

Le juge Wedge a également mentionné la décision ontarienne *Re Evelyn Stevens Interiors Ltd.* (1990), 72 D.L.R. (4th) 712 (C.S.), dans laquelle, selon elle, le juge McKeown [TRADUCTION] «s'est fondé sur les motifs du juge Wilson, dans *Deloitte Haskins*, pour appliquer le principe voulant qu'une loi provinciale ne puisse modifier l'ordre de priorité établi au par. 136(1) de la *Loi sur la faillite*» (p. 228). Elle a fait remarquer que le raisonnement du juge McKeown, dans *Evelyn Stevens*, a été adopté par le juge Lawton dans *Serdula Construction Management Inc. c. Workers' Compensation Board*, B.R. Sask. (Regina), Q.B.M. 126/91 (12 avril 1991), une affaire qui concernait aussi une réclamation fondée sur l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*. Dans l'affaire *Serdula*, le juge Lawton a reconnu qu'un appel avait été interjeté dans l'affaire *Evelyn Stevens*, mais il a considéré que le juge McKeown avait raison. De l'avis du juge Wedge, les faits en l'espèce ne pouvaient être distingués de ceux de l'affaire *Serdula*. Le juge Wedge a finalement conclu que l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, n'était pas applicable dans le contexte d'une faillite.

Le juge Wedge a ensuite examiné la deuxième question et s'est demandée si la question de la compensation pouvait être dissociée de celle du par. 133(1). Voici sa conclusion, à la p. 229:

[TRADUCTION] Si Husky n'a pas à payer la Commission sur les sommes consignées en cour, le montant dont dispose le syndic ne se trouve pas diminué, l'ordre de priorité établi dans la *Loi sur la faillite* n'est pas modifié et il n'y a pas d'incompatibilité entre la loi fédérale et la loi provinciale. Ce n'est que lorsqu'il est conjugué au par. (1) que le par. (3) aurait pour effet de modifier l'ordre de priorité. Par conséquent, c'est l'ensemble de l'art. 133 qui est attaqué dans la question constitutionnelle.

Le juge Wedge a ensuite rejeté l'argument selon lequel la compensation visée au par. 133(3) n'est pas incompatible avec la *Loi sur la faillite*, étant donné que le par. 97(3) de cette loi reconnaît des droits de compensation. Voici son raisonnement, aux pp. 229 et 230:

[TRADUCTION] À mon avis, considérer que le droit de compensation général, visé au par. 97(3), l'emporte sur la mention spécifique des paiements au titre des acci-

view, ignore the intention of the federal legislation, i.e. the standardization of bankruptcy priorities across Canada.

dents du travail dans l'ordre de priorité ne tiendrait pas compte de l'intention de la loi fédérale, soit la normalisation de l'ordre de priorité en matière de faillite au Canada.

105 In the end, Wedge J. agreed with Lawton J. in *Serdula*. In the circumstances, she also found it unnecessary to decide the second issue given the interconnection between ss. 133(1) and (3), such that the invalidity of the former necessarily triggered the inoperation of the latter.

Le juge Wedge a, en fin de compte, souscrit à l'opinion du juge Lawton dans *Serdula*. Elle a également jugé inutile, dans les circonstances, de trancher la deuxième question compte tenu de la corrélation entre les par. 133(1) et (3), l'invalidité du premier entraînant nécessairement l'inapplication du second.

*Saskatchewan Court of Appeal, per Wakeling J.A.* (1993), 116 Sask. R. 46

*Cour d'appel de la Saskatchewan, le juge Wakeling* (1993), 116 Sask. R. 46

106 The Court of Appeal for Saskatchewan dismissed the appeal by the Workers' Compensation Board.

La Cour d'appel de la Saskatchewan a rejeté l'appel de la Commission.

107 Wakeling J.A. commenced his analysis by noting, at p. 47, that "[t]his appeal probes the extent to which provincial legislation may affect federal legislation relating to bankruptcy." It was noted that were s. 133 not to exist, the claim of the Board would rank eighth in priority and in many cases would go unpaid; if s. 133 is valid, the claim of the Board would be paid by the owner who would then have a claim against the bankrupt estate. According to Wakeling J.A. at p. 48, "[t]he net result is a clear advantage to the W.C.B. as it has managed to assure payment of its claim and leave it to the owner to struggle for repayment under the *Act* either claiming right of set-off or ranking at the bottom of the list of priorities as an unsecured creditor."

