

Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond, in Right of the Caisse populaire du Bon Conseil *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen in Right of Canada *Respondent*

INDEXED AS: CAISSE POPULAIRE DESJARDINS DE L'EST DE DRUMMOND v. CANADA

Neutral citation: 2009 SCC 29.

File No.: 31787.

2008: February 29; 2009: June 19.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Taxation — Income tax — Trust for moneys deducted — Employer defaulting on line of credit and financial institution exercising right of compensation on employer's term deposit pursuant to agreement — Deemed trust in favour of Crown over property of employer that has deducted income tax and employment insurance premiums at source — Crown seeking to collect amount due by employer for unremitted source deductions from proceeds of term deposit — Whether compensation agreement between financial institution and employer created “security interest” within meaning of s. 224(1.3) of Income Tax Act — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 224(1.3) “security interest”, 227(4.1).

On September 18, 2000, the Caisse granted Camvrac a line of credit up to \$277,000. A week later, Camvrac deposited \$200,000 with the Caisse in accordance with a “Term Savings Agreement”. Under the agreement, the deposit was neither negotiable nor transferable. On the same day, the Caisse and Camvrac entered into a “Security Given Through Savings” agreement in which Camvrac agreed to maintain and permit the Caisse to retain the deposit of \$200,000 for the duration of its indebtedness to the Caisse. It also agreed that, in the event it defaulted, there would be compensation between the credit agreement and the term deposit.

Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond, aux droits de la Caisse populaire du Bon Conseil *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada *Intimée*

RÉPERTORIÉ : CAISSE POPULAIRE DESJARDINS DE L'EST DE DRUMMOND c. CANADA

Référence neutre : 2009 CSC 29.

N° du greffe : 31787.

2008 : 29 février; 2009 : 19 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Déductions assujetties à une fiducie — Défaut de l'employeur à l'égard d'une ouverture de crédit et exercice par l'institution financière d'un droit de compensation sur le dépôt à terme de l'employeur conformément à une convention — Fiducie réputée établie au bénéfice de Sa Majesté à l'égard des biens de l'employeur qui déduit à la source de l'impôt sur le revenu et des cotisations d'assurance-emploi — Recours de Sa Majesté pour recouvrer par prélèvement sur le dépôt à terme les retenues à la source non versées par l'employeur — Le droit de compensation dont ont convenu l'institution financière et l'employeur a-t-il fait naître une « garantie » au sens de l'art. 224(1.3) de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 224(1.3) « garantie », 227(4.1).

Le 18 septembre 2000, la Caisse a ouvert à Camvrac un crédit de 277 000 \$. Une semaine plus tard, Camvrac a déposé 200 000 \$ à la Caisse conformément à une convention d'épargne à terme. La convention précisait que le dépôt n'était ni négociable ni cessible. Le même jour, la Caisse et Camvrac ont conclu une convention de mise en garantie d'épargne dans laquelle Camvrac s'engageait à laisser 200 000 \$ en dépôt et autorisait la Caisse à retenir la somme jusqu'au remboursement de la dette. Il était également entendu qu'en cas de défaut de Camvrac, il y aurait compensation entre le contrat de crédit et le dépôt à terme. Le 25 novembre

Camvrac defaulted on the loan on November 25, 2000, and later made an assignment in bankruptcy. The Caisse noted on its copy of the “Term Savings Agreement”: “To be closed on 21/2/2001 to realize on security.” Since Camvrac had failed to remit to the Crown income tax and employment insurance premiums deducted at source, the Crown gave the Caisse notice to pay the amount owing to the Crown from the proceeds of the deposit. Section 227(4.1) of the *Income Tax Act* (“ITA”) and s. 86(2.1) of the *Employment Insurance Act* (“EIA”) create a deemed trust in favour of the Crown over property of the employer that has deducted income tax and employment insurance premiums at source. This trust applies to property of an employer and property held by any secured creditor of the employer that, but for its security interest, would be property of the employer. The property is impressed with the deemed trust at the time the unremitted amounts were deducted at source by the employer. The Caisse unsuccessfully challenged the recovery process. The prothonotary, the Federal Court and the Federal Court of Appeal held that the Crown was entitled to recover the amounts due and the interest paid at the rate provided for in ss. 36(2) and 37(2) of the *Federal Courts Act*.

Held (LeBel and Deschamps JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, Fish, Charron and Rothstein JJ.: The agreement between the Caisse and Camvrac gave rise to a “security interest” for the purposes of s. 224(1.3) ITA. Camvrac’s property subject to the security interest is thus deemed to be held in trust for the Crown under s. 227(4.1) ITA and s. 86(2.1) EIA because Camvrac did not remit to the Crown income tax and employment insurance premiums deducted at source. [1] [2]

The definition of “security interest” in s. 224(1.3) does not require that the agreement between the creditor and debtor take any particular form, nor is any particular form expressly excluded. So long as the creditor’s interest in the debtor’s property secures payment or performance of an obligation, there is a security interest within the meaning of this section. Parliament has chosen an expansive definition of security interest in s. 224(1.3) in order to enable maximum recovery by the Crown under its deemed trust for unremitted income tax and employment insurance premiums deducted at source by employers. It is open to Parliament to define a term in an area of its own legislative competence in order to ensure that there is a rule of general application across all of the provinces. [12] [14] [15]

2000, Camvrac s’est trouvée en défaut quant au prêt. Elle a ensuite fait cession de ses biens. La Caisse a inscrit la mention suivante sur son exemplaire de la convention d’épargne à terme : « Fermer le 21/2/2001 pour réalisation de garantie. » Comme Camvrac ne lui avait pas versé l’impôt sur le revenu et les cotisations d’assurance-emploi déduits à la source, Sa Majesté a mis la Caisse en demeure de lui payer la somme due par prélèvement sur le dépôt à terme. Les paragraphes 227(4.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* (« LIR ») et 86(2.1) de la *Loi sur l’assurance-emploi* (« LAE ») établissent une fiducie réputée en faveur de Sa Majesté à l’égard des biens de l’employeur qui déduit à la source de l’impôt sur le revenu et des cotisations d’assurance-emploi. Sont assujettis à cette fiducie les biens de l’employeur et ceux détenus par un créancier garanti qui, en l’absence de la garantie, seraient ceux de l’employeur. Les biens tombent sous le coup de la fiducie réputée dès la déduction à la source des sommes non versées par l’employeur. La Caisse a contesté en vain la procédure de recouvrement. La protonotaire, la Cour fédérale et la Cour d’appel fédérale ont statué que Sa Majesté pouvait recouvrer la somme due et toucher de l’intérêt au taux prévu par les par. 36(2) et 37(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

Arrêt (les juges LeBel et Deschamps sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Fish, Charron et Rothstein : La convention intervenue entre la Caisse et Camvrac a fait naître une « garantie » au sens du par. 224(1.3) LIR. Le bien de Camvrac formant la garantie est donc réputé détenu en fiducie pour Sa Majesté suivant les par. 227(4.1) LIR et 86(2.1) LAE par suite de l’omission de Camvrac de verser à Sa Majesté les retenues à la source effectuées au titre de l’impôt sur le revenu et de l’assurance-emploi. [1] [2]

La définition de « garantie » au par. 224(1.3) n’exige pas que l’entente entre le créancier et le débiteur revête une forme particulière et elle n’en exclut aucune expressément. Dès lors que le droit du créancier sur le bien du débiteur garantit l’exécution d’une obligation, notamment un paiement, il y a garantie au sens de cette disposition. Au paragraphe 224(1.3), le législateur fédéral a opté pour une définition large de la garantie afin de maximiser le recouvrement par Sa Majesté, grâce au mécanisme de la fiducie réputée, de l’impôt sur le revenu et des cotisations d’assurance-emploi retenus à la source par l’employeur mais non versés à l’État. Le législateur fédéral peut définir un terme dans un domaine relevant de sa compétence législative pour assurer l’application d’une même règle dans toutes les provinces. [12] [14] [15]

Whether a contract providing for a right to compensation (in Quebec) or a right to set-off (in the common law provinces) also gives rise to a security interest within the meaning of s. 224(1.3) requires that the terms of the contract be carefully considered to determine whether the parties intended to confer on one party an interest in the property of the other party that secures payment or performance of an obligation. If the substance of the agreement demonstrates that the parties intended an interest in property to secure an indebtedness, then a security interest exists within the meaning of s. 224(1.3). In this case, it was the five-year term and the maintenance and retention of the \$200,000 deposit, as well as Camvrac's agreement not to transfer or negotiate the deposit and that the deposit could only be used as security with the Caisse, that created the Caisse's interest in Camvrac's property for the purposes of s. 224(1.3) *ITA*. In the absence of these encumbrances on Camvrac's deposit, Camvrac could have withdrawn the deposit at any time. Should it have done so and still been indebted to the Caisse, the Caisse's right to compensation would be ineffective because it would not be indebted to Camvrac at the time the Caisse had to resort to the remedy of compensation. [23] [25] [30]

The Caisse is liable to pay to the Crown the amounts for employment insurance premiums and income tax deducted at source by Camvrac up to, and including, any deductions not remitted as of February 21, 2001 — the date on which the Caisse realized on its security. The trust created by s. 227(4.1) *ITA* and s. 86(2.1) *EIA* is deemed to be in effect at any time. It does not matter that the term deposit became the property of Camvrac only after some of the employment insurance premiums and income tax deductions went unremitted since the deemed trust encompasses property which comes into the hands of the tax debtor after the trust arises. The proceeds of Camvrac's term deposit are therefore available to the Crown to discharge all of the outstanding employment insurance premiums and income tax deducted at source by Camvrac, whether the unremitted deductions occurred before or after Camvrac entered into the "Term Savings Agreement" and until February 21, 2001. Interest is calculated in accordance with ss. 36(2) and 37(2) of the *Federal Courts Act* from February 21, 2001, when the Caisse effected compensation, to the date of payment. [59] [61] [63]

Per LeBel and Deschamps JJ. (dissenting): Compensation is not a "security interest" as that term is defined in s. 224(1.3) *ITA*. For the purposes of s. 224(1.3), it is not enough that compensation offers protection similar to that of a security interest: it must also confer a real right. To limit the concept of security

Pour déterminer si un contrat conférant un droit de compensation fait également naître une garantie au sens du par. 224(1.3), il faut en examiner attentivement les clauses et se demander si l'une des parties a voulu conférer à l'autre un droit sur un bien appartenant à la première qui garantit l'exécution d'une obligation, notamment un paiement. Lorsqu'il appert de la teneur de la convention que les parties ont voulu conférer un droit sur un bien pour garantir le paiement d'une dette, il y a une garantie au sens du par. 224(1.3). Dans la présente affaire, c'est le terme de cinq ans, le maintien du dépôt et la retenue de la somme de 200 000 \$, ainsi que l'engagement de Camvrac de ne pas transférer ou négocier le dépôt et le fait que la somme ne pouvait servir de garantie que vis-à-vis de la Caisse qui ont fait naître le droit de la Caisse sur un bien de Camvrac pour les besoins du par. 224(1.3) *LIR*. Sans ces restrictions, Camvrac aurait pu encaisser la somme à tout moment. Si elle l'avait fait alors qu'elle était toujours endettée envers la Caisse, le droit de compensation de la Caisse n'aurait pu être exercé, car la Caisse n'aurait plus eu d'obligation envers Camvrac au moment où elle aurait voulu recourir au mécanisme. [23] [25] [30]

La Caisse doit verser à Sa Majesté le montant des cotisations d'assurance-emploi et de l'impôt sur le revenu retenus à la source mais non versés par Camvrac en date du 21 février 2001, date à laquelle la Caisse a réalisé sa garantie. La fiducie créée aux par. 227(4.1) *LIR* et 86(2.1) *LAE* est réputée exister dès le non-versement. Il est sans importance que le dépôt à terme ne soit devenu la propriété de Camvrac qu'après la déduction à la source d'une partie des sommes non versées puisque la fiducie réputée englobe les biens qui se retrouvent en la possession du débiteur fiscal à compter de sa matérialisation. Le dépôt à terme de Camvrac pouvait donc être affecté au paiement de la totalité des cotisations d'assurance-emploi et de l'impôt sur le revenu déduits à la source mais non versés par Camvrac avant ou après la signature de la convention d'épargne à terme par Camvrac, jusqu'au 21 février 2001. L'intérêt est calculé conformément aux par. 36(2) et 37(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* du 21 février 2001, date à laquelle la Caisse a opéré compensation, jusqu'à la date du paiement. [59] [61] [63]

Les juges LeBel et Deschamps (dissidents) : La compensation ne constitue pas une « garantie » au sens du par. 224(1.3) *LIR*. Pour l'application de ce paragraphe, il ne suffit pas que la compensation procure une protection semblable à une garantie, encore faut-il qu'elle confère un droit réel. Le fait de limiter la portée de la

interest in s. 224(1.3) to rights that are real in nature is consistent both with the shared meaning of the terms (“security interest” and “*garantie*”) used in the two versions of the provision and with Parliament’s purpose of giving the deemed trust priority over the security interests referred to in s. 224(1.3). This deemed trust was created to ensure that employers remit income tax deducted from their employees’ salaries to the Receiver General for Canada. [65] [98] [101]

Although compensation can be likened to a security interest, it cannot be equated with one in the sense that the term “security interest” must be given in the context of s. 224(1.3) *ITA*. Where compensation may be effected between two debts, the effect is clearly analogous to that of a “security interest” in the broad sense of the term; nevertheless, compensation or set-off is not regarded, in the positive law of either Quebec or the common law provinces, as having the characteristics of a real right. The automatic extinction of mutual debts is an effect of compensation, but it does not constitute the enforcement of a real right in the property in question. Furthermore, a conclusion that compensation is a “security interest” as that term is defined in the federal statute would conflict with the meaning given to the term in provincial personal property security statutes, which exclude set-off. Such an interpretation would also be inconsistent with the common law concept of “set-off”, on which numerous business transactions are based. Finally, whether considered in isolation or as a whole, the term for repayment of the deposit amount, the obligation to maintain, the right to withhold and the limits on the right to transfer, hypothecate or negotiate the deposit created only personal obligations. [102] [107] [122] [132]

Insofar as the amounts had not been deducted at the time the agreement was entered into, the Caisse’s right to conventional compensation may be set up against Her Majesty because Her Majesty cannot have more rights than Camvrac itself had. In Quebec civil law, as at common law, the rule for asserting contractual rights against third-party assignees is based on the general principles governing obligations. The right to conventional compensation is assessed as of the time the right is granted, not as of the time it is exercised. The protection of third parties, codified in art. 1681 *C.c.Q.*, applies to rights acquired before the compensation agreement was signed. Thus, where the trust applies to a claim, it attaches to a legal relationship that corresponds to an active contractual situation, which explains why the beneficiary of the trust may assert only those rights held by the tax debtor. When Parliament wished to give the deemed trust more teeth, it took care to give

notion de garantie au par. 224(1.3) aux droits qui ont un caractère réel correspond au sens commun des deux versions de la disposition (« *garantie* » et « *security interest* »), en plus d’être compatible avec l’objectif du Parlement qui est de donner à la fiducie réputée priorité sur les garanties visées au par. 224(1.3). Cette fiducie réputée a été créée pour assurer la remise au Receveur général du Canada des retenues faites par les employeurs sur les salaires de leurs employés au titre de l’impôt sur le revenu. [65] [98] [101]

Quoiqu’un rapprochement puisse être fait entre la compensation et une garantie, il n’y a pas équivalence avec le sens qui doit être donné à cette notion dans le contexte du par. 224(1.3) *LIR*. S’il est certain que, lorsque deux créances sont susceptibles de compensation, l’effet est analogue à celui d’une garantie au sens large, il demeure tout de même que le droit positif québécois et des provinces de common law ne reconnaît pas à la compensation les caractéristiques d’un droit réel. L’extinction automatique des dettes réciproques est un effet de la compensation, mais elle ne constitue pas la mise en œuvre d’un droit réel sur le bien concerné. De plus, conclure que la compensation constitue un *security interest* aux termes de la loi fédérale irait à l’encontre du sens donné à ce terme dans les lois provinciales sur les sûretés mobilières, lequel exclut la compensation. Cette interprétation irait aussi à l’encontre de la notion de *set-off* en common law, sur laquelle reposent de nombreuses opérations commerciales. Enfin, pris isolément ou considérés dans leur ensemble, le terme fixé pour le remboursement de dépôt, l’obligation de maintien, le droit de retenue, et les limites au droit de céder, d’hypothéquer ou de négocier le dépôt, ne créent que des obligations personnelles. [102] [107] [122] [132]

Dans la mesure où les retenues n’avaient pas été effectuées au moment de la conclusion de la convention, le droit de compensation contractuel dont bénéficie la Caisse est opposable à Sa Majesté, puisque cette dernière ne saurait posséder plus de droits que Camvrac n’en avait lui-même. En droit civil québécois, tout comme en common law, la règle de l’opposabilité de droits contractuels aux tiers cessionnaires repose sur les principes généraux régissant les obligations. Le droit de compensation contractuel est évalué au moment où le droit est conféré et non au moment où celui-ci est exercé. La protection des tiers, cristallisée à l’art. 1681 *C.c.Q.*, vaut pour les droits acquis avant la conclusion de la convention de compensation. Ainsi, dans le cas où la fiducie s’applique à une créance, elle grève un lien de droit qui correspond à une situation contractuelle active, ce qui explique pourquoi le bénéficiaire de la fiducie ne peut se prévaloir que des droits

Her Majesty priority over secured creditors. It did not alter the general rules governing the rights a debtor can assert against its original creditor. [65] [147] [148] [150] [152]

Camvrac's right to recover its claim was subject to the right to compensation that had been granted to the Caisse in September 2000 in the agreement to give savings as security. In the context of that agreement, the right to compensation was a right held by the Caisse that could not be negated solely by the fact of the deemed trust becoming effective. Her Majesty, as a third party, could not demand that the Caisse discharge its debt to Camvrac if the conditions for repayment had not been met. The Caisse's right had to be respected by third parties who acquired rights after the agreement was signed. Consequently, Her Majesty must abide by the compensation agreement, given that her right is subsequent to it. [153]

Her Majesty may, however, claim from the Caisse the amount owed by Camvrac before the compensation agreement was signed in September 2000. The claims of the Caisse and Camvrac have distinct sources: one is based on the variable credit contract, the other, on the term savings agreement. The Caisse's claim against Camvrac dates from September 18, 2000 and Camvrac's claim, from September 25, 2000. On the latter date, Camvrac undertook, first in the term savings agreement, "to make, on the date of acquisition, a deposit in the amount of \$200,000", and then in the agreement to give savings as security, to "maintain" a deposit in the amount of \$200,000. For Camvrac to be able to undertake in the agreement to give savings as security to "maintain" the deposited amount, its claim resulting from the term savings agreement had to take on an independent existence, if only at the time the deposit was made. Given that the deposit was made before the right to compensation was granted, the deemed trust could have become effective in respect of Camvrac's claim up to the total of the amounts owed to Her Majesty as of September 25, 2000. This is not a case in which the respective debts have the same source and the claim is subject to a right to compensation. Just as Her Majesty's rights are subordinated to the right to compensation for deductions subsequent to the signing of the agreement, the Caisse's right must give way to Her Majesty's pre-existing right. [154] [156]

dont jouissait le débiteur fiscal. Lorsque le Parlement a voulu donner plus de mordant à la fiducie réputée, il s'est attaché à conférer à Sa Majesté priorité sur les créanciers garantis. Il n'a pas modifié les règles générales régissant les droits que le débiteur pouvait opposer à son créancier originaire. [65] [147] [148] [150] [152]

En l'espèce, le droit de Camvrac de recouvrer sa créance était assujéti au droit de compensation consenti à la Caisse par la convention de mise en garantie d'épargne en septembre 2000. Dans le contexte de cette convention, le droit de compensation constitue un droit dont bénéficiait la Caisse et qui ne peut être annulé par la seule prise d'effet de la fiducie réputée. En tant que tiers, Sa Majesté ne peut exiger de la Caisse qu'elle s'acquitte de sa dette envers Camvrac si les conditions de remboursement ne sont pas remplies. Le droit de la Caisse doit être respecté par les tiers dont les droits sont postérieurs à la convention. En conséquence, Sa Majesté doit respecter la convention de compensation dans la mesure où son droit est postérieur à celle-ci. [153]

Sa Majesté peut toutefois réclamer de la Caisse le montant dû par Camvrac avant la conclusion de la convention de compensation en septembre 2000. Les créances respectives de la Caisse et de Camvrac ont des sources distinctes : l'une découle du contrat de crédit variable, l'autre dans la convention d'épargne à terme. La créance de la Caisse envers Camvrac date du 18 septembre 2000 et celle de Camvrac du 25 septembre 2000. À cette dernière date, Camvrac s'est d'abord engagée par la convention d'épargne à terme « à effectuer, en date des présentes, un dépôt de 200 000 \$ », puis ultérieurement, par la convention de mise en garantie d'épargne, à « maintenir » en dépôt la somme de 200 000 \$. Pour que Camvrac ait pu, dans la convention de mise en garantie d'épargne, s'engager à « maintenir » le montant en dépôt, il faut que, ne serait-ce que l'instant du dépôt, son droit de créance résultant de la convention d'épargne à terme ait acquis une autonomie. Comme le dépôt a été fait avant que le droit de compensation ne soit conféré, la fiducie réputée pouvait avoir pris effet sur le droit de créance de Camvrac jusqu'à concurrence des sommes dues à Sa Majesté au 25 septembre 2000. Il ne s'agit pas d'un cas où les dettes respectives ont une même source et où la créance naît sujette au droit de compensation. Tout comme Sa Majesté voit ses droits subordonnés au droit de compensation pour les retenues postérieures à la conclusion de la convention, le droit de la Caisse doit céder devant le droit antérieur de Sa Majesté. [154] [156]

On the interest issue, there is no need to vary the decision of the Federal Court of Appeal. [157]

Cases Cited

By Rothstein J.