Le juge Wakeling a commencé son analyse en soulignant, à la p. 47, que [TRADUCTION] «[I]e présent appel porte sur la mesure dans laquelle une loi provinciale peut avoir une incidence sur la loi fédérale en matière de faillite.» Il a fait remarquer que, sans l'art. 133, la réclamation de la Commission serait colloquée au huitième rang et qu'elle demeurerait impayée dans bien des cas; si l'art. 133 est valide, la réclamation de la Commission serait réglée par le propriétaire qui aurait alors un recours contre l'actif du failli. Selon le juge Wakeling, [TRADUCTION] «[i]l en résulte un avantage clair pour la Commission puisqu'elle a réussi à obtenir le paiement de sa réclamation et à laisser au propriétaire le soin de se battre pour obtenir un remboursement en vertu de la *Loi*, que ce soit en invoquant un droit de compensation ou en occupant le dernier rang dans l'ordre de priorité, en tant que créancier non garanti» (p. 48).

108 The observation was then made that the provinces are dissatisfied with the degree of priority s. 136 of the *Bankruptcy Act* provides them. Wakeling J.A., at p. 48, characterized this appeal as but one more attempt by a province "to circumvent the restriction which s. 136 of the *Act* has imposed on the ability of the W.C.B. to collect its claim."

Le juge a ensuite fait remarquer que les provinces ne sont pas satisfaites du rang que leur attribue l'art. 136 de la *Loi sur la faillite*. Le juge Wakeling a affirmé, à la p. 48, que l'appel ne constituait rien de plus qu'une autre tentative par une province [TRADUCTION] «de contourner la restriction que l'art. 136 de la *Loi* impose relativement à la capacité de la Commission de percevoir le montant de sa réclamation.»

Wakeling J.A. referred to the “quartet” decisions discussed by Wedge J. and held, at p. 50, that “[i]t is apparent from these cases that the Supreme Court has determined that where the federal powers over bankruptcy have been exercised in the [Bankruptcy] Act, it is not possible for provincial legislation to change the scheme of distribution which the Act has established.” Wakeling J.A. rejected the argument according to which s. 133 does not threaten the bankruptcy scheme since it merely permits a right of recovery against a third party surety, not the estate of the bankrupt. He noted that any third party caught by the Board order will want to seek repayment and will use the set-off and indemnification provisions to this effect, thereby interfering with the distribution of the bankrupt’s estate. He disagreed with the approach taken by the Ontario Court of Appeal in *Ontario (Workers’ Compensation Board) v. Evelyn Stevens Interiors Ltd. (Trustee of)* (1993), 100 D.L.R. (4th) 742, in which it was decided that similar legislation which had been contained in the Ontario *Workers’ Compensation Board Act*, R.S.O. 1980, c. 539, for many years was not in conflict with the federal bankruptcy scheme. As Wakeling J.A. elaborated, at p. 51:

It [the Ontario Court of Appeal] concluded that the provincial legislation worked to require the principal to make payment to the Board so that the Board having received payment had no claim under the Act against the bankrupt so it did not need to rely on s. 136. The principal then had a right to set off what it had paid the W.C.B. against what it would otherwise pay the trustee in bankruptcy but that the right of set-off did not constitute a conflict with the Act as it was specifically provided for under [s. 97(3) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*].

In Wakeling J.A.’s view, s. 97(3) was intended only to acknowledge and accept the application of the common law right of set-off as it has been developed over the years. To read more than a common law right of set-off into s. 97(3) would conflict with the *Henfrey Samson* decision. Furthermore, he observed that the Ontario Court of Appeal in *Evelyn Stevens* referred to only three members of the “quartet”, failing to make refer-

Le juge Wakeling a mentionné le «quatuor» d’arrêts examinés par le juge Wedge et a conclu, à la p. 50, qu’[TRADUCTION] «[i]l ressort de ces arrêts que la Cour suprême a décidé qu’une loi provinciale ne peut modifier le plan légal de répartition, dans le cas où les pouvoirs fédéraux en matière de faillite ont été exercés dans la *Loi [sur la faillite]*.» Le juge Wakeling a rejeté l’argument selon lequel l’art. 133 ne constitue pas une menace pour le régime de faillite puisqu’il confère simplement un droit de recouvrement auprès d’un tiers qui sert de caution, et non sur l’actif du failli. Il a précisé que tout tiers visé par l’ordonnance de la Commission voudra obtenir un remboursement et utilisera à cette fin les dispositions en matière de compensation et d’indemnisation, modifiant ainsi le partage de l’actif du failli. Il ne partageait pas le point de vue de la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Ontario (Workers’ Compensation Board) c. Evelyn Stevens Interiors Ltd. (Trustee of)* (1993), 100 D.L.R. (4th) 742, où il a été décidé qu’une disposition similaire figurant, depuis de nombreuses années, dans la *Loi sur les accidents du travail* de l’Ontario, L.R.O. 1980, ch. 539, n’était pas incompatible avec le régime fédéral en matière de faillite. Comme le fait remarquer plus en détail le juge Wakeling, à la p. 51:

[TRADUCTION] Elle [la Cour d’appel de l’Ontario] a conclu que la loi provinciale avait pour effet d’exiger du commettant qu’il paie la Commission de sorte que celle-ci ne possède ensuite, du fait de ce paiement, aucun recours contre le failli en vertu de la *Loi* et qu’elle n’ait pas à invoquer l’art. 136. Le commettant avait alors le droit d’opérer compensation entre le montant versé à la Commission et celui qu’il paierait par ailleurs au syndic de la faillite; cependant, le droit de compensation n’était pas incompatible avec la *Loi* puisqu’il était explicitement prévu [au par. 97(3) de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*].

De l’avis du juge Wakeling, le par. 97(3) ne visait qu’à reconnaître et à accepter l’application du droit de compensation, reconnu en common law, tel qu’il avait évolué au fil des ans. Il serait incompatible avec l’arrêt *Henfrey Samson* d’affirmer que le par. 97(3) confère davantage que le droit de compensation reconnu en common law. Par ailleurs, il a fait remarquer que, dans *Evelyn Stevens*, la Cour d’appel de l’Ontario n’a men-

ence to the *FBDB* case which, in his mind, has considerable relevance to this case. Wakeling J.A. added that the *FBDB* judgment applied the *Bourgault, Henfrey Samson* and *Deloitte Haskins* reasoning to parties not directly involved in a bankruptcy.

tionné que trois des arrêts du «quator», omettant l'arrêt *BFD* qui, à son avis, était fort pertinent en l'espèce. Le juge Wakeling a ajouté que l'arrêt *BFD* appliquait le raisonnement suivi dans les arrêts *Re Bourgault, Henfrey Samson* et *Deloitte Haskins* à des parties non directement concernées dans une faillite.

111 In the end, Wakeling J.A. concluded, at pp. 52-53, that "[t]here is no way that the bankruptcy pie can be cut as a consequence of this legislation without disturbing the scheme of distribution established under s. 136 of the *Act*." In fact, he held that it could hardly be disputed that without the legislation the distribution would be different.

Le juge Wakeling a finalement conclu, aux pp. 52 et 53, que, [TRADUCTION] «[c]ompte tenu de cette disposition, il n'existe aucun moyen de partager l'actif de la faillite sans modifier le plan de répartition établi à l'art. 136 de la *Loi*.» En fait, il a statué que l'on ne pouvait guère contester que le partage serait différent en l'absence de cette disposition.

112 Deeming s. 133(1) to be invalid, Wakeling J.A. basically affirmed the approach taken by Wedge J. regarding the severance of the set-off provision. He found that the provision was to be struck as a whole, given that there is no apparent justification for a conclusion that the legislators would have intended the principal to pay in full whether or not a right of set-off was available.