Referred to: *Saulnier v. Royal Bank of Canada*, 2008 SCC 58, [2008] 3 S.C.R. 166; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; *Holt v. Telford*, [1987] 2 S.C.R. 193; *DaimlerChrysler Financial Services (debis) Canada Inc. v. Mega Pets Ltd.*, 2002 BCCA 242, 212 D.L.R. (4th) 41; *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant v. Blouin*, 2003 SCC 31, [2003] 1 S.C.R. 666; *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720; *Markevich v. Canada*, 2003 SCC 9, [2003] 1 S.C.R. 94.

By Deschamps J. (dissenting)

Markevich v. Canada, 2003 SCC 9, [2003] 1 S.C.R. 94; *Canada (Attorney General) v. Caisse populaire d'Amos*, 2004 FCA 92, 324 N.R. 31; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054; *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654; *R. v. S.A.C.*, 2008 SCC 47, [2008] 2 S.C.R. 675; *Reagan v. Murphy*, 105 So.2d 210 (1958); *Harwood Oil & Mining Co. v. Black*, 124 So.2d 764 (1960); *Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 963; *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720; *Royal Bank of Canada v. First Pioneer Investments Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 125; *518718 Alberta Ltd. v. Canadian Forest Products Ltd.*, 1998 ABQB 619, 63 Alta. L.R. (3d) 371; *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant v. Blouin*, 2003 SCC 31, [2003] 1 S.C.R. 666; *A. L. Green Ltd. v. Michaud*, [1975] C.A. 432; *Banque Royale du Canada v. Béliveau*, [1976] C.A. 539; *Bandera Investment Co. v. Société immobilière du Québec*, J.E. 98-1667, SOQUIJ AZ-98021774; *Seigneur v. Immeubles Beneficial Ltée*, [1994] R.J.Q. 1535; *Banque Nationale du Canada v. Notre-Dame-du-Lac (Ville)* (1990), 31 Q.A.C. 45; *Banque de Montréal v. Walsh & Brais Inc.*, [1990] R.L. 119; *D.I.M.S. Construction inc. (Trustee of) v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 52, [2005] 2 S.C.R. 564; *Ching v. Jeffery* (1885), 12 O.A.R. 432; *Canadian Admiral Corp. v. L. F. Dommerich & Co.*, [1964] S.C.R. 238; *Toronto-Dominion Bank v. Block Bros. Contractors Ltd.* (1980), 118 D.L.R. (3d) 311; *Board of Industrial Relations v. Avco Financial Services Realty Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 699; *Dauphin Plains Credit Union Ltd. v. Xyloid*

Sur la question des intérêts, il n'y a pas lieu de modifier la décision de la Cour d'appel fédérale. [157]

Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

Arrêts mentionnés : *Saulnier c. Banque Royale du Canada*, 2008 CSC 58, [2008] 3 R.C.S. 166; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; *Holt c. Telford*, [1987] 2 R.C.S. 193; *DaimlerChrysler Financial Services (debis) Canada Inc. c. Mega Pets Ltd.*, 2002 BCCA 242, 212 D.L.R. (4th) 41; *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, 2003 CSC 31, [2003] 1 R.C.S. 666; *First Vancouver Finance c. M.N.R.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720; *Markevich c. Canada*, 2003 CSC 9, [2003] 1 R.C.S. 94.

Citée par la juge Deschamps (dissidente)

Markevich c. Canada, 2003 CSC 9, [2003] 1 R.C.S. 94; *Canada (Procureur général) c. Caisse populaire d'Amos*, 2004 CAF 92, 324 N.R. 31; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054; *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654; *R. c. S.A.C.*, 2008 CSC 47, [2008] 2 R.C.S. 675; *Reagan c. Murphy*, 105 So.2d 210 (1958); *Harwood Oil & Mining Co. c. Black*, 124 So.2d 764 (1960); *Alberta (Treasury Branches) c. M.N.R.*, [1996] 1 R.C.S. 963; *First Vancouver Finance c. M.N.R.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720; *Banque Royale du Canada c. First Pioneer Investments Ltd.*, [1984] 2 R.C.S. 125; *518718 Alberta Ltd. c. Canadian Forest Products Ltd.*, 1998 ABQB 619, 63 Alta. L.R. (3d) 371; *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, 2003 CSC 31, [2003] 1 R.C.S. 666; *A. L. Green Ltd. c. Michaud*, [1975] C.A. 432; *Banque Royale du Canada c. Béliveau*, [1976] C.A. 539; *Bandera Investment Co. c. Société immobilière du Québec*, J.E. 98-1667, SOQUIJ AZ-98021774; *Seigneur c. Immeubles Beneficial Ltée*, [1994] R.J.Q. 1535; *Banque Nationale du Canada c. Notre-Dame-du-Lac (Ville)* (1990), 31 Q.A.C. 45; *Banque de Montréal c. Walsh & Brais Inc.*, [1990] R.L. 119; *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 52, [2005] 2 R.C.S. 564; *Ching c. Jeffery* (1885), 12 O.A.R. 432; *Canadian Admiral Corp. c. L. F. Dommerich & Co.*, [1964] R.C.S. 238; *Toronto-Dominion Bank c. Block Bros. Contractors Ltd.* (1980), 118 D.L.R. (3d) 311; *Commission des relations de travail c. Avco Financial Services Realty Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 699; *Dauphin Plains Credit Union Ltd.*

Industries Ltd., [1980] 1 S.C.R. 1182; Cass. civ., 13 juillet 1942, J.C.P. 1943.II.2157, note Houin; Cass. com., 3 juin 1997, D. 1998.Jur.61, note François; Cass. com., 9 décembre 1997, *Bull. civ.* IV, n° 327.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the special powers of legal persons, R.S.Q., c. P-16.

Civil Code of Lower Canada.

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 875, 974, 1250, 1260, 1261, 1637, 1641, 1643, 1671, 1672, 1673, 1680, 1681, 2111 para. 2, 2123, 2329, 2330, 2543, 2660, 2683, 2702, 2703, 2710, 2714.7.

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 637.

Constitution Act, 1867, s. 91(2A), (3).

Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 111.

Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, s. 86.

Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15.

Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 36, 37.

Federal Law — Civil Law Harmonization Act, No. 1, S.C. 2001, c. 4, s. 8.

Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 224(1), (1.3) “security interest”, 227(4) [repl. 1998, c. 19, s. 226(1)], (4.1) [ad. *idem*].

Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, ss. 8.1, 8.2.

Personal Property Security Act, C.C.S.M., c. P35, s. 3(1).

Personal Property Security Act, R.S.A. 2000, c. P-7, s. 3(1).

Personal Property Security Act, R.S.B.C. 1996, c. 359, s. 2(1).

Personal Property Security Act, R.S.O. 1990, c. P.10, ss. 1 “security interest”, “sûreté”, 2(a) “debenture”, 40.

Personal Property Security Act, R.S.P.E.I. 1988, c. P-3.1, s. 3(1).

Personal Property Security Act, R.S.Y. 2002, c. 169, s. 2.

Personal Property Security Act, S.N.B. 1993, c. P-7.1, ss. 1 “security interest”, 3(1), 41.

Personal Property Security Act, S.N.L. 1998, c. P-7.1, s. 4(1).

Personal Property Security Act, S.N.S. 1995-96, c. 13, s. 4(1).

Personal Property Security Act, S.N.W.T. 1994, c. 8, s. 2(1).

Personal Property Security Act, 1993, S.S. 1993, c. P-6.2, s. 3(1).

Regulation to amend the Regulation respecting the register of personal and movable real rights, O.C. 30-2009, (2009) 141 G.O. 2A, 17A.

c. Xyloid Industries Ltd., [1980] 1 R.C.S. 1182; Cass. civ., 13 juillet 1942, J.C.P. 1943.II.2157, note Houin; Cass. com., 3 juin 1997, D. 1998.Jur.61, note François; Cass. com., 9 décembre 1997, *Bull. civ.* IV, n° 327.

Lois et règlements cités

Code civil du Bas Canada.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 875, 974, 1250, 1260, 1261, 1637, 1641, 1643, 1671, 1672, 1673, 1680, 1681, 2111 al. 2, 2123, 2329, 2330, 2543, 2660, 2683, 2702, 2703, 2710, 2714.7.

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 637.

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2A), (3).

Loi d’harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil, L.C. 2001, ch. 4, art. 8.

Loi d’interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 8.1, 8.2.

Loi de l’impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 224(1), (1.3) « garantie », 227(4) [repl. 1998, ch. 19, art. 226(1)], (4.1) [aj. *idem*].

Loi sur l’assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 86.

Loi sur la taxe d’accise, L.R.C. 1985, ch. E-15.

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 36, 37.

Loi sur les pouvoirs spéciaux des personnes morales, L.R.Q., ch. P-16.

Loi sur les sûretés mobilières, L.R.O. 1990, ch. P.10, art. 1 « security interest », « sûreté », 2(a) « débenture », 40.

Loi sur les sûretés mobilières, L.R.Y. 2002, ch. 169, art. 2.

Loi sur les sûretés mobilières, L.T.N.-O. 1994, ch. 8, art. 2(1).

Loi sur les sûretés relatives aux biens personnels, C.P.L.M., ch. P35, art. 3(1).

Loi sur les sûretés relatives aux biens personnels, L.N.-B. 1993, ch. P-7.1, art. 1 « sûreté », 3(1), 41.

Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 111.

Personal Property Security Act, R.S.A. 2000, ch. P-7, art. 3(1).

Personal Property Security Act, R.S.B.C. 1996, ch. 359, art. 2(1).

Personal Property Security Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-3.1, art. 3(1).

Personal Property Security Act, S.N.L. 1998, ch. P-7.1, art. 4(1).

Personal Property Security Act, S.N.S. 1995-96, ch. 13, art. 4(1).

Personal Property Security Act, 1993, S.S. 1993, ch. P-6.2, art. 3(1).

Règlement modifiant le Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers, décret 30-2009, (2009) 141 G.O. 2A, 23A.

Authors Cited

- Austin, John. *Lectures on Jurisprudence, or, The Philosophy of Positive Law*, 5th ed. revised and edited by R. Campbell. London: J. Murray, 1885.
- Bastarache, Michel, et al. *The Law of Bilingual Interpretation*. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008.
- Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 5^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.
- Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 6^e éd. par Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2005.
- Bélanger, André. *Essai d'une théorie juridique de la compensation en droit civil québécois*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2004.
- Black's Law Dictionary*, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, "encumbrance".
- Bonneau, Thierry. *Droit bancaire*, 7^e éd. Paris: Montchrestien, 2007.
- Brierley, John E. C. "Title Six: Certain Patrimonies by Appropriation — Articles 1256-1298", in *Reform of the Civil Code*, vol. 1-B, *Property*. Texts written for the Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec. Translated by Susan Altschul. Montréal: Barreau du Québec, 1993.
- Ciotola, Pierre, et Antoine Leduc. "Arrêt Val-Brillant: évolution ou régression de l'hypothèque mobilière avec dépossession, en droit civil québécois?", dans Sylvio Normand, dir., *Mélanges offerts au professeur François Frenette: études portant sur le droit patrimonial*. Québec: Presses de l'Université Laval, 2006, 361.
- Claxton, John B. *Studies on the Quebec Law of Trust*. Toronto: Thomson Carswell, 2005.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
- Crawford, Bradley. *The Law of Banking and Payment in Canada*, vol. 2. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2008 (loose-leaf updated November 2008).
- Cuerrier, Marc. "The Harmonization of Federal Tax Legislation", in *The Harmonization of Federal Legislation with the Civil Law of the Province of Quebec and Canadian Bijuralism* (Second publication), Booklet 7. Ottawa: Department of Justice, 2001.
- Cuming, Ronald C. C., Catherine Walsh and Roderick J. Wood. *Personal Property Security Law*. Toronto: Irwin Law, 2005.
- Davies, Paul L. *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 7th ed. London: Sweet & Maxwell, 2003.
- Denault, Philippe. *La recherche d'unité dans l'interprétation du droit privé fédéral: Cadre*

Doctrine citée

- Austin, John. *Lectures on Jurisprudence, or, The Philosophy of Positive Law*, 5th ed. revised and edited by R. Campbell. London: J. Murray, 1885.
- Bastarache, Michel, et al. *The Law of Bilingual Interpretation*. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008.
- Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 5^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.
- Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 6^e éd. par Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2005.
- Bélanger, André. *Essai d'une théorie juridique de la compensation en droit civil québécois*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2004.
- Black's Law Dictionary*, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, « *encumbrance* ».
- Bonneau, Thierry. *Droit bancaire*, 7^e éd. Paris: Montchrestien, 2007.
- Brierley, John E. C. « Titre sixième: De certains patrimoines d'affectation — Les articles 1256-1298 », dans *La réforme du Code civil*, t. 1, *Personnes, successions, biens*. Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Sainte-Foy, Qué.: Presses de l'Université Laval, 1993, 735.
- Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec. *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues: les obligations*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003, « droit réel accessoire », « droit réel de garantie ».
- Ciotola, Pierre, et Antoine Leduc. « Arrêt Val-Brillant: évolution ou régression de l'hypothèque mobilière avec dépossession, en droit civil québécois? », dans Sylvio Normand, dir., *Mélanges offerts au professeur François Frenette: études portant sur le droit patrimonial*. Québec: Presses de l'Université Laval, 2006, 361.
- Claxton, John B. *Studies on the Quebec Law of Trust*. Toronto: Thomson Carswell, 2005.
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal: Thémis, 1999.
- Crawford, Bradley. *The Law of Banking and Payment in Canada*, vol. 2. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2008 (loose-leaf updated November 2008).
- Cuerrier, Marc. « L'harmonisation de la législation fiscale fédérale », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien* (Deuxième publication), Fascicule 7. Ottawa: Ministère de la Justice, 2001.
- Cuming, Ronald C. C., Catherine Walsh and Roderick J. Wood. *Personal Property Security Law*. Toronto: Irwin Law, 2005.

- juridique et fragments du discours judiciaire*. Montréal: Thémis, 2008.
- Derham, S. Rory. *The Law of Set-Off*, 3rd ed. New York: Oxford University Press, 2003.
- Deschamps, Michel. “Le nouveau régime québécois des sûretés sur des valeurs mobilières”, conférence donnée le 19 mars 2009 à la Chaire du notariat de l’Université de Montréal (en ligne: www.chairedunotariat.qc.ca/fr/conferences/mois/032009/Deschamps.pdf).
- Duboc, Guy. *La compensation et les droits des tiers*. Paris: L.G.D.J., 1989.
- Dukelow, Daphne A. *The Dictionary of Canadian Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Thomson Carswell, 2004, “debenture”, “encumbrance”.
- Garner, Bryan A. *A Dictionary of Modern Legal Usage*, 2nd ed. New York: Oxford University Press, 1995, “debenture”.
- Ghestin, Jacques. *Traité de droit civil — Les obligations: les effets du contrat*, avec le concours de Marc Billiau. Paris: L.G.D.J., 1992.
- Goode on Legal Problems of Credit and Security*, 4th ed. by Louise Gullifer. London: Sweet & Maxwell, 2008.
- Grottenthaler, Margaret E., and Philip J. Henderson. *The Law of Financial Derivatives in Canada*. Toronto: Thomson Carswell, 2003 (loose-leaf updated 2008, release 1).
- Hohfeld, Wesley Newcomb. “Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning” (1917), 26 *Yale L.J.* 710.
- Holland, Thomas Erskine. *The Elements of Jurisprudence*, 12th ed. Oxford: Clarendon Press, 1916.
- Honorat, Adrienne. “Redressement et liquidation judiciaires”, D. 1998.Somm.325.
- Karim, Vincent. *Les obligations*, 2^e éd., vol. 2, art. 1497 à 1707 C.c.Q. Montréal: Wilson & Lafleur, 2002.
- Lafond, Pierre-Claude. *Précis de droit des biens*, 2^e éd. Montréal: Thémis, 2007.
- Lamontagne, Denys-Claude. *Biens et propriété*, 6^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2009.
- Lamoureux, Martin. “The Income Tax Act, the Excise Tax Act and the Term Interest: An Interesting Case for Harmonization”, in *The Harmonization of Federal Legislation with Quebec Civil Law and Canadian Bijuralism — Collection of Studies in Tax Law 2001*. Montréal: Fiscal and Financial Planning Association/ Department of Justice of Canada, 2002, 7:1.
- Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*. Montréal: Thémis, 2006.
- Macdonald, Roderick A. “Reconceiving the Symbols of Property: Universalities, Interests and Other Heresies” (1994), 39 *McGill L.J.* 761.
- Davies, Paul L. *Gower and Davies’ Principles of Modern Company Law*, 7th ed. London: Sweet & Maxwell, 2003.
- Denault, Philippe. *La recherche d’unité dans l’interprétation du droit privé fédéral: Cadre juridique et fragments du discours judiciaire*. Montréal: Thémis, 2008.
- Derham, S. Rory. *The Law of Set-Off*, 3rd ed. New York: Oxford University Press, 2003.
- Deschamps, Michel. « Le nouveau régime québécois des sûretés sur des valeurs mobilières », conférence donnée le 19 mars 2009 à la Chaire du notariat de l’Université de Montréal (en ligne: www.chairedunotariat.qc.ca/fr/conferences/mois/032009/Deschamps.pdf).
- Duboc, Guy. *La compensation et les droits des tiers*. Paris: L.G.D.J., 1989.
- Dukelow, Daphne A. *The Dictionary of Canadian Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Thomson Carswell, 2004, « debenture », « encumbrance ».
- Garner, Bryan A. *A Dictionary of Modern Legal Usage*, 2nd ed. New York: Oxford University Press, 1995, « debenture ».
- Ghestin, Jacques. *Traité de droit civil — Les obligations: les effets du contrat*, avec le concours de Marc Billiau. Paris: L.G.D.J., 1992.
- Goode on Legal Problems of Credit and Security*, 4th ed. by Louise Gullifer. London: Sweet & Maxwell, 2008.
- Grottenthaler, Margaret E., and Philip J. Henderson. *The Law of Financial Derivatives in Canada*. Toronto: Thomson Carswell, 2003 (loose-leaf updated 2008, release 1).
- Hohfeld, Wesley Newcomb. « Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning » (1917), 26 *Yale L.J.* 710.
- Holland, Thomas Erskine. *The Elements of Jurisprudence*, 12th ed. Oxford: Clarendon Press, 1916.
- Honorat, Adrienne. « Redressement et liquidation judiciaires », D. 1998.Somm.325.
- Karim, Vincent. *Les obligations*, 2^e éd., vol. 2, art. 1497 à 1707 C.c.Q. Montréal: Wilson & Lafleur, 2002.
- Lafond, Pierre-Claude. *Précis de droit des biens*, 2^e éd. Montréal: Thémis, 2007.
- Lamontagne, Denys-Claude. *Biens et propriété*, 6^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2009.
- Lamoureux, Martin. « Rapport sur l’harmonisation du terme “Interest” », dans *L’harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien — Recueil d’études en fiscalité 2001*. Montréal: Association de planification fiscale et financière/Ministère de la Justice du Canada, 2002, 7:1.

- Macdonald, Roderick A. "The Security Trust: Origins, Principles and Perspectives", in Hélène Jutras and Katia Opalka, eds., *Contemporary Utilisation of Non-Corporate Vehicles of Commerce*. Meredith Lectures. Montréal: Faculty of Law, McGill University, 1997, 155.
- Martel, Paul. *Business Corporations in Canada: Legal and Practical Aspects*. Toronto: Thomson Carswell, 2005 (loose-leaf updated 2008, release 3).
- Martin, Didier. "Contrats et obligations", *Juris-classeur civil*, art. 1289 à 1293, fasc. 108 à 111. France: Éditions Techniques, 1995.
- Martin, Didier. "Des techniques d'affectation en garantie des soldes de comptes bancaires", D. 1987. Chron.229.
- Morel, André. "La rédaction de lois bilingues harmonisées avec le droit civil", dans *The Harmonization of Federal Legislation with Quebec Civil Law and Canadian Bijuralism — Collection of studies*. Ottawa: Department of Justice, 1997, 309.
- Palmer, Kelly R. *The Law of Set-Off in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993.
- Paton, George Whitecross. *A Text-Book of Jurisprudence*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1951.
- Payette, Louis. *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2001.
- Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 4^e éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal: Thémis, 2001.
- Pratte, Denise. "L'hypothèque avec dépossession de créances non représentées par un titre négociable ou le retour à une fiction accommodante", dans Sylvio Normand, dir., *Mélanges offerts au professeur François Frenette: études portant sur le droit patrimonial*. Québec: Presses de l'Université Laval, 2006, 421.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, 1^{re} sess., 38^e lég., vol. 40, n^o 46, 11 juin 2008, Étude détaillée du projet de loi n^o 47, *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et d'autres actifs financiers*, p. 1.
- Quebec Research Centre of Private and Comparative Law. *Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons: Obligations*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2003, "accessory real right".
- Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 3^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2004, "débenture".
- Rives-Lange, Jean-Louis, et Monique Contamine-Raynaud. *Droit bancaire*, 6^e éd. Paris: Dalloz, 1995.
- Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*. Montréal: Thémis, 2006.
- Macdonald, Roderick A. « Reconceiving the Symbols of Property: Universalities, Interests and Other Heresies » (1994), 39 *R.D. McGill* 761.
- Macdonald, Roderick A. « The Security Trust: Origins, Principles and Perspectives », dans Hélène Jutras et Katia Opalka, dir., *Les sociétés, les fiducies et les entités hybrides en droit commercial contemporain*. Conférence Meredith. Montréal: Faculté de droit, Université McGill, 1997, 155.
- Martel, Paul. *Business Corporations in Canada: Legal and Practical Aspects*. Toronto: Thomson Carswell, 2005 (loose-leaf updated 2008, release 3).
- Martin, Didier. « Contrats et obligations », *Juris-classeur civil*, art. 1289 à 1293, fasc. 108 à 111. France: Éditions Techniques, 1995.
- Martin, Didier. « Des techniques d'affectation en garantie des soldes de comptes bancaires », D. 1987. Chron.229.
- Morel, André. « La rédaction de lois bilingues harmonisées avec le droit civil », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien — Recueil d'études*. Ottawa: Ministère de la Justice, 1997, 309.
- Palmer, Kelly R. *The Law of Set-Off in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993.
- Paton, George Whitecross. *A Text-Book of Jurisprudence*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1951.
- Payette, Louis. *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2001.
- Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 4^e éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal: Thémis, 2001.
- Pratte, Denise. « L'hypothèque avec dépossession de créances non représentées par un titre négociable ou le retour à une fiction accommodante », dans Sylvio Normand, dir., *Mélanges offerts au professeur François Frenette: études portant sur le droit patrimonial*. Québec: Presses de l'Université Laval, 2006, 421.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, 1^{re} sess., 38^e lég., vol. 40, n^o 46, 11 juin 2008, Étude détaillée du projet de loi n^o 47, *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et d'autres actifs financiers*, p. 1.
- Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 3^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2004, « débenture ».
- Rives-Lange, Jean-Louis, et Monique Contamine-Raynaud. *Droit bancaire*, 6^e éd. Paris: Dalloz, 1995.

Salmond, John William. *Jurisprudence*, 10th ed. by Glanville L. Williams. London: Sweet and Maxwell, 1947.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

Wood, Philip R. *Set-Off and Netting, Derivatives, Clearing Systems*, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 2007.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Desjardins, Létourneau and Pelletier JJ.A.), 2006 FCA 366, 361 N.R. 77 (*sub nom. Minister of National Revenue v. Caisse populaire du Bon Conseil*), [2007] 3 C.T.C. 70, 2007 D.T.C. 5220, [2006] F.C.J. No. 1775 (QL), 2006 CarswellNat 5050, affirming a decision of Pinard J., 2005 FC 1563, [2007] 2 C.T.C. 44, 2007 D.T.C. 5664, [2005] F.C.J. No. 1933 (QL), affirming a decision by Mireille Tabib, Prothonotary, 2005 FC 731, 293 F.T.R. 166, 2006 D.T.C. 6385, [2005] F.C.J. No. 900 (QL). Appeal dismissed, LeBel and Deschamps JJ. dissenting.

Reynald Auger and Jean-Patrick Dallaire, for the appellant.

Pierre Cossette and Guy Laperrière, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Fish, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

[1] ROTHSTEIN J. — The primary issue in this appeal is whether the agreements between the Caisse populaire (“Caisse”) and its customer, Camvrac Enterprises Inc. (“Camvrac”), give rise to a “security interest” within the meaning of that term in s. 224(1.3) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“*ITA*”). The definition of “security interest” in s. 224(1.3) *ITA* has also been incorporated by reference in s. 86(2.1) of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 (“*EIA*”). If the agreements between the Caisse and Camvrac do fall within the definition of “security interest” in s. 224(1.3) *ITA*, then the property of Camvrac that is subject to the security interest of the Caisse is deemed to be held in trust for the Crown under s. 227(4.1) *ITA* and s. 86(2.1) *EIA* because Camvrac

Salmond, John William. *Jurisprudence*, 10th ed. by Glanville L. Williams. London : Sweet and Maxwell, 1947.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

Wood, Philip R. *Set-Off and Netting, Derivatives, Clearing Systems*, 2nd ed. London : Sweet & Maxwell, 2007.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Desjardins, Létourneau et Pelletier), 2006 CAF 366, 361 N.R. 77 (*sub nom. Ministre du Revenu national c. Caisse populaire du Bon Conseil*), [2007] 3 C.T.C. 70, 2007 D.T.C. 5220, [2006] A.C.F. n° 1775 (QL), 2006 CarswellNat 3891, qui a confirmé une décision du juge Pinard, 2005 CF 1563, [2007] 2 C.T.C. 44, 2005 D.T.C. 5723, [2005] A.C.F. n° 1933 (QL), confirmant une décision de la proto-notaire Mireille Tabib, 2005 CF 731, 293 F.T.R. 166, 2005 D.T.C. 5268, [2005] A.C.F. n° 900 (QL). Pourvoi rejeté, les juges LeBel et Deschamps sont dissidents.

Reynald Auger et Jean-Patrick Dallaire, pour l’appelante.

Pierre Cossette et Guy Laperrière, pour l’intimée.

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

[1] LE JUGE ROTHSTEIN — Le présent pourvoi porte principalement sur la question de savoir si les conventions intervenues entre la Caisse populaire (« Caisse ») et sa cliente, Entreprises Camvrac inc. (« Camvrac »), ont fait naître une « garantie » au sens du par. 224(1.3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) (« *LIR* »). La définition de « garantie » que renferme cette disposition est par ailleurs incorporée par renvoi au par. 86(2.1) de la *Loi sur l’assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23 (« *LAE* »). Si les conventions liant la Caisse et Camvrac sont visées par cette définition, le bien de Camvrac formant la garantie de la Caisse est réputé détenu en fiducie pour Sa Majesté suivant les par. 227(4.1) *LIR* et 86(2.1) *LAE* par suite de l’omission de Camvrac de verser à Sa Majesté

did not remit to the Crown income tax and employment insurance premiums deducted at source by Camvrac.

[2] In my view, the agreements between the Caisse and Camvrac gave rise to a “security interest” for the purposes of s. 224(1.3) *ITA*. Camvrac’s property subject to the security interest was property that was subject to the Crown’s deemed trust. I would dismiss the appeal.

I. Facts

[3] On September 18, 2000, the Caisse granted Camvrac a line of credit up to \$277,000. On September 25, 2000, Camvrac deposited \$200,000 with the Caisse in accordance with a “Term Savings Agreement” providing that the deposit would mature on October 16, 2005. The “Term Savings Agreement” sets out the terms of Camvrac’s entitlement to the deposit and the Caisse’s obligation to pay Camvrac \$200,000. The relevant portions of the “Term Savings Agreement” stated:

[TRANSLATION]

Date of maturity: October 16, 2005

. . .

PROVISIONS GOVERNING THE PRINCIPAL

2. The member [Camvrac] agrees to make, on the date of acquisition, a deposit in the amount of \$200,000 (hereinafter referred to as the “initial amount of deposit”).
3. On the date of issue associated with the applicable term (“date of issue”), the initial amount of deposit and the interest then accrued on that amount shall be reinvested in the form of a deposit maturing on the maturity date associated with the applicable term (“date of maturity”).
4. This deposit may neither be negotiated nor transferred. No amount in principal or interest shall be redeemable or payable before the date of maturity.
5. This deposit may be hypothecated or given as security only in favor of the issuing Caisse.

. . .

les retenues à la source effectuées au titre de l’impôt sur le revenu et de l’assurance-emploi.

[2] Je suis d’avis que les conventions intervenues entre la Caisse et Camvrac ont fait naître une « garantie » au sens du par. 224(1.3) *LIR*, que le bien de Camvrac formant la garantie était assujéti à la fiducie réputée de Sa Majesté et qu’il y a donc lieu de rejeter le pourvoi.

I. Faits

[3] Le 18 septembre 2000, la Caisse a ouvert à Camvrac un crédit de 277 000 \$. Le 25 septembre suivant, Camvrac a déposé 200 000 \$ à la Caisse conformément à une convention d’épargne à terme stipulant que le dépôt venait à échéance le 16 octobre 2005. La convention précise les conditions du droit de Camvrac à la somme déposée et l’obligation de la Caisse de payer les 200 000 \$ à Camvrac. En voici les passages pertinents :

Date d’échéance : 16 octobre 2005

. . .

CONDITIONS RELATIVES AU CAPITAL

2. Le membre [Camvrac] consent à effectuer, en date des présentes, un dépôt de 200 000 \$, appelé « montant initial du dépôt ».
3. À la date d’émission relative au terme applicable (« date d’émission »), le montant initial du dépôt et les intérêts accumulés sur ce montant à cette date seront réinvestis sous la forme d’un dépôt échéant à la date d’échéance relative au terme applicable (« date d’échéance »).
4. Le présent dépôt n’est ni négociable ni transférable. Aucune somme en capital ou intérêt n’est remboursable ni payable avant la date d’échéance.
5. Le présent dépôt ne peut être hypothéqué ou donné en garantie qu’en faveur de la caisse émettrice.

. . .

[4] The Caisse and Camvrac also entered into a “Security Given Through Savings” agreement. The most relevant terms read:

[TRANSLATION]

1. RIGHT TO WITHHOLDING AND COMPENSATION

To secure the repayment of any sum in principal, interest, costs and accessories owed or to be owed the Caisse by:

- the Depositor [Camvrac]

. . . .

under:

- (a) a line of credit agreement in the amount of \$277,000.00 granted to him (her) on 2000-09-18;

. . . .

- and under any debts or obligations, present or future, direct or indirect held by:

- the Depositor

. . . .

(hereinafter referred to as “the Credit Contract[s]”)

the Depositor undertakes to maintain and consents to the withholding by the Caisse, in the account(s) or on the certificate(s) of deposit mentioned below, of the amount of \$200,000.00 distributed as follows:

Account or certificate of deposit identification (for deposit certificates, state date issued amount and certificate number)	Sum withheld by the Caisse
ALTERNATIVE TERM SAVINGS 5 YEARS IN THE AMOUNT OF \$200,000.00	\$200 000.00
_____	\$ _____

. . . .

The Caisse may withhold the sums shown above, . . . as long as all the amounts due under the Credit Contract(s)

[4] La Caisse et Camvrac ont également conclu une convention de mise en garantie d'épargne, dont voici les clauses les plus pertinentes :

1. DROIT DE RÉTENTION ET DE COMPENSATION

Pour garantir le remboursement, en capital, intérêts, frais et accessoires, de toutes sommes dues ou pouvant être dues à la caisse :

- par le déposant [Camvrac]

. . . .

en vertu :

- a) d'un contrat d'ouverture de crédit de 277 000,00 \$ qui lui a été consenti(e) le 2000-09-18;

. . . .

- et en vertu de toutes dettes ou obligations présentes ou futures, directes ou indirectes

- du déposant

. . . .

(ci-après appelé[s] « le ou les contrats de crédit »)

le déposant s'engage à maintenir et consent à ce que la caisse retienne, dans le ou les comptes ou sur le ou les certificats de dépôt mentionnés ci-après, la somme de 200 000,00 \$ se répartissant comme suit :

Identification du ou des comptes ou certificats de dépôt (pour les certificats de dépôt, indiquer la date d'émission, le montant et le numéro du certificat)	Somme retenue par la caisse
ÉPARGNE À TERME À GESTION ACTIVE 5 ANS AU MONTANT DE 200 000,00	200 000,00 \$
_____	_____ \$

. . . .

La caisse pourra retenir les sommes indiquées ci-dessus . . . tant que la totalité des sommes dues en

have not been fully repaid and, in the case of a line of credit, as long as it has not been cancelled. In cases of default as provided for below, there shall be compensation between the Credit Contract(s) and the certificate(s) of deposit or the amounts deposited defined above, as provided for in Section 7.

2. SAFEKEEPING OF CERTIFICATES

For the whole term of this agreement, the above-mentioned certificate(s) of deposit shall be kept by the Caisse.

3. HYPOTHEC

To further secure the repayment of any sum owed or to be owed under the Credit Contract(s), the Depositor hypothecates and pledges the above-mentioned certificate(s) of deposit and sums deposited, for an amount equal to the total amount of the sums withheld. The parties also agree that the clause shown on the certificate(s) of deposit stipulating that such certificate(s) are neither negotiable nor transferable shall be deemed cancelled, effective from the date of these presents.

. . .

7. DEFAULT

The Depositor shall be in default in any of the following cases:

- (a) if any of the commitments under the Credit Contract(s) or these presents is not fulfilled;
- (b) if the Depositor or the Borrower becomes insolvent or goes bankrupt, or if he/she makes a proposal and it is rejected or annulled;

. . .

In the event of any default:

- (a) any sums owing under the Credit Contracts shall immediately become payable;
- (b) the Caisse may use the sums deposited or the certificate(s) of deposit contemplated herein, regardless of its(their) having matured or not, to compensate its claim under the Credit Contract(s);

. . .

The consequences of a default are for the exclusive benefit of the Caisse and the latter may waive them

vertu du ou des contrats de crédit n'auront pas été entièrement remboursées et, dans le cas d'une ouverture de crédit, tant qu'elle n'aura pas été annulée. Dans les cas de défaut prévus ci-après, il y aura compensation entre le ou les contrats de crédit et le ou les certificats de dépôt ou sommes d'argent indiqués ci-dessus, tel qu'il est prévu à l'article 7.

2. GARDE DES CERTIFICATS

Pendant la durée de la présente convention, le ou les certificats de dépôt mentionnés précédemment seront conservés par la caisse.

3. HYPOTHÈQUE

Pour garantir davantage le remboursement des sommes dues ou pouvant être dues en vertu du ou des contrats de crédit, le déposant hypothèque et donne en gage le ou les certificats de dépôt et les sommes d'argent indiqués ci-dessus, pour un montant égal au montant total des sommes retenues. Les parties conviennent également que la clause paraissant au(x) certificat(s) de dépôt à l'effet que le ou les certificats ne sont ni négociables ni transférables est réputée annulée à compter des présentes.

. . .

7. DÉFAUT

Le déposant sera en défaut dans les cas suivants :

- a) si l'une ou l'autre des obligations prévues au(x) contrat(s) de crédit ou aux présentes n'est pas respectée;
- b) si le déposant ou l'emprunteur deviennent insolvable ou en faillite ou s'ils font une proposition concordataire et que celle-ci est rejetée ou annulée;

. . .

En cas de défaut :

- a) toutes les sommes dues en vertu des contrats de crédit deviendront immédiatement exigibles;
- b) il y aura compensation entre le ou les contrats de crédit et le ou les certificats de dépôt ou sommes d'argent indiqués ci-dessus, que ceux-ci soient échus ou non;

. . .

Les conséquences d'un défaut sont au bénéfice exclusif de la caisse et celle-ci peut y renoncer

expressedly. The Caisse may, among others, without any prejudice to its rights, wait for the maturity date of the certificate(s) of deposit before exercising its rights as provided for in paragraphs (b) and (c) above.

8. RESERVE OF RECOURSES

... Furthermore, failure by the Caisse to avail itself of any of its rights in case of default shall not be interpreted as a waiver of such rights.

[5] Camvrac failed to pay the interest on its line of credit on November 25, 2000 and so was technically in default on that date. However, the Caisse took no steps as a result of the default and, according to the Caisse's account summaries, Camvrac's line of credit continued to accrue interest until January 31, 2001. On February 7, 2001, Camvrac made an assignment in bankruptcy. On February 21, 2001, the Caisse made the following note on its copy of the "Term Savings Agreement": [TRANSLATION] "To be closed on 21/2/2001 to realize on security." Finally, on June 12, 2001, the Crown gave the Caisse notice to pay the amount owing to the Crown for unremitted employment insurance premiums and income tax deducted at source by Camvrac from the proceeds of the term deposit the Crown said was subject to its deemed trust.

[6] Prothonotary Tabib of the Federal Court, Justice Pinard of the Federal Court, and Justice Létourneau writing for the Federal Court of Appeal found in favour of the Crown: 2005 FC 731, 2006 D.T.C. 6385, aff'd 2005 FC 1563, 2007 D.T.C. 5664, aff'd 2006 FCA 366, 361 N.R. 77. The Caisse now appeals to this Court.

II. The Primary Issue

[7] Under the "Security Given Through Savings" agreement, the Caisse was entitled to effect compensation to reduce or eliminate Camvrac's indebtedness to it if Camvrac defaulted on its line of credit. The Caisse did so. The issue is whether the Crown is the beneficial owner of Camvrac's term deposit to the extent of the unremitted employment insurance premiums and income tax deducted by Camvrac at source as a result of the deemed trust created by s. 227(4.1) *ITA* and s. 86(2.1) *EIA*.

expressément. Elle peut notamment, sans préjudice de ses droits, attendre l'échéance du ou des certificats de dépôt avant d'exercer les droits prévus aux paragraphes b) et c) ci-dessus.

8. RÉSERVE DE RECOURS

... En outre, le fait que la caisse ne se prévale pas de ses droits en cas de défaut ne doit pas être interprété comme une renonciation à ceux-ci.

[5] Le 25 novembre 2000, Camvrac a omis de payer l'intérêt exigible sur son ouverture de crédit, de sorte qu'elle était dès lors techniquement en défaut. Toutefois, la Caisse n'a alors pris aucune mesure et, suivant les relevés de compte, elle a continué de comptabiliser l'intérêt jusqu'au 31 janvier 2001. Le 7 février 2001, Camvrac a fait cession de ses biens. Le 21 février, la Caisse a inscrit la mention suivante sur son exemplaire de la convention d'épargne à terme : « Fermer le 21/2/2001 pour réalisation de garantie. » Enfin, le 12 juin de la même année, Sa Majesté a mis la Caisse en demeure de lui payer, par prélèvement sur le dépôt à terme dont le montant était, selon elle, assujéti à la fiducie réputée établie en sa faveur, les cotisations d'assurance-emploi et l'impôt sur le revenu retenus à la source mais non versés par Camvrac.

[6] La protonotaire Tabib et le juge Pinard, de la Cour fédérale, puis le juge Létourneau, au nom de la Cour d'appel fédérale, ont tous donné raison à Sa Majesté : 2005 CF 731, 2005 D.T.C. 5268, conf. par 2005 CF 1563, 2005 D.T.C. 5723, conf. par 2006 CAF 366, 361 N.R. 77. La Caisse se pourvoit maintenant devant notre Cour.

II. Principale question en litige

[7] La convention de mise en garantie d'épargne stipule que la Caisse peut, advenant le non-respect par Camvrac des conditions du contrat de crédit, opérer compensation jusqu'à concurrence de la somme due. La Caisse s'est prévaluée de son droit. Il s'agit de déterminer si, en raison de la fiducie réputée établie par application des par. 227(4.1) *LIR* et 86(2.1) *LAE*, Sa Majesté a droit au dépôt à terme de Camvrac jusqu'à concurrence du montant de l'impôt sur le revenu et des cotisations d'assurance-emploi retenus à la source mais non versés par Camvrac.

III. Analysis

A. *The Definition of “Security Interest” in Section 224(1.3) of the Income Tax Act*

[8] Parliament has defined “security interest” in s. 224(1.3) *ITA*. This definition provides that:

“security interest” means any interest in property that secures payment or performance of an obligation and includes an interest created by or arising out of a debenture, mortgage, hypothec, lien, pledge, charge, deemed or actual trust, assignment or encumbrance of any kind whatever, however or whenever arising, created, deemed to arise or otherwise provided for;

[9] Section 227(4.1) *ITA* and s. 86(2.1) *EIA* create a deemed trust in favour of the Crown over property of the employer that has deducted income tax and employment insurance premiums at source. The deemed trust applies to property of the employer and property held by any secured creditor of the employer that, but for its security interest, would be property of the employer. The property is impressed with the deemed trust at the time the unremitted amounts were deducted at source by the employer. Section 227(4.1) *ITA* provides:

Notwithstanding any other provision of this Act, the Bankruptcy and Insolvency Act (except sections 81.1 and 81.2 of that Act), any other enactment of Canada, any enactment of a province or any other law, where at any time an amount deemed by subsection (4) to be held by a person in trust for Her Majesty is not paid to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act, property of the person and property held by any secured creditor (as defined in subsection 224(1.3)) of that person that but for a security interest (as defined in subsection 224(1.3)) would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust is deemed

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

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

III. Analyse

A. *La définition de « garantie » au par. 224(1.3) de la Loi de l'impôt sur le revenu*

[8] Le législateur fédéral définit comme suit le mot « garantie » au par. 224(1.3) *LIR* :

« garantie » Droit sur un bien qui garantit l'exécution d'une obligation, notamment un paiement. Sont en particulier des garanties les droits nés ou découlant de débetures, hypothèques, privilèges, nantissements, sûretés, fiducies réputées ou réelles, cessions et charges, quelle qu'en soit la nature, de quelque façon ou à quelque date qu'elles soient créées, réputées exister ou prévues par ailleurs.

[9] Les paragraphes 227(4.1) *LIR* et 86(2.1) *LAE* établissent une fiducie réputée en faveur de Sa Majesté à l'égard des biens de l'employeur qui déduit à la source de l'impôt sur le revenu et des cotisations d'assurance-emploi. Sont assujettis à la fiducie les biens de l'employeur et ceux détenus par son créancier garanti qui, en l'absence de la garantie, seraient ceux de l'employeur. Les biens tombent sous le coup de la fiducie réputée dès la déduction à la source des sommes non versées par l'employeur. Le paragraphe 227(4.1) *LIR* dispose :

Malgré les autres dispositions de la présente loi, la Loi sur la faillite et l'insolvabilité (sauf ses articles 81.1 et 81.2), tout autre texte législatif fédéral ou provincial ou toute règle de droit, en cas de non-versement à Sa Majesté, selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi, d'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (4) détenir en fiducie pour Sa Majesté, les biens de la personne, et les biens détenus par son créancier garanti au sens du paragraphe 224(1.3) qui, en l'absence d'une garantie au sens du même paragraphe, seraient ceux de la personne, d'une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté, à compter du moment où le montant est déduit ou retenu, séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à une telle garantie;

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

and is property beneficially owned by Her Majesty notwithstanding any security interest in such property and in the proceeds thereof, and the proceeds of such property shall be paid to the Receiver General in priority to all such security interests.

Section 86(2.1) *EIA* is to the same effect with respect to employment insurance premiums deducted by employers at source.

[10] While the definition of “security interest” is similar to legal terminology used in the personal property security and other legislation of the provinces, the definition in s. 224(1.3) *ITA* is the only relevant definition of “security interest” for the purposes of s. 227(4.1) *ITA* and s. 86(2.1) *EIA*. Both s. 227(4.1) *ITA* and s. 86(2.1) *EIA*, which incorporate by reference the definition of “security interest” from s. 224(1.3) *ITA*, apply

[n]otwithstanding any other provision of this Act, the *Bankruptcy and Insolvency Act* (except sections 81.1 and 81.2 of that Act), any other enactment of Canada, any enactment of a province or any other law . . . [s. 227(4.1) *ITA*]

[n]otwithstanding the *Bankruptcy and Insolvency Act* (except sections 81.1 and 81.2 of that Act), any other enactment of Canada, any enactment of a province or any other law . . . [s. 86(2.1) *EIA*]

This is a clear indication that the scope of the deemed trust created by these provisions over property of the tax debtor is to be defined in terms of the statutory definition of “security interest” provided by Parliament in s. 224(1.3) *ITA* and not as the term security interest may be used in provincial legislation.