Tenant le par. 133(1) pour non valide, le juge Wakeling a essentiellement confirmé le point de vue adopté par le juge Wedge relativement à la dissociation de la disposition sur la compensation. Il a décidé que la disposition devait être annulée en totalité, puisqu'il n'est apparemment pas justifié de conclure que le législateur aurait voulu que le commettant paie au complet, peu importe qu'un droit de compensation existe ou non.

#### IV. Issues on Appeal

#### IV. Les questions en litige

113 The issues in this appeal are set out in the constitutional questions stated by the Chief Justice on September 14, 1994:

Le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes le 14 septembre 1994:

1. Where a contractor as referred to in s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, c. W-17.1, is in bankruptcy and but for the bankruptcy, the principal as referred to in s. 133 would be liable to pay the assessment due by the contractor under the Act, is s. 133 of the said Act inoperative or inapplicable in whole or in part, by reason of being in conflict with the *Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, and in particular ss. 17(1), 67, 95, 136(1)(h), 148, 158(a) and 198(a) thereof?
2. Was s. 133 of the said Act inoperative or inapplicable in the circumstances of this case?

1. Lorsque l'entrepreneur mentionné à l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, ch. W-17.1, est en faillite et que, n'eût été cette faillite, le commettant mentionné à ce même article serait tenu de payer la cotisation due par l'entrepreneur en vertu de la Loi, l'art. 133 de ladite loi est-il inopérant ou inapplicable en totalité ou en partie pour cause de conflit avec la *Loi sur la faillite*, L.R.C. (1985), ch. B-3, et, en particulier, avec les art. 17(1), 67, 95, 136(1)(h), 148, 158(a) et 198(a) de cette loi?
2. L'article 133 de ladite loi était-il inopérant ou inapplicable dans les circonstances de la présente affaire?

In my view, the gist of the appeal comes down to the following questions, as proposed by the appellants:

- (a) Is section 133(1) of *The Workers' Compensation Act* inoperative by reason of inconsistency with the *Bankruptcy Act*?
- (b) Is section 133(3) of *The Workers' Compensation Act* inoperative by reason of inconsistency with the *Bankruptcy Act*?
- (c) If section 133(3) is inoperative, does that render section 133(1) inoperative as well?

#### V. Analysis

For the reasons that follow, I would allow the appeal. Section 133(1) is valid even in a situation where the contractor is or becomes bankrupt; s. 133(3) is also valid in the bankruptcy context and permits the principal to set off the amount paid to the Board from funds that it owes to the bankrupt or assignee thereof. Although I am aware of the fact that the set-off involves monies constituting the property of the bankrupt and that it potentially interferes with the order of priorities established by s. 136, I find that s. 97(3) of the *Bankruptcy Act* eliminates any operational conflict between s. 133(3) and the Act since the cause of action contemplated by s. 133(3) is ordinarily available at law and equity. Further, when s. 133(3) is used simply for purposes of indemnification and this is pursued by the principal joining the ranks of the unsecured creditors then I believe any resultant interference with the bankruptcy scheme to be so incidental that it falls outside of the scope of the "clear conflict" required to trigger invalidation through the paramouncy doctrine.

At the outset, I note that the respondent's submissions that s. 133 is in conflict with ss. 17(1), 67, 95, 148, 158(a) and 198(a) of the *Bankruptcy Act* are of little, if any, merit. Nor were they seriously pleaded before us. The crux of this appeal

À mon avis, il s'agit essentiellement en l'espèce de répondre aux questions suivantes, comme le proposent les appellants:

[TRADUCTION]

- a) Le paragraphe 133(1) de *The Workers' Compensation Act* est-il inopérant pour cause d'incompatibilité avec la *Loi sur la faillite*?
- b) Le paragraphe 133(3) de *The Workers' Compensation Act* est-il inopérant pour cause d'incompatibilité avec la *Loi sur la faillite*?
- c) Si le paragraphe 133(3) est inopérant, le paragraphe 133(1) l'est-il également de ce fait?