[11] As Binnie J. recently noted in *Saulnier v. Royal Bank of Canada*, 2008 SCC 58, [2008] 3 S.C.R. 166, at para. 16, “[f]or particular purposes Parliament can and does create its own lexicon.” Parliament’s authority to define terms without reference to provincial law in areas of federal legislative competency was considered with respect to bankruptcy in *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453. Gonthier J. held for the majority, at para. 32, that

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

Le paragraphe 86(2.1) *LAE* prévoit la même chose pour les cotisations d’assurance-emploi retenues à la source par l’employeur.

[10] Bien que la définition de « garantie » du par. 224(1.3) *LIR* emploie des termes juridiques qui s’apparentent à ceux que l’on retrouve dans les lois provinciales, notamment en matière de sûretés mobilières, elle est la seule applicable pour les besoins des par. 227(4.1) *LIR* et 86(2.1) *LAE*, qui tous deux l’incorporent par renvoi et s’appliquent

[m]algré les autres dispositions de la présente loi, la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* (sauf ses articles 81.1 et 81.2), tout autre texte législatif fédéral ou provincial ou toute règle de droit . . . [par. 227(4.1) *LIR*]

[m]algré la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* (sauf ses articles 81.1 et 81.2), tout autre texte législatif fédéral ou provincial ou toute règle de droit . . . [par. 86(2.1) *LAE*]

Ce libellé indique clairement que l’étendue de la fiducie réputée créée par ces dispositions à l’égard des biens du débiteur fiscal doit être déterminée en fonction de la définition de « garantie » que l’on trouve au par. 224(1.3) *LIR* et non de l’emploi du même terme dans les lois provinciales.

[11] Comme l’a récemment signalé le juge Binnie dans l’arrêt *Saulnier c. Banque Royale du Canada*, 2008 CSC 58, [2008] 3 R.C.S. 166, au par. 16, « le législateur peut, à des fins particulières, créer sa propre nomenclature, et il lui arrive effectivement de le faire ». Dans l’arrêt *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, notre Cour a examiné, dans le contexte de la faillite, le pouvoir du législateur fédéral de recourir à ses propres définitions, sans égard au droit provincial, dans les domaines relevant de sa compétence. Au nom des juges majoritaires, le juge Gonthier a dit au par. 32 :

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.

[12] It is therefore open to Parliament to define a term in an area of its own legislative competence (*Constitution Act, 1867*, s. 91(2A) “Unemployment Insurance” and s. 91(3) “The raising of Money by any Mode or System of Taxation”), as it has done here, in order to ensure that there is a rule of general application across all of the provinces. Were provincial law used to define the meaning of “security interest” in s. 224(1.3) *ITA* and, in turn, the scope of the deemed trust created by s. 227(4.1) *ITA* and s. 86(2.1) *EIA*, uniformity could not be achieved. Rather, what constituted a “security interest” for the purposes of s. 224(1.3) *ITA* could be different from province to province. The Minister’s ability to recover unremitted source deductions would then vary depending on an employer’s location.

[13] Further, if provincial law were used to define the meaning of a “security interest” under s. 224(1.3) *ITA*, a change in the provincial law of property security would affect the scope of the deemed trust created by s. 227(4.1) *ITA* and s. 86(2.1) *EIA* from time to time. This level of uncertainty cannot have been what Parliament intended with the words “any interest in property that secures payment or performance of an obligation” in s. 224(1.3) *ITA*. This definition is incorporated by reference in s. 227(4.1) *ITA* and s. 86(2.1) *EIA* which create the deemed trust in favour of the Crown “[n]otwithstanding . . . any enactment of a province”.

[14] In this case, Parliament has chosen an expansive definition of “security interest” in s. 224(1.3) *ITA* in order to enable maximum recovery by the Crown under its deemed trust for unremitted income tax and employment insurance premiums deducted at source by employers. Parliament did so, in part, in response to this Court’s decision in

. . . 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.

[12] Le législateur fédéral peut donc définir un terme dans un domaine relevant de sa compétence législative (*Loi constitutionnelle de 1867*, par. 91(2A) (assurance-chômage) et par. 91(3) (prélèvement de deniers par tous modes ou systèmes de taxation)), comme il l’a fait dans le cas qui nous intéresse, pour assurer l’application d’une même règle dans toutes les provinces. Si on recourait au droit provincial pour déterminer la portée du mot « garantie » employé au par. 224(1.3) *LIR* et, partant, celle de la fiducie réputée établie au par. 227(4.1) *LIR* et au par. 86(2.1) *LAE*, il ne pourrait y avoir d’uniformité. En effet, ce qui s’entendrait d’une « garantie » pour les besoins du par. 224(1.3) *LIR* pourrait varier d’une province à l’autre. Dès lors, le pouvoir du ministre de recouvrer les retenues non versées varierait en fonction du lieu où est établi l’employeur.

[13] De plus, si on faisait appel au droit provincial pour déterminer le sens de la « garantie » visée au par. 224(1.3) *LIR*, la modification de la législation provinciale sur les sûretés pourrait se répercuter sur l’étendue de la fiducie créée aux par. 227(4.1) *LIR* et 86(2.1) *LAE*. Le législateur ne peut avoir voulu que le sens des mots « [d]roit sur un bien qui garantit l’exécution d’une obligation » employés au par. 224(1.3) *LIR* fasse l’objet d’une telle incertitude. Cette définition est incorporée par renvoi aux par. 227(4.1) *LIR* et 86(2.1) *LAE*, qui établissent une fiducie réputée au bénéfice de Sa Majesté « [m]algré [. . .] tout autre texte législatif [. . .] provincial ».

[14] En l’espèce, au par. 224(1.3) *LIR*, le législateur fédéral a opté pour une définition large de la « garantie » afin de maximiser le recouvrement par Sa Majesté, grâce au mécanisme de la fiducie réputée, de l’impôt sur le revenu et des cotisations d’assurance-emploi retenus à la source par l’employeur mais non versés à l’État. Il l’a fait en partie

Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp., [1997] 1 S.C.R. 411, which interpreted the former deemed trust provisions in the *ITA* narrowly.

[15] In order to constitute a security interest for the purposes of s. 227(4.1) *ITA* and s. 86(2.1) *EIA*, the creditor must hold “any interest in property that secures payment or performance of an obligation”. The definition of “security interest” in s. 224(1.3) *ITA* does not require that the agreement between the creditor and debtor take any particular form, nor is any particular form expressly excluded. So long as the creditor’s interest in the debtor’s property secures payment or performance of an obligation, there is a “security interest” within the meaning of this section. While Parliament has provided a list of “included” examples, these examples do not diminish the broad scope of the words “any interest in property”: see *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at para. 68, and R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 61-68.

[16] I agree with my colleague that the common linguistic meaning of the defined term “security interest” in s. 224(1.3) *ITA* is the English term “security interest”. A “security interest” is defined as any interest in property or “*droit sur un bien*” (right over property) that secures the performance of an obligation.

[17] For the reasons that follow, I conclude that the definition of “security interest” in s. 224(1.3) *ITA* applies to the facts before this Court.

B. *The Relationship Between Contractual Compensation or Set-Off and a Security Interest*

[18] Compensation and set-off are terms of art which I do not purport to define exhaustively in these reasons. Compensation in Quebec is similar to set-off in the common law provinces. There are a number of circumstances giving rise to compensation or set-off. There are also different kinds of compensation and set-off. “Legal compensation” is defined in arts. 1672 ff. of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (“*C.C.Q.*”). Articles 1672 and 1673 state in part that:

pour donner suite à l’arrêt *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411, où notre Cour a interprété strictement les anciennes dispositions de la *LIR* sur la fiducie réputée.

[15] Il y a garantie aux fins des par. 227(4.1) *LIR* et 86(2.1) *LAE* lorsque le créancier détient un « [d]roit sur un bien qui garantit l’exécution d’une obligation, notamment un paiement ». La définition de « garantie » au par. 224(1.3) *LIR* n’exige pas que l’entente entre le créancier et le débiteur revête une forme particulière et elle n’en exclut aucune expressément. Dès lors que le droit du créancier sur le bien du débiteur garantit l’exécution d’une obligation, notamment un paiement, il y a « garantie » au sens de cette disposition. L’énumération d’exemples dans la définition légale n’a pas pour effet de limiter la portée générale de l’expression « [d]roit sur un bien » : voir l’arrêt *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, par. 68, et R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 61-68.

[16] Je conviens avec la juge Deschamps que le sens commun du mot « garantie » défini au par. 224(1.3) *LIR* est celui du « *security interest* » de la version anglaise. Il s’agit d’un droit sur un bien (« *any interest in property* ») qui garantit l’exécution d’une obligation.

[17] Pour les motifs qui suivent, je conclus que la définition de « garantie » prévue au par. 224(1.3) *LIR* s’applique aux faits de la présente affaire.

B. *Le lien entre la compensation conventionnelle et la garantie*

[18] La « compensation » est une notion technique que je n’entends pas définir de façon exhaustive dans les présents motifs. Le mécanisme est semblable au Québec et dans les provinces de common law. La compensation intervient dans diverses circonstances et elle revêt différentes formes. La compensation légale est définie aux art. 1672 et suiv. du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« *C.c.Q.* »). Les articles 1672 et 1673 énoncent notamment ce qui suit :

1672. Where two persons are reciprocally debtor and creditor of each other, the debts for which they are liable are extinguished by compensation, up to the amount of the lesser debt.

1672. Lorsque deux personnes se trouvent réciproquement débitrices et créancières l'une de l'autre, les dettes auxquelles elles sont tenues s'éteignent par compensation jusqu'à concurrence de la moindre.

1673. Compensation is effected by operation of law upon the coexistence of debts that are certain, liquid and exigible and the object of both of which is a sum of money or a certain quantity of fungible property identical in kind.

1673. La compensation s'opère de plein droit dès que coexistent des dettes qui sont l'une et l'autre certaines, liquides et exigibles et qui ont pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de biens fongibles de même espèce.

[19] In the common law provinces, “legal set-off” is similarly statutorily defined. In the Ontario *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, for example, “legal set-off” is defined in s. 111:

[19] Dans les provinces de common law, la loi définit la compensation légale de manière analogue. Par exemple, la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. C.43, en donne la définition suivante à l'art. 111 :

111. — (1) In an action for payment of a debt, the defendant may, by way of defence, claim the right to set off against the plaintiff's claim a debt owed by the plaintiff to the defendant.

111 (1) Le défendeur dans une action en paiement d'une créance peut opposer au demandeur le droit de compensation d'une créance qu'il a sur le demandeur.

(2) Mutual debts may be set off against each other even if they are of a different nature.

(2) La compensation peut s'opérer entre deux dettes réciproques, même si elles ne sont pas de même nature.

(3) Where, on a defence of set off, a larger sum is found to be due from the plaintiff to the defendant than is found to be due from the defendant to the plaintiff, the defendant is entitled to judgment for the balance.

(3) Le défendeur qui oppose le droit de compensation, si le montant que lui doit le demandeur est supérieur au montant qu'il doit à celui-ci, peut obtenir jugement pour la différence.

[20] “Equitable set-off” was compared and contrasted with legal set-off by Wilson J. in *Holt v. Telford*, [1987] 2 S.C.R. 193. Wilson J. said of equitable set-off, at pp. 205-6:

[20] Dans l'arrêt *Holt c. Telford*, [1987] 2 R.C.S. 193, la juge Wilson a comparé et distingué les notions de compensation en common law et en equity. À propos de la seconde, elle a indiqué aux p. 205-206 :

The distinction between set-off at law and set-off in equity was canvassed by the British Columbia Court of Appeal in *C.I.B.C. v. Tuckerr Indust. Inc.*, *supra*, at p. 605:

La distinction entre la compensation en *common law* et la compensation en *equity* a été étudiée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *C.I.B.C. v. Tuckerr Indust. Inc.*, précité, à la p. 605 :

Such a set-off has its origin in equity and does not rest on the statute of 1728. It can apply where mutuality is lost or never existed. It can apply where the cross obligations are not debts.

[TRADUCTION] Cette compensation tire son origine de l'*equity* et ne découle pas de la loi de 1728. Elle peut s'appliquer là où la réciprocité a disparu ou n'a jamais existé. Elle peut s'appliquer en outre lorsque les obligations réciproques ne sont pas des dettes.

Equitable set-off, like legal set-off, is also raised by way of cross-claim (see *Holt*, at pp. 212-13).

Comme la compensation en common law, la compensation en equity peut aussi être invoqué par voie de demande reconventionnelle (*Holt*, p. 212-213).

[21] There may be some differences between legal compensation (in Quebec) and legal and equitable set-off (in the common law provinces). However, the differences between legal compensation and legal and equitable set-off do not arise in this case because this Court is considering a right to compensation conferred on the Caisse by a contract between the Caisse and Camvrac (i.e. the “Security Given Through Savings” agreement). The Caisse and my colleague use the term “*compensation conventionnelle*”. I translate “*compensation conventionnelle*” as “contractual compensation”.

[22] Contractual compensation achieves a similar goal to legal compensation or legal or equitable set-off, the discharge of mutual debts. However, contractual compensation achieves this goal through mutual consent. It provides the contracting parties with a self-help remedy that avoids the technical requirements of legal compensation or legal or equitable set-off: see J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (5th ed. 1998), at para. 981, and K. R. Palmer, *The Law of Set-Off in Canada* (1993), at pp. 263-64. Both a contract providing for a right of compensation in Quebec and a contract providing for a right of set-off in the common law provinces are to be interpreted by a court in a manner that gives effect to the intentions of the parties as reflected in the words of the contract.

[23] I do not think it is correct to make a blanket determination that a contractual right to compensation or a contractual right to set-off can never be associated with a “security interest” or that they are always associated with a “security interest”. Whether a contract providing for a right to compensation or a right to set-off also gives rise to a “security interest” within the meaning of s. 224(1.3) *ITA* requires that the terms of the contract be carefully considered to determine whether the parties intended to confer on one party or the other “any interest in property [of the other party] that secures payment or performance of an obligation”.

[24] In *The Law of Set-Off* (3rd ed. 2003), Professor S. R. Derham argues, I think persuasively, that some contracts including a right of set-

[21] Certaines différences peuvent se présenter entre la compensation légale au Québec et la compensation en common law ou en equity dans les provinces de common law, mais elles ne jouent pas en l'espèce, car le droit de compensation de la Caisse est issu d'un contrat intervenu avec Camvrac (la convention de mise en garantie d'épargne). La Caisse et ma collègue la juge Deschamps parlent de « compensation conventionnelle ».

[22] La compensation conventionnelle produit un résultat analogue à celui de la compensation légale ou de la compensation en common law ou en equity : l'extinction de dettes réciproques. Elle le fait toutefois du consentement des deux parties contractantes, auxquelles elle offre une voie de droit extrajudiciaire qui les soustrait aux exigences techniques de la compensation légale ou de la compensation en common law ou en equity : voir J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (5^e éd. 1998), par. 981, et K. R. Palmer, *The Law of Set-Off in Canada* (1993), p. 263-264). Tant le contrat prévoyant un droit de compensation au Québec que le contrat conférant un droit de compensation dans les provinces de common law doivent être interprétés par une cour de justice de manière à donner effet à l'intention des parties au vu du libellé employé.

[23] À mon avis, on ne saurait affirmer de façon générale qu'un droit conventionnel de compensation ne peut jamais être associé à une « garantie » ou qu'il y est toujours associé. Pour déterminer si un contrat conférant un droit de compensation fait naître une « garantie » au sens du par. 224(1.3) *LIR*, il faut en examiner attentivement les clauses et se demander si l'une des parties a voulu conférer à l'autre un « [d]roit sur un bien [appartenant à la première] qui garantit l'exécution d'une obligation, notamment un paiement ».

[24] Dans son ouvrage intitulé *The Law of Set-Off* (3^e éd. 2003), le professeur S. R. Derham fait valoir — de manière convaincante, selon

off (or, in this case, contracts including a right of compensation) should be said also to involve security. As an example of a set-off agreement that also contains a security interest, Professor Derham describes a situation very similar to the one before this Court in the following words, at para. 16.82:

. . . a bank as a condition to the grant of a facility requires that a deposit be made with it which the depositor is not permitted to access until all indebtedness under the facility has been paid, and the parties agree that the bank may appropriate the deposit in discharge of the debt in the event of default in payment. The essence of the arrangement is that the depositor's property, in the form of the account in credit, is to function as a security. Indeed, in the case of a charge-back in which express words of charge are used, a contractual set-off is the very remedy that would be contemplated . . . [Emphasis added.]

[25] The essence of contractual compensation or set-off is that the terms of the contract reflect the mutual intention of the parties: see Derham, at para. 16.86. If their mutual intention is to create a security interest to ensure that the right of compensation or set-off will be an effective remedy, there is no reason to think that a security interest does not exist simply because the parties have chosen one mechanism for realizing on the security, rather than another. What must be considered is the substance of the agreement. If the substance of the agreement demonstrates that the parties intended an interest in property to secure an indebtedness, then a security interest exists within the meaning of s. 224(1.3) *ITA*.

C. *Application of the Deemed Trust Provisions*

[26] In this case, the Caisse says that its contractual right to effect compensation with Camvrac is not a “security interest” within the meaning of s. 224(1.3) *ITA*. It says that this contractual right did not confer on it an interest in Camvrac’s property with the intention of securing the line of credit that it extended to Camvrac. Rather, the Caisse says that the contractual right allowed it simply to extinguish its own indebtedness to Camvrac.

[27] The Crown submits that the definition of “security interest” in s. 224(1.3) *ITA* is broad

moi — qu’il faut voir dans certains contrats prévoyant un droit de compensation la stipulation d’une garantie en sus, et il donne l’exemple d’une situation qui s’apparente beaucoup à celle considérée en l’espèce (par. 16.82) :

[TRADUCTION] . . . une banque peut accorder une facilité en contrepartie du dépôt d’une somme qui ne sera accessible qu’une fois la dette entièrement acquittée, étant entendu que la banque pourra affecter la somme à l’extinction de la créance en cas de défaut de paiement. Cet arrangement fait essentiellement en sorte que le bien du déposant, à savoir le compte créditeur, tienne lieu de garantie. En cas de contrepassation où un débit est expressément inscrit, le recours prévu est de fait la compensation conventionnelle . . . [Je souligne.]

[25] La nature de la compensation conventionnelle veut que les clauses de la convention reflètent l’intention réciproque des parties : voir Derham, par. 16.86. Lorsque cette intention réciproque consiste à créer une garantie pour faire en sorte que le droit de compensation constitue une véritable voie de recours, rien ne permet de conclure qu’il n’y a pas de garantie du seul fait que les parties ont opté pour un mode de réalisation de la garantie plutôt qu’un autre. C’est la teneur de la convention qui importe, et lorsqu’il appert de cette teneur que les parties ont voulu conférer un droit sur un bien pour garantir le paiement d’une dette, il y a garantie au sens du par. 224(1.3) *LIR*.

C. *Application des dispositions relatives à la fiducie réputée*

[26] La Caisse soutient en l’espèce que son droit contractuel d’opérer compensation avec Camvrac ne constitue pas une « garantie » au sens du par. 224(1.3) *LIR*. Elle affirme que ce droit contractuel ne lui conférerait pas un droit sur un bien de Camvrac dans l’optique de garantir l’ouverture de crédit consentie à celle-ci. Elle fait valoir que le droit contractuel lui permettait plutôt d’éteindre simplement sa propre dette envers Camvrac.

[27] Sa Majesté soutient pour sa part que le terme « garantie » défini au par. 224(1.3) *LIR*

enough to include the Caisse's contractual right to effect compensation contained in the "Security Given Through Savings" agreement between the Caisse and Camvrac. It says that the deemed trust created by s. 227(4.1) *ITA* and s. 86(2.1) *EIA* protected its interest in the proceeds of Camvrac's term deposit because the property of Camvrac subject to the Caisse's security interest is beneficially owned by the Crown under its deemed trust to the extent of the unremitted source deductions.

[28] The issue then is whether the Caisse and Camvrac intended the agreements, which included the Caisse's right to effect compensation, to create a "security interest" within the meaning of s. 224(1.3) *ITA*. In my view, they did.

[29] The relevant facts are these. Camvrac made a deposit of \$200,000 with the Caisse. Camvrac and the Caisse entered into a "Term Savings Agreement" under which Camvrac and the Caisse agreed that:

- (a) Camvrac's deposit would be for a term of five years;
- (b) Camvrac could not negotiate or transfer the deposit;
- (c) the term deposit could be hypothecated or given as security, but only in favour of the Caisse.

Camvrac and the Caisse also agreed to enter into the "Security Given Through Savings" agreement. Under this agreement, Camvrac and the Caisse agreed that:

- (a) "To secure repayment of any sum . . . owed or to be owed the Caisse" by Camvrac under its line of credit that:
 - (i) Camvrac would maintain a deposit of \$200,000;
 - (ii) Camvrac consented to the Caisse withholding repayment of the sum of \$200,000;

as long as the line of credit was still outstanding.

est suffisamment général pour englober le droit contractuel de la Caisse d'opérer compensation conformément à la convention de mise en garantie d'épargne intervenue entre la Caisse et Camvrac. Elle allègue que la fiducie réputée issue de l'application des par. 227(4.1) *LIR* et 86(2.1) *LAE* protégeait son droit sur le montant du dépôt à terme de Camvrac, car grâce à ce mécanisme, elle avait droit au bien de Camvrac formant la garantie de la Caisse jusqu'à concurrence du montant des retenues à la source non versées.

[28] La question est donc de savoir si, dans les conventions qui prévoyaient le droit de la Caisse de recourir à la compensation, la Caisse et Camvrac ont voulu créer une « garantie » au sens du par. 224(1.3) *LIR*. J'estime que telle était leur intention.

[29] Les faits pertinents sont les suivants. Camvrac a déposé 200 000 \$ à la Caisse. Les deux parties ont conclu une convention d'épargne à terme dans laquelle elles convenaient que :

- a) la durée du dépôt était de cinq ans;
- b) Camvrac ne pouvait négocier ou transférer le dépôt;
- c) le dépôt à terme ne pouvait être hypothéqué ou donné en garantie qu'en faveur de la Caisse.

Camvrac et la Caisse ont également convenu de conclure une convention de mise en garantie d'épargne, qui stipulait ce qui suit :

- a) « Pour garantir le remboursement [. . .] de toutes sommes dues ou pouvant être dues à la caisse » par Camvrac en vertu du contrat d'ouverture de crédit,
 - i) Camvrac laissait 200 000 \$ en dépôt;
 - ii) Camvrac consentait à ce que la Caisse retienne la somme tant que l'ouverture de crédit ne serait pas annulée.

(b) In the event of default, there would be compensation between the line of credit and the deposit of \$200,000.

These agreements expressly conferred on the Caisse an interest in the property of Camvrac (i.e. Camvrac's deposit) to secure repayment of Camvrac's indebtedness to the Caisse.

[30] It was the five-year term and the maintenance and retention of the \$200,000 deposit, as well as Camvrac's agreement not to transfer or negotiate the deposit and that the deposit could only be used as security with the Caisse, that created the Caisse's interest in Camvrac's property for the purposes of s. 224(1.3) *ITA*. In the absence of these encumbrances on Camvrac's deposit, Camvrac could have withdrawn the deposit at any time. Should it have done so and still been indebted to the Caisse, the Caisse's right to compensation would be ineffective because it would not be indebted to Camvrac at the time the Caisse had to resort to the remedy of compensation. However, in this case the terms of the agreements provided that Camvrac agreed to the encumbrances on its deposit of \$200,000 so that the Caisse would continuously be indebted to Camvrac and that on default there would be effective compensation. It is the fact that the agreements secured the Caisse's right to effective compensation by conferring on the Caisse an interest in Camvrac's property that created a "security interest" for the purposes of s. 224(1.3) *ITA*.

[31] I note here, from the words of the agreements, that the Caisse itself conceived of its agreements with Camvrac as creating "security" for the line of credit. The "Term Savings Agreement" provided that the term deposit "may be hypothecated or given as security only in favor of the issuing Caisse" (emphasis added). In the "Security Given Through Savings" agreement, it was Camvrac's term deposit which was used "[t]o secure the repayment" of the line of credit (emphasis added). The hypothecation provision contained in the "Security Given Through Savings" agreement was "[t]o further secure the repayment" (emphasis added). Thus, even in the absence of hypothecation, the agreements granted the Caisse rights over Camvrac's

b) en cas de défaut, il y aurait compensation entre l'ouverture de crédit et le dépôt de 200 000 \$.

Ces conventions conféraient expressément à la Caisse un droit sur le bien de Camvrac (le dépôt) pour garantir le remboursement de la dette contractée par Camvrac envers la Caisse.

[30] C'est le terme de cinq ans, le maintien du dépôt et la retenue de la somme de 200 000 \$, ainsi que l'engagement de Camvrac de ne pas transférer ou négocier le dépôt et le fait que la somme ne pouvait servir de garantie que vis-à-vis de la Caisse qui ont fait naître le droit de la Caisse sur un bien de Camvrac pour les besoins du par. 224(1.3) *LIR*. Sans ces restrictions, Camvrac aurait pu encaisser la somme à tout moment. Si elle l'avait fait alors qu'elle était toujours endettée envers la Caisse, le droit de compensation de la Caisse n'aurait pu être exercé, car la Caisse n'aurait plus eu d'obligation envers Camvrac au moment où elle aurait voulu recourir au mécanisme. Or, en l'espèce, les conventions stipulaient que Camvrac acceptait les restrictions applicables au dépôt de 200 000 \$ de telle sorte que la Caisse soit toujours endettée envers elle et qu'en cas de défaut, elle puisse effectivement opérer compensation. Il y a eu création d'une « garantie » au sens du par. 224(1.3) *LIR* en ce que les conventions garantissaient le droit de compensation en conférant à la Caisse un droit sur un bien de Camvrac.

[31] Il appert d'ailleurs du libellé des conventions que la Caisse elle-même considérait que leurs stipulations créaient une « garantie » à l'égard de l'ouverture de crédit. La convention d'épargne à terme disposait que le dépôt à terme « ne peut être hypothéqué ou donné en garantie qu'en faveur de la caisse émettrice » (je souligne). Dans la convention de mise en garantie d'épargne, le dépôt à terme de Camvrac servait à « garantir le remboursement » de l'ouverture de crédit (je souligne). Dans la même convention, la constitution d'une hypothèque visait à « garantir davantage le remboursement ». Ainsi, même sans la constitution d'une hypothèque, les conventions accordaient à la Caisse des droits sur le dépôt de Camvrac pour qu'elle puisse dans les faits

deposit to ensure an effective compensation remedy. The rights and obligations ensuring an effective compensation remedy were the Caisse's primary security because the hypothecation was viewed as "further" security.

[32] While the mechanism by which the Caisse would realize on its security was compensation, that mechanism in no way detracts from the fact that the deposit was encumbered by the conditions agreed to by Camvrac and imposed by the Caisse in order to ensure that the remedy of compensation would be effective. Nor does the fact that the Caisse could realize on its security by means of a book entry diminish the fact that the deposit secured Camvrac's obligation to the Caisse. In the absence of the restrictions imposed by the Caisse, Camvrac's right to repayment of its deposit of \$200,000 could have been encumbered or transferred to a third party as security: see arts. 1637 and 2710 *C.C.Q.* and B. Crawford, *The Law of Banking and Payment in Canada* (loose-leaf), vol. 2, at § 9:30.20. Just because a creditor holding a security interest (the Caisse) is also the debtor (the Caisse owes the \$200,000 deposited by Camvrac to Camvrac) does not make it any less of a security interest for the purposes of s. 224(1.3) *ITA*.

[33] The situation in this case is in contrast to one in which a bank has what may be a standard term in a deposit agreement that any credit in the customer's account may be appropriated by the bank in discharge of the customer's potential indebtedness to the bank. In that case, there is no obligation on the customer to maintain a specific sum or, indeed, any amount deposited in the account at all as security for a loan that may or may not exist. There is no continuous right in the customer's property to protect the bank against default. The customer may withdraw any or all of the amounts in the account at any time. No specific property secures repayment. In these circumstances, based on this type of deposit agreement, the customer's property — its right to claim a deposit — cannot be said to secure its indebtedness to the bank. Unlike the case before this Court, this is a simple contractual right to set-off or compensation without attendant security.

opérer compensation. Les droits et les obligations faisant en sorte qu'il puisse effectivement y avoir compensation constituait la garantie principale de la Caisse puisque l'hypothèque consentie visait à garantir « davantage » le remboursement.

[32] Même si le mécanisme grâce auquel la Caisse pouvait réaliser sa garantie était la compensation, il demeure que le dépôt était assorti de conditions acceptées par Camvrac et imposées par la Caisse pour préserver la possibilité d'opérer compensation. En outre, même si la Caisse pouvait réaliser sa garantie par voie d'inscription comptable, le dépôt garantissait l'obligation de Camvrac envers elle. N'eût été les restrictions imposées par la Caisse, le droit de Camvrac au remboursement des 200 000 \$ déposés aurait pu être grevé d'une charge ou cédé à un tiers en garantie : art. 1637 et 2710 *C.c.Q.* et B. Crawford, *The Law of Banking and Payment in Canada* (feuilles mobiles), vol. 2, § 9.30.20. Une garantie demeure une garantie pour les besoins du par. 224(1.3) *LIR* même lorsque le créancier (la Caisse) est également le débiteur (de la somme de 200 000 \$ déposée par Camvrac à son propre bénéfice).

[33] La situation se distingue en l'espèce de celle où une convention de dépôt renferme une sorte de clause type stipulant que la banque peut affecter toute somme portée au crédit du client à l'extinction d'une dette de ce dernier envers elle. Dans ce cas, le client n'est pas tenu de conserver un montant précis dans le compte ni même d'y déposer la moindre somme en garantie d'un prêt existant ou non. Aucun droit sur un bien du client ne protège la banque en permanence contre un défaut éventuel. Le client peut à son gré retirer la totalité ou une partie du solde du compte. Le remboursement n'est garanti par aucun bien particulier. Vu la nature d'une telle convention de dépôt, on ne peut alors considérer que le bien du client — son droit au montant du dépôt — garantit sa dette envers la banque. Il ne s'agit que d'un droit conventionnel de compensation non assorti d'une garantie, contrairement au droit considéré en l'espèce.

D. Responses to Deschamps J.

[34] In my view, the difference in the results reached by Deschamps J. and myself in this case stems from the approaches we have taken. If I understand my colleague's approach correctly, she focusses on the remedy of compensation to conclude it is not a security interest. Under my approach, it is necessary to consider all of the relevant terms of the agreements between Camvrac and the Caisse and not solely the provisions entitling the Caisse to the remedy of compensation. In my view, the issue is not whether compensation alone is viewed as a security interest. It is whether the agreements between the parties — including the Caisse's contractual right to effect compensation — created a "security interest" to ensure that the remedy of compensation would be effective.

[35] Deschamps J. says that a creditor with a right to effect compensation or set-off attains a goal analogous to a security interest. However, in her view, creditors who exercise their right to compensation or set-off are not enforcing a security by realizing on the debtor's property, but are instead just extinguishing mutual obligations.

[36] I agree with her that compensation or set-off is the extinguishment of mutual obligations. However, mutual obligations must exist for compensation to be an effective remedy. If a debtor can, at its own option, eliminate the creditor's liability to it (by withdrawing its deposit), the creditor may have a right of compensation or set-off, but it may not be effective. It is the encumbrances placed on the debtor's claim against the creditor that ensure that the creditor will remain liable to the debtor and, in this way, ensure an effective compensation remedy.

[37] Deschamps J. also notes that compensation is not specifically enumerated in s. 224(1.3) *ITA* and that this is important for two reasons. First, she relies on academic authorities who assert that a contractual right to set-off cannot create a

D. Réponses aux motifs de la juge Deschamps

[34] J'estime que la différence entre les résultats auxquels la juge Deschamps et moi arrivons quant à l'issue du pourvoi tient à nos approches respectives. Si je saisis bien son raisonnement, ma collègue met l'accent sur le mécanisme de la compensation pour arriver à la conclusion qu'il ne s'agit pas d'une garantie. J'estime pour ma part qu'il faut prendre en considération tous les éléments pertinents des conventions intervenues entre Camvrac et la Caisse, et non seulement les stipulations permettant à la Caisse de recourir à la compensation. À mon sens, la question n'est pas de savoir si la seule compensation peut être assimilée à une garantie, mais plutôt si les stipulations liant les parties — dont le droit contractuel de la Caisse d'opérer compensation — ont fait naître une « garantie » pour faire en sorte que la compensation puisse effectivement avoir lieu.

[35] Pour la juge Deschamps, le droit d'opérer compensation et celui de réaliser une garantie permettent au créancier d'atteindre un objectif analogue. Elle estime cependant que le créancier qui exerce son droit de compensation ne réalise pas une garantie sur un bien du débiteur, mais éteint simplement des obligations réciproques.

[36] Je conviens avec ma collègue que la compensation emporte l'extinction d'obligations réciproques. Toutefois, de telles obligations doivent exister pour que la compensation offre un véritable recours. Lorsque le débiteur peut à son gré supprimer l'obligation du créancier à son égard (en retirant la somme déposée), le créancier peut bien disposer d'un droit de compensation, mais celui-ci n'est plus susceptible d'exercice. Ce sont les restrictions imposées à l'exercice du droit du débiteur contre le créancier qui font en sorte que le créancier demeure l'obligé du débiteur et que la compensation peut s'opérer.

[37] La juge Deschamps signale par ailleurs que la compensation n'est pas expressément mentionnée au par. 224(1.3) *LIR*, ce qui lui paraît important pour deux raisons. Premièrement, certains auteurs estiment que le droit de compensation d'origine

security interest because the right does not confer on the creditor an interest in the debtor's property. Second, she says that compensation would have to be specifically enumerated in s. 224(1.3) *ITA* because compensation and set-off are not included in the provincial statutes respecting personal property security. Legal compensation is not included in the division relating to hypothecs in the *Civil Code of Québec*. She also says that set-off is excluded from the personal property security legislation of the common law provinces which all include definitions of security interest that are similar to that in s. 224(1.3) *ITA*. In light of the exclusion of contractual compensation and contractual set-off from provincial legislation dealing with security interests over property and the fact that contractual compensation does not confer on the creditor an interest in the debtor's property, its absence from the list of examples of security interests provided in s. 224(1.3) *ITA* is evidence that Parliament did not intend to include contractual compensation or contractual set-off within its definition of "security interest".

[38] With respect to my colleague's reliance on academic authorities who say that a contractual right to set-off does not confer on a creditor an interest in property, I understand these authorities differently than my colleague. Professor Derham explains that a contract containing a right to set-off like the one at issue in this case can also confer on a creditor an interest in a debtor's property: see Derham, at para. 16.82. However, the authors upon whom Deschamps J. relies do not address the precise issue before this Court. For example, R. C. C. Cuming, C. Walsh and R. J. Wood say, in *Personal Property Security Law* (2005):

Set-off, whether contractual or procedural, does not involve a security interest because neither party to the set-off acquires a property interest. [p. 87]

And Professor R. M. Goode says, in *Goode on Legal Problems of Credit and Security* (4th ed. 2008):

The party asserting it [the right of set-off] never acquires rights in the other's monetary claim at all; he merely

contractuelle ne peut créer de garantie parce qu'il ne confère au créancier aucun droit sur un bien du débiteur. Deuxièmement, il faudrait que la compensation figure nommément au par. 224(1.3) *LIR* parce que les lois provinciales sur les sûretés mobilières n'en font pas mention. La compensation légale n'est pas visée par les dispositions du *Code civil du Québec* relatives à l'hypothèque. Ma collègue ajoute que les lois des provinces de common law sur les sûretés mobilières, qui renferment toutes une définition analogue à celle du par. 224(1.3) *LIR*, ne font pas non plus mention de la compensation. Étant donné que la compensation conventionnelle n'est pas mentionnée dans la législation provinciale relative aux garanties visant des biens et qu'elle ne confère pas au créancier un droit sur un bien du débiteur, le fait qu'elle ne figure pas parmi les exemples de garantie énumérés au par. 224(1.3) *LIR* atteste l'intention du législateur fédéral de ne pas l'inclure dans la définition de « garantie ».

[38] En ce qui concerne les auteurs cités par ma collègue et selon lesquels un droit conventionnel de compensation n'a pas pour effet d'accorder au créancier un droit sur un bien du débiteur, j'interprète leurs propos différemment. Le professeur Derham explique qu'un contrat conférant un droit de compensation comme celui considéré en l'espèce peut aussi conférer au créancier un droit sur un bien du débiteur (par. 16.82). Or, la doctrine citée par la juge Deschamps ne porte pas sur la question précise que doit trancher la Cour. Par exemple, R. C. C. Cuming, C. Walsh et R. J. Wood affirment dans *Personal Property Security Law* (2005):

[TRADUCTION] La compensation d'origine contractuelle ou procédurale ne confère pas de sûreté (*security interest*), car aucune des parties n'acquiert de droit sur le bien. [p. 87]

Le professeur R. M. Goode dit pour sa part dans *Goode on Legal Problems of Credit and Security* (4^e éd. 2008) :

[TRADUCTION] La partie qui l'exerce [le droit de compensation] n'acquiert jamais de droit sur la créance de

asserts a countervailing claim which operates in pro tanto extinction of his monetary liability. [para. 1-19]

However, in this case, the Caisse has acquired rights in Camvrac's property by the encumbrances placed on Camvrac's deposit. Those rights ensured that Camvrac's claim against the Caisse for its deposit would continuously exist in order to ensure that the compensation remedy would be effective. The P. Wood quote relied upon by Deschamps J. states:

[With respect to set-off] . . . a depositor does not grant a property right over the depositor's ownership of the deposit claim back to the bank to secure a loan owed by the depositor to the bank.

(*Set-Off and Netting, Derivatives, Clearing Systems* (2nd ed. 2007), at para. 1-008)

Yet, in this case, Camvrac did grant the Caisse a continuous interest in its deposit.

[39] It appears these authors were considering a bare right to contractual set-off such as the standard form deposit agreement I have discussed above. I believe these authors are saying that the remedy of set-off results in no property of the debtor coming in the hands of the creditor as the result of a set-off. All that occurs is the extinguishment of mutual debts. These authors are not addressing the period of time before set-off takes place where, as in this case, the creditor has taken steps to place restrictions on the debtor's property to ensure that the creditor continuously remains liable to the debtor so that the set-off remedy will be effective.

[40] I agree with my colleague that legal compensation does not appear grouped with hypothecs in the *Civil Code of Québec*. However, the issue is not whether compensation is a security interest. The fact that the terms "contractual compensation" or "contractual set-off" do not specifically appear as examples of the defined term "security interest" in s. 224(1.3) *ITA* does not mean that an agreement which provides for compensation, but which also conforms to the statutory definition of a "security interest" in s. 224(1.3) *ITA* is to be exempted

l'autre partie : elle opère simplement compensation jusqu'à l'extinction de l'obligation pécuniaire de l'autre partie. [par. 1-19]

Or, en l'espèce, la Caisse a acquis des droits sur un bien de Camvrac en assujettissant le dépôt à des restrictions. Les droits ainsi obtenus garantissaient l'existence du droit de Camvrac de réclamer à la Caisse le paiement de la somme déposée de telle sorte que la possibilité d'opérer compensation demeure. Ma collègue cite le professeur Wood :

[TRADUCTION] [Concernant la compensation] [. . .] un déposant ne cède pas à la banque le droit au paiement de la somme déposée en garantie d'un prêt qu'elle lui consent.

(*Set-Off and Netting, Derivatives, Clearing Systems* (2^e éd. 2007), par. 1-008)

Pourtant, dans la présente affaire, Camvrac a accordé à la Caisse un droit permanent sur son dépôt.

[39] Ces auteurs paraissent avoir en tête le simple droit conventionnel de compensation non assorti d'une garantie prévu par le contrat type de dépôt dont j'ai fait état précédemment. Ils disent selon moi que le mécanisme de la compensation n'opère aucun transfert de biens du débiteur au créancier. Il y a seulement extinction d'obligations réciproques. Ces auteurs ne se prononcent pas sur la période antérieure à la compensation où, comme en l'espèce, le créancier prend des mesures pour assujettir le bien du débiteur à des restrictions de telle sorte qu'il demeure toujours son obligé et puisse opérer compensation.

[40] Je conviens avec ma collègue que la compensation légale n'est pas regroupée avec les hypothèques dans le *Code civil du Québec*. Or, la question n'est pas de savoir si la compensation constitue une garantie. Le fait que le terme « compensation conventionnelle » ne figure pas expressément parmi les exemples de « garantie » donnés au par. 224(1.3) *LIR* ne signifie pas qu'une convention qui prévoit la compensation et qui satisfait en outre aux exigences d'une « garantie » au sens du par. 224(1.3) *LIR* n'est pas visée par la définition. Il ne s'agit pas

from the purview of this definition. The list is non-exhaustive. Even when the remedial mechanism is compensation, so long as an agreement confers on a creditor an interest in property that secures the payment or performance of an obligation through compensation, the agreement will constitute a “security interest” within the meaning of s. 224(1.3) *ITA*.

[41] Although it is unnecessary for me to decide this point in order to resolve the issues in this appeal, I would respectfully disagree with my colleague that any agreement that provides for contractual set-off is categorically excluded from the personal property security legislation of the common law provinces. In the common law provinces, the approach to personal property security arrangements is functional, rather than formal. For example, s. 3(1) of Alberta’s *Personal Property Security Act*, R.S.A. 2000, c. P-7, states that it applies to

- (a) every transaction that in substance creates a security interest, without regard to its form and without regard to the person who has title to the collateral, and
- (b) without limiting the generality of clause (a), a chattel mortgage, conditional sale, floating charge, pledge, trust indenture, trust receipt, assignment, consignment, lease, trust and transfer of chattel paper where they secure payment or performance of an obligation.

See also the personal property security acts of the other provinces and territories: s. 3(1) in New Brunswick (S.N.B. 1993, c. P-7.1), Prince Edward Island (R.S.P.E.I. 1988, c. P-3.1), Manitoba (C.C.S.M., c. P35) and Saskatchewan (S.S. 1993, c. P-6.2); s. 2(1) in British Columbia (R.S.B.C. 1996, c. 359), Northwest Territories and Nunavut (both S.N.W.T. 1994, c. 8); s. 4(1) in Nova Scotia (S.N.S. 1995-96, c. 13) and Newfoundland and Labrador (S.N.L. 1998, c. P-7.1); s. 2(a) in Ontario (R.S.O. 1990, c. P.10); and s. 2 in Yukon (R.S.Y. 2002, c. 169).

[42] Given the functional approach to personal property security arrangements in these statutes, it is difficult for me to see how any transaction that

d’une énumération exhaustive. Même lorsque le recours prévu est la compensation, dans la mesure où la convention confère au créancier un droit sur un bien pour garantir l’exécution d’une obligation, notamment un paiement, par voie de compensation, elle constitue une « garantie » au sens du par. 224(1.3) *LIR*.

[41] Bien que je n’aie pas à me prononcer sur ce point pour trancher les questions en litige, je ne puis convenir avec ma collègue que toute convention prévoyant la compensation conventionnelle est catégoriquement exclue du champ d’application des lois des provinces de common law sur les sûretés mobilières. Dans ces provinces, le législateur considère l’arrangement relatif à une sûreté mobilière sous l’angle fonctionnel, et non formaliste. Par exemple, la *Personal Property Security Act*, R.S.A. 2000, ch. P-7, de l’Alberta précise au par. 3(1) qu’elle s’applique :

[TRADUCTION]

- a) à l’opération qui, quels que soient sa forme et le propriétaire du bien grevé, constitue dans son essence une sûreté, notamment :
- b) une hypothèque mobilière, une vente conditionnelle, une charge flottante, un gage, un acte de fiducie, une quittance de fiducie, une cession, une consignation, un bail, une fiducie ou la cession d’un acte mobilier qui garantit l’exécution d’une obligation, notamment un paiement.