#### V. Analyse

Pour les motifs qui suivent, j'accueillerais le pourvoi. Le paragraphe 133(1) est valide même dans le cas où l'entrepreneur est ou devient failli; le par. 133(3) est également valide dans le contexte d'une faillite et permet au commettant d'opérer compensation entre le montant versé à la Commission et celui qu'il doit au failli ou au cessionnaire des biens du failli. Bien que je sois conscient du fait que la compensation vise des sommes constituant les biens du failli et qu'elle risque de modifier l'ordre de priorité établi par l'art. 136, je suis d'avis que le par. 97(3) de la *Loi sur la faillite* élimine toute incompatibilité d'application entre le par. 133(3) et la Loi puisque la cause d'action envisagée au par. 133(3) existe habituellement en common law et en equity. De plus, je crois que, dans les cas où le par. 133(3) est utilisé simplement à des fins d'indemnisation, ce qui se produit lorsque le commettant joint les rangs des créanciers non garantis, toute ingérence dans le régime de faillite qui en résulte est tellement accessoire qu'elle se situe hors du cadre du «conflit évident» nécessaire à une déclaration d'invalidité par application de la règle de la prépondérance.

D'emblée, je fais remarquer que les arguments de l'intimée selon lesquels l'art. 133 est incompatible avec le par. 17(1), les art. 67, 95 et 148 et les al. 158a) et 198a) de la *Loi sur la faillite* ne peuvent avoir que peu de valeur. Ils n'ont pas non plus été sérieusement débattus devant nous. C'est le par. 136(1) de la *Loi sur la faillite* qui est au cœur

involves s. 136(1) of the *Bankruptcy Act* and it is on this provision that I shall focus my attention.

#### A. *Paramountcy Doctrine*

117 Section 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*, is valid provincial legislation enacted pursuant to s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. Similarly, the *Bankruptcy Act* is *intra vires* the legislative purview of Parliament, specifically s. 91(21) of the Constitution: *Attorney-General of Ontario v. Attorney General for the Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189 (P.C.), at p. 197; *Royal Bank of Canada v. Larue*, [1928] A.C. 187, affirming [1926] S.C.R. 218. To this end, the constitutional issue herein asks whether s. 133 of *The Workers' Compensation Act, 1979*, is rendered inoperative by virtue of a conflict with the *Bankruptcy Act*. In a situation where there is clear operational conflict between valid federal and provincial legislation, the doctrine of paramountcy requires that the provincial legislation be, to the extent of the conflict, declared inoperational. It is upon this doctrine that the respondent relies.

118 I underscore that, in order to be triggered, the doctrine of paramountcy requires very clear conflict. As noted by Dickson J. (as he then was) in *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at p. 191:

In principle, there would seem to be no good reasons to speak of paramountcy and preclusion except where there is actual conflict in operation as where one enactment says "yes" and the other says "no" . . . .

119 Conflict for purposes of paramountcy analysis is found when compliance with the enactment of one level of government entails defiance with that of the other: *McCutcheon, supra*, at p. 191. There must be a situation where one cannot be able to obey the law of one level of government without disobeying the law of the other level of government: *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121.

120 The requirement that clear operational conflict be found effectively narrows the situations in

du présent pourvoi et c'est sur cette disposition que je vais me concentrer.

#### A. *La règle de la prépondérance*

L'article 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, est une disposition législative provinciale valide qui a été adoptée conformément au par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. De même, la *Loi sur la faillite* relève de la compétence législative fédérale et, plus particulièrement, du par. 91(21) de la Constitution: *Attorney-General of Ontario c. Attorney-General for the Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189 (C.P.), à la p. 197; *Royal Bank of Canada c. Larue*, [1928] A.C. 187, confirmant [1926] R.C.S. 218. À cette fin, la question constitutionnelle posée en l'espèce vise à déterminer si l'art. 133 de *The Workers' Compensation Act, 1979*, est rendu inopérant en raison d'un conflit avec la *Loi sur la faillite*. Dans un cas où il y a clairement un conflit d'application entre une loi fédérale et une loi provinciale, toutes deux valides, la règle de la prépondérance exige que la loi provinciale soit déclarée inopérante dans la mesure du conflit. C'est cette règle que l'intimée invoque.

Je tiens à souligner que, pour que la règle de la prépondérance s'applique, il doit exister un conflit très évident. Comme le fait remarquer le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, à la p. 191:

En principe, il ne semble y avoir aucune raison valable de parler de prépondérance et d'exclusion sauf lorsqu'il y a un conflit véritable, comme lorsqu'une loi dit «oui» et que l'autre dit «non»; . . .

Pour les fins de l'analyse de la prépondérance, il y a conflit lorsque l'observance d'une loi d'un palier de gouvernement entraîne l'inobservance de celle de l'autre palier de gouvernement: *McCutcheon*, précité, à la p. 191. Il doit s'agir d'un cas où quelqu'un ne peut se conformer à la loi d'un palier de gouvernement sans désobéir à la loi de l'autre palier de gouvernement: *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121.

Puisqu'il doit clairement exister un conflit d'application, il y aura en fait peu de cas où l'on consi-

which federal legislation will be deemed to be paramount over provincial enactments. The rationale behind this restrictive use of paramountcy is self evident: governmental regulation in Canada operates through a complex web of federal and provincial legislation. The regimes structuring many areas of public policy, such as, bankruptcy, actively involve both levels of government. To this end, barring a situation where obeying the enactment of one level places a citizen in disobedience of the legislation of the other level, an attempt must be made to read overlapping provincial and federal legislation in a complementary manner.

I am buttressed in this approach by the general comments of Dickson C.J. in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641. Although the *GM* case specifically involved validating legislation under the federal trade and commerce power, I find the following passage from Dickson C.J.'s reasons (at pp. 669-70) to be apposite to this appeal:

... it should be remembered that in a federal system it is inevitable that, in pursuing valid objectives, the legislation of each level of government will impact occasionally on the sphere of power of the other level of government; overlap of legislation is to be expected and accommodated in a federal state. Thus a certain degree of judicial restraint in proposing strict tests which will result in striking down such legislation is appropriate....

Both provincial and federal governments have equal ability to legislate in ways that may incidentally affect the other government's sphere of power.

In the case at bar, the courts below did not demonstrate the appropriate level of judicial restraint in their application of paramountcy doctrine. In my view, courts should carefully look for co-existence, not strive to find conflict.

dérera qu'une loi fédérale a prépondérance sur des lois provinciales. La raison d'être du recours restreint à la prépondérance est évidente en soi: la réglementation gouvernementale au Canada s'inscrit dans le cadre de tout un ensemble complexe de lois fédérales et provinciales. Les deux paliers de gouvernement participent activement à l'établissement des régimes applicables à de nombreux domaines d'intérêt public comme celui de la faillite. À cette fin, sauf dans le cas où l'observance de la loi d'un palier de gouvernement par un citoyen entraîne son inobservance de la loi de l'autre palier de gouvernement, il faut tenter d'interpréter de façon complémentaire les lois fédérales et provinciales qui chevauchent.

Les commentaires généraux du juge en chef Dickson dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, appuient mon point de vue. Bien que cet arrêt ait porté expressément sur la validation d'une loi en vertu de la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce, j'estime que l'extrait suivant des motifs du juge en chef Dickson (aux pp. 669 et 670) est pertinent en l'espèce:

... il faut se rappeler que, dans un régime fédéral, il est certain que, dans la poursuite d'objectifs réguliers, la mesure législative de chaque palier de gouvernement aura parfois des répercussions sur le domaine de compétence d'un autre palier du gouvernement; il faut s'attendre à ce qu'il y ait chevauchement de mesures législatives et il faut s'y adapter dans un État fédéral. Il est donc approprié que les tribunaux exercent une certaine forme de retenue quand ils proposent des critères stricts qui auront pour effet d'invalider de telles mesures législatives...

Les gouvernements fédéral et provinciaux partagent la même capacité de légiférer de façons qui peuvent accessoirement toucher au domaine de compétence de l'autre.

En l'espèce, les tribunaux d'instance inférieure n'ont pas fait preuve de la retenue qui s'impose en appliquant la règle de la prépondérance. À mon avis, les tribunaux devraient chercher avec soin la coexistence et non pas s'efforcer de déceler des conflits.