Voir aussi les lois sur les sûretés mobilières des autres provinces et des territoires (Nouveau-Brunswick (L.N.-B. 1993, ch. P-7.1), Île-du-Prince-Édouard (R.S.P.E.I. 1988, ch. P-3.1), Manitoba (C.P.L.M., ch. P35) et Saskatchewan (S.S. 1993, ch. P-6.2) : par. 3(1); Colombie-Britannique (R.S.B.C. 1996, ch. 359), Territoires du Nord-Ouest et Nunavut (L.T.N.-O. 1994, ch. 8) : par. 2(1); Nouvelle-Écosse (S.N.S. 1995-96, ch. 13) et Terre-Neuve-et-Labrador (S.N.L. 1998, ch. P-7.1) : par. 4(1); Ontario (L.R.O. 1990, ch. P.10) : al. 2a); et Yukon (L.R.Y. 2002, ch. 169) : art. 2).

[42] Étant donné l’approche fonctionnelle qui sous-tend ces lois, il m’est difficile de concevoir qu’une opération conférant au créancier un droit sur

confers an interest on a creditor in a debtor's property to secure an obligation could be categorically excluded unless that type of transaction has been defined and expressly excluded by the legislation itself. To my knowledge, an agreement that provides for security together with a right of set-off to realize on that security is not expressly excluded in any of the common law provincial personal property security statutes. What is required by the common law provincial personal property security statutes is a decision about whether a particular contract or agreement in a given case functions as a security interest.

[43] Deschamps J. says the Caisse did not rely on its hypothec. She says the mere obligation of Camvrac to maintain its deposit and the Caisse's right to withhold repayment of the deposit do not create the real right necessary for a "security interest". She distinguishes between "*droit de rétention*", which she says only applies to corporeal property and which has some of the attributes of a real right and a "*droit de retenue*", which applies to retention of amounts of money and which has no attributes of a real right and corresponds to compensation.

[44] At both civil and common law, a claim, like a deposit, may be charged with a real right or become the subject of a creditor's interest in property. For example, accounts receivable are often assigned to lending institutions as security for loans. Indeed, a deposit in a bank or caisse is an account receivable in favour of the customer. In the case of term deposits, in the absence of restrictions imposed by the lending institution, a term deposit may be assigned just like other receivables. An assignee has an interest in or a real right over the account receivable, that is an encumbrance on the claim of the creditor to the proceeds of the receivables whether from debtor customers or from a debtor bank or caisse.

[45] In s. 224(1.3) *ITA*, the word "interest" in English is rendered as "*droit*" or right in French. As Marc Cuerrier notes in "The Harmonization of Federal Tax Legislation" (section 2.3), booklet 7 published in *The Harmonization of Federal Legislation with the Civil Law of the Province of Quebec and Canadian Bijuralism* (2001), this terminological

le bien du débiteur pour garantir l'exécution d'une obligation puisse être catégoriquement exclue, sauf lorsque la loi en cause la définit et l'exclut expressément. Pour autant que je sache, aucune des lois sur les sûretés mobilières des ressorts de common law n'exclut expressément la convention qui prévoit à la fois une garantie et un droit de compensation pour réaliser cette garantie. Pour leur application, il faut déterminer si le contrat ou la convention a l'effet d'une garantie.

[43] La juge Deschamps affirme que la Caisse ne s'est pas prévalu de son hypothèque. Pour ma collègue, la seule obligation de Camvrac de laisser la somme en dépôt et le droit de la Caisse de la retenir ne font pas naître le droit réel requis pour qu'il y ait « garantie ». Elle fait une distinction entre « droit de rétention », qui ne s'appliquerait qu'aux biens corporels et aurait certains des attributs du droit réel, et « droit de retenue », qui ne viserait que la somme d'argent, n'aurait aucun des attributs du droit réel et correspondrait à la compensation.

[44] En droit civil et en common law, une créance, tel un dépôt, peut être grevée d'un droit réel ou faire l'objet d'un droit d'un créancier sur le bien. Par exemple, les comptes créditeurs sont souvent cédés aux établissements de crédit pour garantir des prêts. Effectivement, une somme déposée à la banque ou à la caisse constitue un compte créateur pour le client. Dans le cas d'un dépôt à terme, à défaut de restrictions imposées par l'établissement de crédit, la somme peut être cédée comme tout autre compte créateur. Le cessionnaire a sur le compte créateur un intérêt ou un droit réel qui greève le droit du créancier au paiement du compte créateur par les clients ou l'institution financière du débiteur.

[45] Au paragraphe 224(1.3) *LIR*, le mot « droit » est rendu en anglais par « *interest* ». Comme le fait observer Marc Cuerrier dans « L'harmonisation de la législation fiscale fédérale » (section 2.3), fascicule 7 publié dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien* (2001), cette

difference in the English and French reflects differences in the two major legal systems of Canada. While in the common law it is possible to speak independently of both rights and interests in property, only rights are recognized in the civil law. As Martin Lamoureux notes in his article “The Income Tax Act, the Excise Tax Act and the Term Interest: An Interesting Case for Harmonization” published in *The Harmonization of Federal Legislation with Quebec Civil Law and Canadian Bijuralism — Collection of Studies in Tax Law 2001* (2002), 7.1, the term “*droit*” in civil law corresponds most to the term “interest” in common law.

[46] In this case, the issue is not whether the Caisse’s interest in or right over Camvrac’s property is one that conforms with the property security legislation of the provinces. This is because the deemed trust created by s. 227(4.1) *ITA* and s. 86(2.1) *EIA*, which incorporate by reference the definition of “security interest” in s. 224(1.3) *ITA*, applies “[n]otwithstanding . . . any enactment of a province” (see also *DaimlerChrysler Financial Services (debis) Canada Inc. v. Mega Pets Ltd.*, 2002 BCCA 242, 212 D.L.R. (4th) 41, at para. 31). However, it is of note that the agreements between the Caisse and Camvrac did conform to the requirements for a movable hypothec with delivery established by this Court in *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant v. Blouin*, 2003 SCC 31, [2003] 1 S.C.R. 666, so as to constitute a real right under the *Civil Code of Québec*.

[47] In the *Civil Code of Québec*, a hypothec is defined as a real right (art. 2660 *C.C.Q.*). As my colleague notes, a claim, like an account receivable, can be hypothecated with or without delivery (art. 2710 *C.C.Q.*). In *Val-Brillant*, Gonthier J., for the majority, considered what was necessary for a movable hypothec with delivery over a non-negotiable claim, like the one at issue in this case. He held at para. 28 that:

A movable hypothec with delivery on a non-negotiable claim is therefore validly granted and

différence d’ordre terminologique entre les versions française et anglaise reflète les différences entre les deux grandes traditions juridiques au Canada. Alors qu’en common law, un bien fait l’objet d’un « droit » ou d’un « intérêt », dans la tradition civiliste, il fait l’objet d’un « droit ». Martin Lamoureux signale dans son article intitulé « Rapport sur l’harmonisation du terme “Interest” », publié dans *L’harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien — Recueil d’études en fiscalité 2001* (2002), 7.1, que le mot « *interest* » employé en anglais en common law correspond le plus souvent au mot « droit » employé en français en droit civil.

[46] En l’espèce, la question n’est pas de savoir si le droit de la Caisse sur le bien de Camvrac satisfait ou non aux exigences des lois provinciales sur les sûretés mobilières. Il en est ainsi parce que la fiducie réputée établie aux par. 227(4.1) *LIR* et 86(2.1) *LAE*, qui incorporent par renvoi la définition de « garantie » figurant au par. 224(1.3) *LIR*, s’applique « [m]algré [. . .] tout autre texte législatif [. . .] provincial » (voir également l’arrêt *DaimlerChrysler Financial Services (debis) Canada Inc. c. Mega Pets Ltd.*, 2002 BCCA 242, 212 D.L.R. (4th) 41, par. 31). Signalons cependant que les conventions signées par la Caisse et Camvrac satisfaisaient aux conditions auxquelles une hypothèque mobilière avec dépossession peut, selon la Cour, constituer un droit réel au regard du *Code civil du Québec* (*Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, 2003 CSC 31, [2003] 1 R.C.S. 666).

[47] Le *Code civil du Québec* définit l’hypothèque comme un droit réel (art. 2660 *C.c.Q.*). Ma collègue fait remarquer qu’une créance — tel un compte créditeur — peut être hypothéquée avec ou sans dépossession (art. 2710 *C.c.Q.*). Dans l’arrêt *Val-Brillant*, l’auteur des motifs majoritaires, le juge Gonthier, s’est penché sur les conditions auxquelles une créance non négociable comme celle considérée en l’espèce pouvait être grevée d’une hypothèque mobilière avec dépossession. Voici ce qu’il a conclu au par. 28 :

Ainsi, une hypothèque mobilière avec dépossession portant sur une créance non négociable est valablement

published [per arts. 2702 and 2703 C.C.Q.] where (i) the debtor has transferred effective control of the claim to the creditor by giving the creditor the right to collect directly in the event of default, without further authorization by the debtor; (ii) where the claim is evidenced by a non-negotiable title which it is possible to hand over, such title has been handed over to the creditor; and (iii) the necessary steps have been taken so that the hypothec may be set up against the debtor of the claim in accordance with art. 1641 C.C.Q.

[48] In this case, the agreements between the Caisse and Camvrac met these criteria. First, the Caisse had effective control over Camvrac's claim. The five-year term and the conditions in the "Security Given Through Savings" agreement ensured that the Caisse had effective control over Camvrac's deposit and that, in the event of default, the Caisse could effect compensation between the line of credit and Camvrac's deposit without further authorization from Camvrac. Second, it is not clear on the record whether a certificate of deposit was or was not issued in this case. Both clause 2 of the "Security Given Through Savings" agreement and the fact that the Caisse noted on its copy of the "Term Savings Agreement" that it had been [TRANSLATION] "To be closed on 21/2/2001 to realize on security" suggest that, if a certificate of deposit was issued, it was held by the Caisse. However, nothing turns on whether Camvrac's term deposit was evidenced by a certificate of deposit. Gonthier J.'s second criteria for a movable hypothec with delivery over a non-negotiable claim only applies where a non-negotiable title exists. Where it does not, the second criteria is not applicable. Third, a movable hypothec with delivery is set up against the account debtor and all other claimants by taking the necessary steps under art. 1641 C.C.Q. Under art. 1641 C.C.Q., the assignment may be set up against the account debtor and other claimants as soon as the account debtor has acquiesced in it. In this case, in respect of Camvrac's deposit, the Caisse is the account debtor as well as the assignee. Obviously, the Caisse as account debtor acquiesced in the assignment of its debt to itself as assignee. In my view, because the agreements between the Caisse and Camvrac met the criteria of a movable hypothec with delivery on a non-negotiable claim and because a hypothec is defined as a real right

constituée et publiée lorsque (i) le débiteur a cédé au créancier la maîtrise effective de la créance en lui consentant le droit de la percevoir directement en cas de défaut, sans autorisation supplémentaire de sa part; (ii) lorsqu'un titre non négociable constate la créance et que sa remise est possible, ce titre a été remis au créancier; et (iii) l'hypothèque a été rendue opposable au débiteur de la créance en conformité avec l'art. 1641 C.c.Q.

[48] Dans la présente affaire, les conventions intervenues entre les parties satisfaisaient à ces conditions. Premièrement, la Caisse avait la maîtrise effective de la créance de Camvrac. Le terme de cinq ans et les conditions de la convention de mise en garantie d'épargne lui assuraient la maîtrise effective du dépôt de Camvrac et lui permettait, en cas de défaut, d'opérer compensation entre l'ouverture de crédit et le dépôt sans autorisation supplémentaire de Camvrac. Deuxièmement, le dossier n'indique pas clairement si un certificat de dépôt a été délivré ou non en l'espèce. La deuxième clause de la convention de mise en garantie d'épargne et l'inscription par la Caisse sur son exemplaire de la convention d'épargne à terme de la mention « Fermer le 21/2/2001 pour réalisation de garantie » donnent à penser que si un certificat de dépôt a été délivré, la Caisse l'a conservé. Or, la question de savoir si le dépôt à terme est constaté ou non par un certificat n'a pas d'importance en l'espèce. Le deuxième critère énoncé par le juge Gonthier pour qu'une hypothèque mobilière avec dépossession puisse grever une créance non négociable ne vaut que lorsque le titre non négociable existe, sinon il est inapplicable. Troisièmement, une hypothèque mobilière avec dépossession est rendue opposable au débiteur du compte et aux autres créanciers conformément à l'art. 1641 C.c.Q., lequel prévoit que la cession est opposable au débiteur du compte et aux autres créanciers dès que le premier y a acquiescé. En ce qui concerne le dépôt de Camvrac, la Caisse est à la fois débiteur du compte et cessionnaire. À titre de débiteur du compte, la Caisse a manifestement acquiescé à la cession de sa dette à elle-même à titre de cessionnaire. À mon avis, puisque les conventions liant la Caisse et Camvrac respectaient les critères applicables à l'hypothèque mobilière avec dépossession grevant une créance

in the *Civil Code of Québec*, the Caisse must have held a real right over Camvrac's property.

[49] As my colleague notes at para. 129, art. 2702 *C.C.Q.* has been amended and these amendments have come into force since this case was heard. It is not necessary to embark upon an interpretation of these amendments. However, what they point out is that, should provincial law form the basis for defining a "security interest" under s. 224(1.3) *ITA*, the scope of the deemed trust created by s. 227(4.1) *ITA* and s. 86(2.1) *EIA* could change from time to time with changes to provincial property security law. In my view, this result is not contemplated by the words of ss. 224(1.3) and 227(4.1) *ITA*, and s. 86(2.1) *EIA*.

[50] Deschamps J. says that Camvrac's obligation to maintain the deposit and the Caisse's right to withhold repayment "were of residual application" only (para. 120). During the term of the deposit, the Caisse was not required to return the deposit until the term had expired.

[51] Even if the obligation to maintain and the right to retain are residual and apply only after the five-year term of the deposit has expired, they are nonetheless encumbrances that could affect Camvrac's use of its property. Indeed, as Deschamps J. says, they are mechanisms provided "to ensure that legal or conventional compensation could be effected" (para. 120). That is precisely the point. The agreements entered into by Camvrac and the Caisse created rights and obligations, including the Caisse's right of retention and Camvrac's obligation to maintain the deposit, to ensure that the Caisse would remain liable to Camvrac if the Caisse had to resort to compensation as a remedy.

[52] Finally, Deschamps J. says that the Caisse's right of retention of Camvrac's \$200,000 deposit does not confer on the Caisse a real right to Camvrac's term deposit. She says at para. 121:

The most important thing to bear in mind is that none of the clauses . . . created a real right or [a] security

non négociable et que l'hypothèque est considérée comme un droit réel dans le *Code civil du Québec*, la Caisse doit avoir été titulaire d'un droit réel sur le bien de Camvrac.

[49] Comme le relève ma collègue au par. 129 de ses motifs, l'art. 2702 *C.c.Q.* a été modifié, et son nouveau libellé est entré en vigueur après l'audience. Point n'est besoin d'interpréter cette modification. Toutefois, elle me permet de rappeler que si la portée de la « garantie » définie au par. 224(1.3) *LIR* devait être déterminée en fonction du droit provincial, l'étendue de la fiducie réputée établie aux par. 227(4.1) *LIR* et 86(2.1) *LAE* varierait au gré des modifications apportées à la législation provinciale sur les sûretés. À mon sens, telle n'est pas l'intention qui ressort du texte des par. 224(1.3) et 227(4.1) *LIR* et du par. 86(2.1) *LAE*.

[50] La juge Deschamps estime que l'obligation de Camvrac de laisser la somme en dépôt et le droit de la Caisse de la retenir « [ne sont que des mécanismes] d'application résiduelle » (par. 120). Pendant la durée du dépôt, avant l'expiration du terme, la Caisse n'avait pas à payer la somme.

[51] Même si l'obligation de laisser la somme en dépôt et le droit de la retenir revêtent un caractère « résiduel » et ne valent qu'à l'expiration du terme de cinq ans, ils constituent néanmoins des restrictions susceptibles de modifier l'utilisation de son bien par Camvrac. En effet, comme l'affirme la juge Deschamps, ce sont des mécanismes prévus pour « assurer l'efficacité de la compensation légale ou conventionnelle » (par. 120). Tel est précisément mon propos. Les conventions conclues par Camvrac et la Caisse ont créé des droits et des obligations, dont le droit de retenue de la Caisse et l'obligation de Camvrac de laisser la somme en dépôt, afin que la Caisse demeure l'obligée de Camvrac pour pouvoir recourir à la compensation au besoin.

[52] Enfin, la juge Deschamps opine que le droit de la Caisse de retenir la somme de 200 000 \$ déposée par Camvrac ne lui confère pas de droit réel sur le dépôt à terme. Voici ce qu'elle dit au par. 121 :

L'élément le plus important à signaler est qu'aucune des clauses [. . .] ne crée de droit réel ou de [. . .] *security*

interest A term is a deadline for repayment. The right to deduct is simply the right of a creditor not to perform an obligation to pay as long as a debt is owed to him or her. It is, in a way, an extension granted for repayment. As for the obligation to maintain, it is clearly an undertaking by one person to another to perform an obligation. The limit on the right to transfer, hypothecate or negotiate constitutes an obligation “not to do”.

[53] She further says, at para. 124, that my approach may conflict with how negative pledges are treated under the functional approach to personal property security in the common law provinces. She quotes Professors Cuming, Walsh and Wood who say, at p. 86:

A “negative pledge” clause or negative covenant in a loan agreement under which the borrower covenants not to encumber or dispose of some or all of her personal property until the loan is repaid does not create a security interest since, standing alone, the covenant does not create an interest in the property of the borrower. A negative pledge clause in a security agreement cannot prevent the covenantor from giving another effective security interest in the collateral. [Emphasis added.]

[54] I believe her paras. 121 and 124 highlight the difference between us. I would agree with my colleague that no security interest has been created if a contractual right to compensation only means that, should the debtor default, the creditor may retain amounts owed to the debtor, if any. I would also agree that a negative pledge “standing alone” does not “prevent the covenantor from giving another effective security interest in collateral”.

[55] However, much more was occurring here. From the outset, the Caisse required that Camvrac make a term deposit subject to encumbrances in order to ensure that the Caisse would remain liable to Camvrac, in the event that the Caisse had to resort to the remedy of compensation as a result of default. The right of retention, the obligation to maintain and Camvrac’s pledge not to hypothecate

interest [. . .] Le terme est un délai établi pour le remboursement. Le droit de retenue est simplement le droit d’un créancier de ne pas exécuter son obligation de payer tant qu’une dette lui est due. Il s’agit, en quelque sorte, d’un délai additionnel accordé pour le paiement. Quant à l’obligation de maintenir, il s’agit clairement de l’engagement d’une personne envers une autre à exécuter une obligation. La limite au droit de céder, d’hypothéquer ou de négocier constitue une obligation de ne pas faire.

[53] Elle ajoute au par. 124 que mon approche pourrait aller à l’encontre de la manière dont on considère la sûreté négative (en anglais, « *negative pledge* ») suivant l’interprétation fonctionnelle des sûretés mobilières qui a cours dans les provinces de common law. Elle cite à l’appui les professeurs Cuming, Walsh et Wood (p. 86) :

[TRADUCTION] Dans un contrat de prêt, la clause de « sûreté négative » ou l’engagement de ne pas faire par lequel l’emprunteur s’engage à ne pas grever ses biens mobiliers d’une charge ni les aliéner, en totalité ou en partie, avant le remboursement du prêt, ne fait pas naître de sûreté puisque, à lui seul, l’engagement ne confère pas de droit sur le bien de l’emprunteur. Dans une convention conférant une sûreté, une clause de sûreté négative ne peut empêcher l’auteur de l’engagement de consentir à un tiers une sûreté opposable sur un bien. [Je souligne.]

[54] Les paragraphes 121 et 124 de ses motifs mettent notre désaccord en évidence. Je conviens volontiers avec ma collègue qu’aucune garantie (ou *security interest*) n’a été établie si le droit conventionnel de compensation fait seulement en sorte qu’en cas de défaut de la part du débiteur, le créancier peut conserver les sommes dues au débiteur, s’il en est. Je conviens aussi qu’« à elle seule », une sûreté négative ne saurait « empêcher l’auteur de l’engagement de consentir à un tiers une sûreté opposable sur un bien ».

[55] Or, le droit conféré en l’espèce est bien plus large. Dès le départ, la Caisse a exigé de Camvrac qu’elle effectue un dépôt à terme soumis à des restrictions de façon que la Caisse demeure l’obligée de Camvrac pour le cas où elle devrait recourir à la compensation par suite d’un défaut. Le droit de retenue, l’obligation de maintien du dépôt et l’engagement de Camvrac à ne pas hypothéquer ou

or use its term deposit as security in favour of anyone besides the Caisse were three of a series of encumbrances that created the Caisse's interest in or right over Camvrac's property to ensure that compensation would be an effective remedy.

E. *To Which of the Unremitted Source Deductions Did the Deemed Trust Apply?*

[56] Having concluded that the agreements between the Caisse and Camvrac created a "security interest" within the meaning of s. 224(1.3) *ITA*, it is now necessary to determine whether the deemed trust covered all unremitted source deductions that the Crown sought from the Caisse.

[57] On the facts of this case, some of the unremitted employment insurance premiums and income tax deducted was owed by Camvrac to the Crown before Camvrac entered into the "Term Savings Agreement" with the Caisse. There is some question, then, in this case, whether the deemed trust provisions in s. 227(4.1) *ITA* and s. 86(2.1) *EIA* can confer beneficial ownership on the Crown over Camvrac's after-acquired property (i.e. the term deposit).

[58] A second issue is at what point the Caisse realized on its security in the term deposit by effecting compensation. The Caisse says that the relevant date was the date of default, November 25, 2000. The Crown says that the relevant date was February 21, 2001. Under s. 227(4.1) *ITA* and s. 86(2.1) *EIA*, Camvrac's property is impressed with the Crown's deemed trust from the time income tax and employment insurance premiums were deducted at source by Camvrac. The date at which the Caisse effected compensation is important because unremitted employment insurance premiums and income tax were deducted by Camvrac until the end of January 2001. If the Caisse is correct, as of November 25, 2000 the Crown would have no entitlement to the proceeds of the term deposit for source deductions that were deducted after November 25, 2000 since the term deposit would no longer have been the property of Camvrac once compensation had been effected and could not be subject to the deemed trust created by s. 227(4.1) *ITA* and s. 86(2.1) *EIA*.

donner en garantie le dépôt à terme en faveur d'une autre personne que la Caisse constituaient trois des restrictions ayant fait naître le droit de la Caisse sur le bien de Camvrac afin que la compensation demeure opposable.

E. *Quelles déductions à la source non versées à l'État sont assujetties à la fiducie réputée?*

[56] Puisque j'ai conclu que les conventions intervenues entre la Caisse et Camvrac ont établi une « garantie » au sens du par. 224(1.3) *LIR*, il me faut maintenant déterminer si la fiducie réputée s'applique à toutes les retenues à la source dont Sa Majesté réclame à la Caisse le versement.

[57] En l'espèce, avant de conclure la convention d'épargne à terme avec la Caisse, Camvrac devait déjà à Sa Majesté une partie des cotisations d'assurance-emploi et de l'impôt sur le revenu déduits à la source. On peut donc se demander si les par. 227(4.1) *LIR* et 86(2.1) *LAE*, établissant la fiducie réputée, peuvent conférer à Sa Majesté un droit sur un bien acquis subséquemment par Camvrac (le dépôt à terme).

[58] Se pose également la question de savoir à quel moment la Caisse a réalisé, en opérant compensation, la garantie que constituait le dépôt à terme. La Caisse prétend que c'est le jour du défaut, le 25 novembre 2000, et Sa Majesté, le 21 février 2001. Les paragraphes 227(4.1) *LIR* et 86(2.1) *LAE* disposent que les biens de Camvrac tombent sous le coup de la fiducie réputée de Sa Majesté dès la déduction à la source de l'impôt sur le revenu et des cotisations d'assurance-emploi par Camvrac. La date à laquelle la Caisse a opéré compensation importe, car jusqu'à la fin de janvier 2001, Camvrac a déduit à la source des cotisations d'assurance-emploi et de l'impôt sur le revenu qui n'ont pas été versés à Sa Majesté. Si on retient la thèse de la Caisse, Sa Majesté n'a aucun droit sur le dépôt à terme pour les retenues à la source effectuées après le 25 novembre 2000, puisque le dépôt à terme n'appartenait plus à Camvrac une fois effectuée la compensation et ne pouvait donc pas être assujéti à la fiducie réputée établie par les par. 227(4.1) *LIR* et 86(2.1) *LAE*. Si

If the Crown is correct, then the proceeds would be subject to the deemed trust for the full amount of the unremitted source deductions to February 21, 2001 (as the date when compensation was effected by the Caisse).

[59] With respect to whether the deemed trust provisions apply to after-acquired property, this Court interpreted s. 227(4.1) *ITA* broadly in *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720, as applying to both property in the hands of the tax debtor and after-acquired property. In *First Vancouver*, Iacobucci J. held for the Court, at para. 38, that

based on the plain language of ss. 227(4) and 227(4.1) as supported by the purpose of the provisions and intentions of Parliament, the deemed trust created by these sections encompasses property which comes into the hands of the tax debtor after the trust arises.

The trust created by s. 227(4.1) *ITA* and s. 86(2.1) *EIA* is deemed to be in effect “at any time”. It does not matter that the term deposit became the property of Camvrac only after some of the employment insurance premiums and income tax deductions went unremitted since the deemed trust “encompasses property which comes into the hands of the tax debtor after the trust arises”. The proceeds of Camvrac’s term deposit are therefore available to the Crown to discharge all of the outstanding employment insurance premiums and income tax deducted at source by Camvrac, whether the unremitted deductions occurred before or after Camvrac entered into the “Term Savings Agreement” and until the date that the Caisse realized on its security.

[60] As to the date on which the Caisse exercised its right to compensation, I agree with the Crown for two reasons. First, February 21, 2001 is the date on which the Caisse itself noted on its copy of the “Term Savings Agreement”: [TRANSLATION] “To be closed on 21/2/2001 to realize on security.” This is evidence that the Caisse believed that compensation was effected on that date and not earlier. Second, the Caisse, according to its account records, continued to charge interest on the line of

on donne raison à Sa Majesté, le dépôt est assujéti à la fiducie réputée quant au total des retenues à la source non versées en date du 21 février 2001 (date à laquelle la Caisse a opéré compensation).

[59] Dans l’arrêt *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720, appelée à déterminer si la fiducie réputée englobait un bien acquis subséquentement, notre Cour a interprété largement le par. 227(4.1) *LIR*, concluant qu’elle visait à la fois les biens se trouvant en la possession du débiteur fiscal et ceux acquis postérieurement. Le juge Iacobucci a statué au nom de la Cour (par. 38) :

. . . vu le libellé clair des par. 227(4) et (4.1), appuyé par leur objectif et par l’intention du législateur, la fiducie réputée qu’ils créent englobe les biens qui se retrouvent en la possession du débiteur fiscal à compter de sa matérialisation.

La fiducie créée aux par. 227(4.1) *LIR* et 86(2.1) *LAE* est réputée exister « [dès le] non-versement ». Il est sans importance que le dépôt à terme ne soit devenu la propriété de Camvrac qu’après la déduction à la source d’une partie des sommes non versées puisque la fiducie réputée « englobe les biens qui se retrouvent en la possession du débiteur fiscal à compter de sa matérialisation ». Le dépôt à terme pouvait donc être affecté au paiement de la totalité des cotisations d’assurance-emploi et de l’impôt sur le revenu déduits à la source et non versés par Camvrac avant ou après la signature de la convention d’épargne à terme par Camvrac, jusqu’à la réalisation de sa garantie par la Caisse.

[60] Pour ce qui est de la date à laquelle la Caisse a exercé son droit de compensation, je retiens la thèse de Sa Majesté pour deux raisons. Premièrement, le 21 février 2001, la Caisse a elle-même inscrit sur son exemplaire de la convention d’épargne à terme la mention « Fermer le 21/2/2001 pour réalisation de garantie », ce qui montre qu’elle croyait que la compensation avait lieu à ce moment et pas avant. Deuxièmement, il appert des relevés de compte que malgré le défaut de Camvrac survenu

credit until January 31, 2001 despite the fact that Camvrac had defaulted on November 25, 2000 by failing to make its interest payment to the Caisse due on that date. The “Security Given Through Savings” agreement stated that:

7. DEFAULT

. . . .

The consequences of a default are for the exclusive benefit of the Caisse and the latter may waive them expressly. The Caisse may, among others, without any prejudice to its rights, wait for the maturity date of the certificate(s) of deposit before exercising its rights as provided for in paragraphs (b) and (c) above.

8. RESERVE OF RECOURSES

. . . Furthermore, failure by the Caisse to avail itself of any of its rights in case of default shall not be interpreted as a waiver of such rights.

[61] These terms acknowledged that the Caisse had a discretion as to the timing of when compensation would be effected. The Caisse was entitled, as it did here, not to effect compensation immediately upon default, but instead could choose to allow the line of credit to remain open. This is what the Caisse did. It did not effect compensation until February 21, 2001. The Caisse is liable to pay to the Crown the amounts for employment insurance premiums and income tax deducted at source by Camvrac up to, and including, any deductions not remitted as of February 21, 2001.

F. Interest Calculation

[62] This issue may be disposed of quickly. The Caisse says that if it is liable to the Crown, the law of Quebec with respect to pre-judgment interest rather than ss. 36(2) and 37(2) of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, applies. I cannot agree with the Caisse. *Markevich v. Canada*, 2003 SCC 9, [2003] 1 S.C.R. 94, is dispositive of the issue. Indebtedness under the *ITA* and *EIA* gives rise to a cause of action outside of a particular province and so the rules respecting pre-judgment interest in ss. 36(2) and 37(2) of the *Federal Courts Act* apply: see *Markevich*, at paras. 39-40. The cause of action

le 25 novembre 2000 par suite du non-paiement des intérêts alors exigibles, la Caisse a continué de comptabiliser l'intérêt exigible sur l'ouverture de crédit jusqu'au 31 janvier 2001. La convention de mise en garantie d'épargne stipulait d'ailleurs :

7. DÉFAUT

. . . .

Les conséquences d'un défaut sont au bénéfice exclusif de la caisse et celle-ci peut y renoncer expressément. Elle peut notamment, sans préjudice de ses droits, attendre l'échéance du ou des certificats de dépôt avant d'exercer les droits prévus aux paragraphes b) et c) ci-dessus.

8. RÉSERVE DE RECOURS

. . . En outre, le fait que la caisse ne se prévale pas de ses droits en cas de défaut ne doit pas être interprété comme une renonciation à ceux-ci.

[61] Il ressort de ces stipulations que la Caisse pouvait décider du moment où s'opérerait la compensation. Elle pouvait — comme elle l'a fait — ne pas se prévaloir de son droit de compensation le jour du défaut et ne pas bloquer l'accès au crédit. Elle n'a exercé son droit de compensation que le 21 février 2001. La Caisse doit verser à Sa Majesté le montant des cotisations d'assurance-emploi et de l'impôt sur le revenu retenus à la source mais non versés par Camvrac en date du 21 février 2001.

F. Calcul de l'intérêt

[62] La question est assez simple à résoudre. La Caisse prétend que si elle est tenue de verser les sommes en cause à Sa Majesté, c'est le droit du Québec, et non les par. 36(2) et 37(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, qui régit l'intérêt avant jugement. Je ne puis en convenir. L'arrêt *Markevich c. Canada*, 2003 CSC 9, [2003] 1 R.C.S. 94, est clair sur ce point. La dette contractée en application de la *LIR* et de la *LAE* donne lieu à un fait générateur survenu ailleurs que dans une province, de sorte que les règles applicables à l'intérêt avant jugement sont les par. 36(2) et 37(2) de

was that of the Crown against the Caisse for unremitted source deductions pursuant to its deemed trust which arose because the Caisse appropriated funds belonging to Camvrac which were impressed with the Crown's deemed trust.

IV. Conclusion

[63] For these reasons, I find that the terms of the "Term Savings Agreement" and the "Security Given Through Savings" agreement between the Caisse and Camvrac created a "security interest" within the meaning of s. 224(1.3) *ITA*. The Caisse was liable to the Crown for the unremitted employment insurance premiums and income tax deducted at source by Camvrac up to and including February 21, 2001. Interest is calculated in accordance with ss. 36(2) and 37(2) of the *Federal Courts Act* from February 21, 2001, when the Caisse effected compensation, to the date of payment.

[64] The appeal should be dismissed with costs in this Court only.

English version of the reasons of LeBel and Deschamps JJ. delivered by

[65] DESCHAMPS J. (dissenting) — The Court is once again being asked to consider the scope of the rights resulting from the deemed trust created by Parliament to ensure that employers remit income tax and employment insurance premiums deducted from their employees' salaries to the Receiver General for Canada. For the reasons that follow, I find that compensation is not a "security interest" within the meaning of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) ("*ITA*"), and the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 ("*EIA*"), and that the appellant's contractual right may be set up against the respondent because the respondent cannot have more rights than the employer itself had. I would accordingly allow the appeal and remand the case to the trial judge to establish the amount of the deductions that had not been remitted at the time the compensation agreement was signed.

la *Loi sur les Cours fédérales* : voir *Markevich*, par. 39-40. Le fait générateur est celui de Sa Majesté contre la Caisse pour les retenues à la source non versées, il est fondé sur sa fiducie réputée et il a résulté du prélèvement par la Caisse de fonds appartenant à Camvrac qui tombaient sous le coup de la fiducie réputée de l'État.

IV. Conclusion

[63] En conséquence, je conclus que le libellé de la convention d'épargne à terme et de la convention de mise en garantie d'épargne intervenues entre la Caisse et Camvrac a créé une « garantie » au sens du par. 224(1.3) *LIR*. La Caisse devait payer à Sa Majesté les cotisations d'assurance-emploi et l'impôt sur le revenu retenus à la source, mais non versés par Camvrac, jusqu'au 21 février 2001. L'intérêt est calculé conformément aux par. 36(2) et 37(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* du 21 février 2001, date à laquelle la Caisse a opéré compensation, jusqu'à la date du paiement.

[64] Le pourvoi est rejeté avec dépens devant notre Cour seulement.

Les motifs des juges LeBel et Deschamps ont été rendus par

[65] LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) — Une fois de plus, la Cour est appelée à évaluer l'étendue des droits que confère la fiducie réputée, mesure créée par le Parlement pour assurer la remise au Receveur général du Canada des retenues faites par les employeurs sur les salaires de leurs employés au titre de l'impôt sur le revenu et des cotisations à l'assurance-emploi. Pour les motifs qui suivent, j'estime que la compensation ne constitue pas une garantie au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) (« *LIR* »), et de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23 (« *LAE* »), et que le droit contractuel dont bénéficie l'appelante est opposable à l'intimée, puisque cette dernière ne saurait posséder plus de droits que l'employeur n'en avait lui-même. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir l'appel et de renvoyer le dossier au juge de première instance pour qu'il établisse le montant des retenues non remises au moment de la conclusion de la convention de compensation.

1. Issues

[66] The main issue in this appeal concerns the effect of the deemed trust provided for in the *ITA* and the *EIA* on assets subject to compensation under an agreement between the Caisse populaire Desjardins de Bon Conseil, to whose rights the appellant (“Caisse”) has succeeded, and the employer, Camvrac Enterprises Inc. (“Camvrac”). The Caisse raises an additional issue related to the calculation of interest. It submits that as a result of ss. 36(1) and 37(1) of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, interest should have been calculated in accordance with the rule that applies in Quebec. The respondent contends that ss. 36(2) and 37(2) of that Act apply instead, because the cause of action arose outside Quebec. I will discuss the issue relating to the deemed trust first before turning to the interest issue.

2. Facts

[67] Between May 2000 and January 2001, Camvrac, an employer doing business in Quebec, failed to remit \$26,863.53 in income tax and employment insurance premiums deducted from its employees’ salaries to the Receiver General for Canada. Nothing in the evidence specifies the amount owed by Camvrac as of September 25, 2000, but according to the Federal Court prothonotary who heard the matter at trial, the unremitted deductions totalled \$5,558.72 in October 2000.

[68] On September 18, 2000, the Caisse and Camvrac signed a variable credit contract under which the Caisse extended \$277,000 in credit to Camvrac. A few days later, on September 25, 2000, two additional agreements were signed: a term savings agreement under which Camvrac deposited \$200,000 in the Caisse for a term expiring on October 16, 2005, and an agreement to give savings as security for the repayment of any amount owed to the Caisse, in which Camvrac granted the Caisse a “right to withholding and compensation” and a hypothec. Only the right to compensation is in issue in this appeal: neither the hypothec nor the

1. Questions en litige

[66] La principale question que soulève le présent pourvoi concerne l’effet de la fiducie réputée prévue par la *LIR* et la *LAE* sur des biens sujets à compensation en vertu d’une convention conclue entre la Caisse populaire Desjardins du Bon Conseil aux droits de laquelle est l’appelante (« Caisse ») et l’employeur, Entreprises Camvrac inc. (« Camvrac »). La Caisse soulève une question additionnelle touchant le calcul des intérêts. Elle soutient qu’ils auraient dû être calculés suivant la règle qui s’applique au Québec en raison des par. 36(1) et 37(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7. Pour sa part, l’intimée prétend que ce sont plutôt les par. 36(2) et 37(2) de cette loi qui s’appliquent, puisque le fait générateur du litige est survenu ailleurs qu’au Québec. Je traiterai d’abord de la question de la fiducie réputée, puis de la question des intérêts.

2. Faits

[67] De mai 2000 à janvier 2001, Camvrac, un employeur faisant affaire au Québec, a fait défaut de remettre au Receveur général du Canada la somme de 26 863,53 \$ retenue sur les salaires de ses employés au titre de l’impôt sur le revenu et de l’assurance-emploi. La preuve ne précise pas la somme que devait Camvrac au 25 septembre 2000, mais, selon la protonotaire de la Cour fédérale qui a entendu l’affaire en première instance, les retenues non remises totalisaient 5 558,72 \$ en octobre 2000.

[68] Le 18 septembre 2000, la Caisse et Camvrac signent un contrat de crédit variable par lequel la Caisse consent à Camvrac un crédit de 277 000 \$. Quelques jours plus tard, soit le 25 septembre 2000, deux conventions additionnelles sont signées : une convention d’épargne à terme suivant laquelle Camvrac fait un dépôt de 200 000 \$ échéant le 16 octobre 2005, et une convention de mise en garantie d’épargne pour garantir le remboursement de toute somme due à la Caisse et dans laquelle Camvrac consent à la Caisse un droit de rétention et de compensation, de même qu’une hypothèque. Seul le droit de compensation est en cause dans le présent

right to withhold was raised, enforced or exercised, or set up against the respondent. Although excerpts from the relevant clauses are also set out in the Appendix, I will reproduce one here that I will be discussing more specifically:

[TRANSLATION]

1. RIGHT TO WITHHOLDING AND COMPENSATION

To secure the repayment of any sum in principal, interest, costs and accessories owed or to be owed the Caisse by the Depositor under a line of credit agreement in the amount of \$277,000.00 granted to him (her) on 2000-09-18 and under any debts or obligations, present or future, direct or indirect held by the Depositor, the Depositor undertakes to maintain and consents to the withholding by the Caisse, in the account(s) . . . mentioned below, of the amount of \$200,000.00 distributed as follows: . . . Alternative term saving 5 years in the amount of \$200,000.00 . . .

The Caisse may withhold the sums shown above, along with the interest from the certificates of deposit if applicable, as long as all the amounts due under the Credit Contract(s) have not been fully repaid and, in the case of a line of credit, as long as it has not been cancelled. In cases of default as provided for below, there shall be compensation between the Credit Contract(s) and the certificate(s) of deposit or the amounts deposited defined above, as provided for in Section 7.

[69] I note that the parties and the courts below have sometimes referred to the term deposit as a “certificate of deposit”. In my opinion, as is indicated in the term savings agreement, it is simply a term deposit. But what it is called is of no consequence in light of the mechanisms that are at issue in this appeal.

[70] On November 25, 2000, Camvrac defaulted on the interest on the borrowed amount. On December 1, 2000, that interest was paid by means of a manual transfer of funds effected by the Caisse. A statement dated December 31, 2000, shows a debt of \$277,000 owed by Camvrac to the Caisse; it also indicates that monthly interest on the total amount of the loan was charged to Camvrac. A savings and investment account statement dated January 31, 2001 shows a balance of \$200,578 in respect of

pourvoi : ni l’hypothèque ni le droit de rétention n’ont été invoqués, exercés ou opposés à l’intimé. Bien que les extraits des clauses pertinentes figurent également en annexe, j’ai reproduit ci-après un extrait dont je discuterai de façon plus particulière :

1. DROIT DE RÉTENTION ET DE COMPENSATION

Pour garantir le remboursement, en capital, intérêts, frais et accessoires, de toutes sommes dues ou pouvant être dues à la caisse par le déposant en vertu d’un contrat d’ouverture de crédit de 277 000,00 \$ qui lui a été consenti le 2000-09-18; et en vertu de toutes dettes ou obligations présentes ou futures, directes ou indirectes du déposant, le déposant s’engage à maintenir et consent à ce que la caisse retienne, dans le ou les comptes [. . .] la somme de 200 000,00 \$ se répartissant comme suit : [. . .] Épargne à terme à gestion active 5 ans au montant de 200 000,00 \$. . .

La caisse pourra retenir les sommes indiquées ci-dessus, ainsi que les intérêts provenant des certificats de dépôt le cas échéant, tant que la totalité des sommes dues en vertu du ou des contrats de crédit n’auront pas été entièrement remboursées et, dans le cas d’une ouverture de crédit, tant qu’elle n’aura pas été annulée. Dans les cas de défaut prévus ci-après, il y aura compensation entre le ou les contrats de crédit et le ou les certificats de dépôt ou sommes d’argent indiqués ci-dessus, tel qu’il est prévu à l’article 7.

[69] Je note que les parties et les tribunaux inférieurs ont, à l’occasion, désigné le dépôt à terme sous le vocable de « certificat de dépôt ». À mon avis, tel que l’indique la convention d’épargne à terme, il s’agit d’un simple dépôt à terme. Cette désignation n’a toutefois aucune conséquence, vu les mécanismes qui sont en jeu en l’espèce.

[70] Le 25 novembre 2000, Camvrac fait défaut de payer les intérêts sur l’emprunt. Le 1^{er} décembre suivant, ces intérêts sont payés par virement manuel fait par la Caisse. Le relevé du 31 décembre 2000 fait état d’une dette de Camvrac envers la Caisse de 277 000 \$; il indique aussi que les intérêts mensuels, calculés sur le montant total du prêt, sont portés au compte de Camvrac. Le relevé du compte d’épargne et de placement du 31 janvier 2001 indique un solde de 200 578 \$ attribuable au

the deposit. On February 5, 2001, Camvrac made an assignment in bankruptcy. On its copy of the deposit agreement, the Caisse made the following note: [TRANSLATION] “To be closed on 21/2/2001 to realize on security.”

[71] On June 12, 2001, the respondent required the Caisse to pay her \$26,863.53 owed by Camvrac for payroll deductions. She submits that this amount was protected by the deemed trust resulting from provisions of the *ITA* and the *EIA*. The Caisse counters that the note made on the deposit agreement on February 21, 2001 was merely administrative in nature and that its debt to Camvrac was extinguished by compensation.

3. Judicial History

[72] Before a prothonotary of the Federal Court, the respondent argued that the deposited amount was property of Camvrac that was subject to the deemed trust, and that in enforcing its security interest on February 21, 2001, the Caisse had realized on that certificate and should have paid her the amount of the deductions Camvrac had failed to remit. The Caisse submitted that under the agreement with Camvrac, the mutual debts — its own and that of Camvrac — became exigible when Camvrac defaulted and that those debts had been extinguished by compensation. In the prothonotary’s opinion, there was no doubt that the deposited amount was held as security, that in “cashing it in”, the Caisse was enforcing a security interest, and that the deposited amount was subject to the deemed trust. She therefore held that “the value of the benefit conferred on the [Caisse] through the realization on its security interest in the certificate of deposit constitutes the proceeds from the certificate of deposit, and must be paid to the Receiver General” (2005 FC 731, 2006 D.T.C. 6385, at para. 22). According to the prothonotary, legal compensation could not be relied on, because the term of the deposit had not expired. She added that if the Caisse wanted to avail itself of its contracts with Camvrac, it had to manifest its intention to enforce them, which it did not do until February 21, 2001, by which time the respondent’s right had priority.

dépôt. Le 5 février 2001, Camvrac fait cession de ses biens. Sur sa copie de la convention de dépôt, la Caisse note : « Fermer le 21/2/2001 pour réalisation de garantie. »

[71] Le 12 juin 2001, l’intimée enjoint à la Caisse de lui payer la somme de 26 863,53 \$ due par Camvrac au titre des retenues sur les salaires. L’intimée soutient que cette somme est protégée par la fiducie réputée résultant des dispositions de la *LIR* et de la *LAE*. La Caisse réplique que la note inscrite à la convention de dépôt le 21 février 2001 n’avait qu’une fonction administrative et que sa dette envers Camvrac a été éteinte par compensation.

3. Historique des procédures judiciaires

[72] Devant la protonotaire de la Cour fédérale, l’intimée a soutenu que le dépôt était un bien de Camvrac visé par la fiducie réputée et que, en exerçant sa garantie le 21 février 2001, la Caisse avait réalisé ce certificat et devait verser à l’intimée le montant des retenues non remises par Camvrac. Pour sa part, la Caisse a prétendu que, aux termes de la convention conclue avec Camvrac, le défaut rendait exigibles les dettes mutuelles — la sienne et celle de Camvrac — et que celles-ci étaient éteintes par compensation. Pour la protonotaire, il ne faisait aucun doute que le dépôt était détenu à titre de garantie, que son encaissement constituait la réalisation d’une garantie et que le dépôt était visé par la fiducie réputée. Elle donc a conclu que « [l]a valeur du bénéfice conféré à la [Caisse] en raison de la réalisation de sa garantie sur le certificat de dépôt constitue [. . .] le produit découlant du certificat de dépôt, et doit être payé au receveur général » (2005 CF 731, 2005 D.T.C. 5268, par. 22). Selon la protonotaire, la compensation légale ne pouvait pas être invoquée, parce que le terme du dépôt n’était pas échu. Par ailleurs, la protonotaire a jugé que, si la Caisse voulait se prévaloir des contrats la liant à Camvrac, elle devait manifester son intention de leur donner effet, ce qu’elle n’a pas fait avant le 21 février 2001, date à laquelle le droit de l’intimée l’emportait. Elle donc a ordonné à la Caisse de payer la somme réclamée par l’intimée. La protonotaire

The prothonotary therefore ordered the Caisse to pay the amount claimed by the respondent. She awarded interest at the rate provided for in ss. 36(2) and 37(2) of the *Federal Courts Act*.

[73] The Federal Court upheld the prothonotary's judgment (2005 FC 1563, 2007 D.T.C. 5664). In response to the Caisse's argument that the prothonotary had failed to consider the forfeiture of the term clause in the term savings agreement, the court stated that although conventional compensation could have been effected under the terms of the contract before the expiry of the term of the deposit, the Caisse had not exercised its right to do so until February 21, 2001, by which time the deposit amount was subject to the deemed trust. The Federal Court rejected the Caisse's argument that compensation is not a security interest, relying instead on the French version of the definition of "security interest" (*garantie*) in s. 224(1.3) *ITA* to conclude that even if compensation were held to constitute a payment, it would be considered a "security interest" within the meaning of the *ITA*.

[74] The Federal Court of Appeal also concluded that the *ITA*'s definition of "security interest" is sufficiently broad to include the Caisse's right to compensation in respect of Camvrac's deposit, and that the provisions concerning the deemed trust authorized the respondent to recover from the Caisse the amounts owed by Camvrac (2006 FCA 366, 361 N.R. 77). On the interest issue, the Court of Appeal relied on *Markevich v. Canada*, 2003 SCC 9, [2003] 1 S.C.R. 94, and *Canada (Attorney General) v. Caisse populaire d'Amos*, 2004 FCA 92, 324 N.R. 31, and upheld the trial judgment.

4. Parties' Arguments Concerning the Deemed Trust

[75] The Caisse advances three arguments: (1) the courts below erred in finding that the mechanism it relies on is a security interest within the meaning of ss. 224(1.3) and 227(4.1); (2) compensation is not a mechanism for performing obligations; and (3) the time when the debt was extinguished does not depend on whether the compensation is

a fixé les intérêts au taux prévu aux par. 36(2) et 37(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[73] La Cour fédérale a confirmé le jugement de la protonotaire (2005 CF 1563, 2005 D.T.C. 5723). En réponse à l'argument de la Caisse selon lequel la protonotaire avait omis de considérer la clause de déchéance du terme que contenait la convention d'épargne à terme, la cour a précisé que, même si les dispositions du contrat permettaient d'invoquer la compensation conventionnelle avant l'échéance du dépôt, la Caisse ne s'en était prévaluée que le 21 février 2001, moment où la fiducie réputée affectait déjà le dépôt. La Cour fédérale n'a pas accepté l'argument de la Caisse suivant lequel la compensation n'est pas une garantie. Elle s'est plutôt appuyée sur la version française de la définition de « garantie » au par. 224(1.3) *LIR* pour conclure que, même si la compensation était jugée constituer un paiement, elle serait tout de même considérée comme une garantie au sens de la *LIR*.

[74] La Cour d'appel fédérale a conclu elle aussi que la définition de « garantie » à la *LIR* est suffisamment large pour inclure le droit de compensation de la Caisse à l'égard du dépôt de Camvrac, et que les dispositions concernant la fiducie réputée permettaient à l'intimée de recouvrer auprès de la Caisse les sommes dues par Camvrac (2006 CAF 366, 361 N.R. 77). Relativement à la question des intérêts, la Cour d'appel s'est appuyée sur les arrêts *Markevich c. Canada*, 2003 CSC 9, [2003] 1 R.C.S. 94, et *Canada (Procureur général) c. Caisse populaire d'Amos*, 2004 CAF 92, 324 N.R. 31, et a confirmé le jugement de première instance.

4. Les arguments des parties concernant la fiducie réputée

[75] La Caisse invoque trois arguments : (1) les juridictions inférieures ont fait erreur en concluant que le mécanisme dont elle veut se prévaloir est une garantie aux termes des par. 224(1.3) et 227(4.1); (2) la compensation n'est pas un mécanisme d'exécution des obligations; (3) le fait de qualifier la compensation de légale ou de conventionnelle ne

characterized as legal or conventional, but in the alternative, if it must be characterized, it should instead be regarded as a contractual arrangement for compensation in the future. This last argument does not appear to have been raised as forcefully in the courts below, but the facts and legal concepts relied on remain the same.

[76] The respondent contends that the deemed trust creates an absolute priority and that, regardless of whether the compensation is conventional or legal or of whether compensation constitutes a security interest, the proceeds from the “cashing in” of the term deposit must be paid to her up to the amount of the source deductions owed by the employer.

[77] Because the courts below held that compensation constitutes a “security interest” as defined in s. 224(1.3) *ITA*, I will deal with this issue first. I will then consider whether the contractual right to compensation may be set up against the respondent.

5. “Security Interest” as Defined in Section 224(1.3) *ITA*

[78] Over ten years ago, Gonthier J. observed in *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411, at para. 22, that a clash between conflicting legislative objectives had given rise to a competition of priorities between deemed trusts and consensual security interests. In 1998, Parliament enacted legislation to expand the scope of the deemed trust (S.C. 1998, c. 19, s. 226(1)) and give it priority over every “security interest” as that term is defined in s. 224(1.3). In this context, it is important to clearly delineate the concept of “security interest” as defined in that provision.

[79] Although the provisions in issue in this appeal — ss. 224(1.3), 227(4) and 227(4.1) *ITA* and the corresponding provisions of the *EIA* — are reproduced in the Appendix, I will nevertheless reproduce the more relevant passages here for ease of reference. Section 224(1.3) *ITA* defines “security interest” for the purposes of the deemed

modifie pas le moment où l’extinction de la dette serait survenue, mais, subsidiairement, s’il faut qualifier le mécanisme, il faudrait plutôt parler d’aménagement conventionnel d’une compensation future. Ce dernier argument ne semble pas avoir été plaidé avec la même vigueur devant les tribunaux inférieurs, mais les faits et les concepts juridiques invoqués restent les mêmes.

[76] Pour sa part, l’intimée plaide que la fiducie réputée crée une priorité absolue et que, peu importe que la compensation soit conventionnelle ou légale ou encore qu’elle constitue une garantie ou non, le produit découlant de l’encaissement du dépôt doit lui être versé jusqu’à concurrence du montant des retenues à la source dues par l’employeur.

[77] Comme les juridictions inférieures ont conclu que la compensation constituait une garantie au sens du par. 224(1.3) *LIR*, j’examinerai d’abord cette question. Je me pencherai ensuite sur la question de l’opposabilité à l’intimée du droit conventionnel de compensation.

5. La notion de « garantie » au sens du par. 224(1.3) *LIR*

[78] Il y a plus de dix ans, dans *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411, par. 22, le juge Gonthier notait que l’affrontement entre des objectifs législatifs conflictuels donnait lieu à une concurrence pour la priorité de rang entre les fiducies réputées et les garanties consensuelles. En 1998, le Parlement a légiféré (L.C. 1998, ch. 19, par. 226(1)) et a élargi la portée de la fiducie réputée pour lui donner priorité sur toute garantie au sens du par. 224(1.3). Dans ce contexte, il importe de bien cerner la notion particulière de garantie énoncée à ce paragraphe.

[79] Les dispositions invoquées dans le présent pourvoi sont citées en annexe, soit les par. 224(1.3), 227(4) et 227(4.1) *LIR*, et les paragraphes correspondants de la *LAE*. Toutefois, par souci de commodité, j’en reproduis ici les passages plus pertinents. Au paragraphe 224(1.3), la *LIR* définit le terme « garantie » pour l’application de la notion

trust. The English version of the definition reads as follows:

“security interest” means any interest in property that secures payment or performance of an obligation and includes an interest created by or arising out of a debenture, mortgage, hypothec, lien, pledge, charge, deemed or actual trust, assignment or encumbrance of any kind whatever, however or whenever arising, created, deemed to arise or otherwise provided for;

[80] The terminology used in the French version is different. On the one hand, the term “security interest” is rendered as “*garantie*”. On the other hand, whereas the word “interest” is used in the English expression “interest in property”, the word “*droit*” is used instead in the expression “*droit sur un bien*” in French:

« *garantie* » Droit sur un bien qui garantit l'exécution d'une obligation, notamment un paiement. Sont en particulier des garanties les droits nés ou découlant de débetures, hypothèques, privilèges, nantissements, sûretés, fiducies réputées ou réelles, cessions et charges, quelle qu'en soit la nature, de quelque façon ou à quelque date qu'elles soient créées, réputées exister ou prévues par ailleurs.

[81] The concept of “*garantie*” can vary in scope depending on the context. It is therefore important that the two versions be read together and that the meaning of the terms “security interest” and “*garantie*” be harmonized in the context of s. 224(1.3) *ITA*. It should be noted that there is no distinct federal common law: *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054, *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654, and P. Denault, *La recherche d'unité dans l'interprétation du droit privé fédéral* (2008), at p. 38. Where the suppletive law must be applied to interpret a concept incorporated into a federal rule, the law of the province is the relevant source: *Federal Law—Civil Law Harmonization Act, No. 1*, S.C. 2001, c. 4, s. 8, amending the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21. As a result, absent an express provision to the contrary, federal legislation must be interpreted in a manner consistent with the concepts and institutions of the legal system of the province in which it is to be applied: A. Morel, “La rédaction de lois

de « *fiducie réputée* ». La version française de la définition est rédigée ainsi :

« *garantie* » Droit sur un bien qui garantit l'exécution d'une obligation, notamment un paiement. Sont en particulier des garanties les droits nés ou découlant de débetures, hypothèques, privilèges, nantissements, sûretés, fiducies réputées ou réelles, cessions et charges, quelle qu'en soit la nature, de quelque façon ou à quelque date qu'elles soient créées, réputées exister ou prévues par ailleurs.

[80] La version anglaise utilise une terminologie différente. D'une part, le mot « *garantie* » y est rendu par l'expression *security interest*. D'autre part, alors que le mot « *droit* » est utilisé dans l'expression française « *droit sur un bien* », c'est plutôt le mot *interest* qui est utilisé dans l'expression *interest in property* en anglais :

“security interest” means any interest in property that secures payment or performance of an obligation and includes an interest created by or arising out of a debenture, mortgage, hypothec, lien, pledge, charge, deemed or actual trust, assignment or encumbrance of any kind whatever, however or whenever arising, created, deemed to arise or otherwise provided for;

[81] Or, la notion de *garantie* peut varier selon le contexte dans laquelle elle s'insère. Il est donc important de lire les deux textes en corrélation et d'harmoniser la portée des termes « *garantie* » et *security interest* utilisées dans le contexte du par. 224(1.3) *LIR*. Il convient de rappeler qu'il n'existe pas de common law fédérale autonome : *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054, *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654, et P. Denault, *La recherche d'unité dans l'interprétation du droit privé fédéral* (2008), p. 38. S'il faut recourir au droit supplétif pour interpréter un concept incorporé dans une règle fédérale, le droit provincial constitue la source applicable : *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, ch. 4, art. 8, modifiant la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21. Par conséquent, sauf disposition expresse à l'effet contraire, un texte de loi fédéral doit être interprété en respectant les concepts et institutions propres au système juridique de la province dans laquelle il s'applique :

bilingues harmonisées avec le droit civil”, in *The Harmonization of Federal Legislation with Quebec Civil Law and Canadian Bilingualism — Collection of studies* (1997), 309, at p. 313.

[82] Furthermore, not only must reference be made — when necessary to interpret federal legislation — to the law of the province in which it is to be applied, but both the English and French versions must be taken into consideration: M. Bastarache et al., *The Law of Bilingual Interpretation* (2008), at pp. 42 et seq. I will begin by analysing the English and French versions to determine whether a shared meaning can be established. In the case at bar, this analysis leads to a notion common to the civil law and the common law that makes it possible to harmonize the application of the taxing provision in the two legal systems.

[83] Given that the terms “security interest” in the English version and “garantie” in the French version may not have the same scope, it will be necessary to establish the shared meaning of the English and French versions by applying the principles of bilingual interpretation recently reiterated in *R. v. S.A.C.*, 2008 SCC 47, [2008] 2 S.C.R. 675, at paras. 14-16 (see also Bastarache et al. and P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 327).

[84] There are two steps to this analysis: identifying the shared meaning and establishing Parliament’s intent. At the first step, there are three possibilities (*S.A.C.*, at para. 15):

First, the English and French versions may be irreconcilable. . . . Second, one version may be ambiguous while the other is plain and unequivocal. The shared meaning will then be that of the version that is plain and unambiguous: *Daoust*, at para. 28; Côté, at p. 327. Third, one version may have a broader meaning than the other. According to LeBel J. in *Schreiber*, at para. 56, “where one of the two versions is broader than the other, the common meaning would favour the more restricted or limited meaning”.

[85] The first possibility can be ruled out: the two versions are not irreconcilable. In English, the expression “security interest” has a well-established

A. Morel, « La rédaction de lois bilingues harmonisées avec le droit civil », dans *L’harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien — Recueil d’études* (1997), 309, p. 313.

[82] Par ailleurs, non seulement doit-on — lorsque cela est nécessaire pour interpréter un texte de loi fédéral — se reporter au droit de la province dans laquelle il doit être appliqué, mais il faut aussi tenir compte des versions anglaise et française : M. Bastarache et autres, *The Law of Bilingual Interpretation* (2008), p. 42 et suiv. Je vais d’abord analyser les versions française et anglaise pour déterminer si un sens commun peut être trouvé. En l’espèce, cette analyse permet de dégager une notion commune au droit civil et à la common law, notion qui permet d’harmoniser l’application de la disposition fiscale dans les deux systèmes de droit.

[83] Dans la mesure où l’expression *security interest* du texte anglais et le terme « garantie » du texte français n’ont pas la même portée, il faut rechercher le sens commun des versions française et anglaise de la définition en utilisant les principes d’interprétation bilingue réitérés récemment dans *R. c. S.A.C.*, 2008 CSC 47, [2008] 2 R.C.S. 675, par. 14-16 (voir aussi Bastarache et autres, et P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3^e éd. 1999), p. 413).

[84] Cette analyse comporte deux étapes : la détermination du sens commun et la recherche de l’intention du législateur. À la première étape, trois hypothèses peuvent se présenter (*S.A.C.*, par. 15) :

Premièrement, les versions française et anglaise peuvent être inconciliables. [. . .] Deuxièmement, une version peut être ambiguë alors que l’autre est claire et non équivoque. Le sens commun est alors celui de la version claire et non équivoque : *Daoust*, par. 28; Côté, p. 413. Troisièmement, une version peut avoir un sens plus large que l’autre. Selon le juge LeBel dans l’arrêt *Schreiber*, au par. 56, « lorsqu’une des deux versions possède un sens plus large que l’autre, le sens commun aux deux favorise le sens le plus restreint ou limité ».

[85] La première hypothèse est exclue. En effet, les deux versions ne sont pas irréconciliables. En anglais, l’expression *security interest* a un sens

meaning, whereas the French word “*garantie*” is more general. While every security interest is necessarily a *garantie*, the opposite is not necessarily true. For example, a personal surety provides a *garantie* but does not establish a security interest in his or her property. The English term is therefore more specific than the French. However, in light of the broad scope of the “security interest” concept, I do not consider it appropriate to say that the English version is “narrow” and the French version broad. If a choice had to be made between the second and third categories, therefore, the question would have to be placed in the second, that of the unequivocal version/ambiguous version. Here, this choice does not change the outcome, since in either case the shared meaning is that of the term used in the English version: “security interest”.

[86] At the second step in the interpretation of bilingual statutes, it must be determined whether the shared meaning of the two versions is consistent with Parliament’s intent (*S.A.C.*, at para. 16). It is clear that the successive amendments to the *ITA* and the *EIA* in respect of the deemed trust were intended to give enhanced protection to the tax creditor. Beyond this immediate objective, however, I cannot conclude that Parliament intended that the priority set for the taxing authorities should be vague. Such an interpretation would make it impossible for a tax debtor’s creditors to determine their rights in advance. Given that the common law and civil law concepts are compatible, Parliament can only have intended to treat all Canadian taxpayers the same way and to enable both communities to predict how the legal mechanisms they use to organize their affairs will be interpreted. Only the shared meaning makes it possible to attain this objective. Accordingly, I conclude that Parliament’s intent is consistent with the well-established concept of “security interest” as opposed to the more ambiguous concept of “*garantie*” (see ss. 8.1 and 8.2 of the *Interpretation Act*, introduced by the *Federal Law—Civil Law Harmonization Act, No. 1*; Denault, at p. 117).

bien établi, alors que le mot français « *garantie* » est plus général. Un *security interest* est nécessairement une *garantie*, alors que l’inverse n’est pas nécessairement vrai. Par exemple, une caution personnelle constitue une *garantie* mais ne confère pas un *security interest* dans les biens de la caution. Le terme anglais est donc plus précis que celui utilisé en français. Toutefois, en raison de la vaste portée de la notion de *security interest*, je ne crois pas qu’il soit approprié de qualifier d’étroite la version anglaise et de large la version française. En conséquence, s’il fallait choisir entre la deuxième et la troisième catégorie, la difficulté devrait être classée dans la deuxième, version non équivoque/version ambiguë. En l’espèce, ce choix ne modifie pas le résultat de l’analyse, puisque dans l’un ou l’autre cas, le sens commun est celui du terme utilisé dans la version anglaise, *security interest*.

[86] La deuxième étape dans l’interprétation de lois bilingues consiste à vérifier si le sens commun des deux versions correspond à l’intention du législateur (*S.A.C.*, par. 16). Il est certain que les modifications successives apportées à la *LIR* et à la *LAE* relativement à la fiducie réputée avaient pour but de mieux protéger le créancier fiscal. Cependant, au-delà de cet objectif immédiat, je ne peux conclure que le Parlement ait voulu donner une portée imprécise à la priorité conférée au fisc. En effet, si cette conclusion était retenue, cela impliquerait que les créanciers du débiteur fiscal ne pourraient pas déterminer à l’avance quels sont leurs droits. Dans la mesure où les concepts de common law et du droit civil sont compatibles, le Parlement peut uniquement avoir eu pour intention de réserver un traitement analogue à tous les contribuables canadiens et avoir voulu permettre aux deux communautés d’être en mesure de prédire l’interprétation qui serait donnée aux mécanismes juridiques utilisés pour organiser leurs affaires. Seule la version commune permet d’atteindre cet objectif. En conséquence, je conclus que l’intention du législateur correspond à la notion bien établie de *security interest* plutôt qu’à celle, plus équivoque, de *garantie* (voir : art. 8.1 et 8.2 de la *Loi d’interprétation*, introduits par la *Loi d’harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*; Denault, p. 117).

[87] If, in the instant case, the shared meaning corresponds to the unequivocal concept of “security interest”, it is because there is a concept common to a “security interest” in the sense of “interest in property” and a “*garantie*” in the sense of “*droit sur un bien*”. It is this concept that must be identified. In “The Income Tax Act, the Excise Tax Act and the Term Interest: An Interesting Case for Harmonization”, in *The Harmonization of Federal Legislation with Quebec Civil Law and Canadian Bijuralism* (2002), published in the *Collection of Studies in Tax Law 2001*, Martin Lamoureux points out that a term like “interest” may be impossible to define without considering the context. In his view, “depending on the context, the expression ‘interest in property’ appears to be the converse of the notion of absolute ownership” (p. 7:9). According to this interpretation, therefore, the security interest — the right in question in s. 224(1.3) *ITA* — is distinct from a right of absolute ownership.

[88] After analysing how the “interest” concept is used in the *ITA* and in the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15 (“*ETA*”), Lamoureux proposes the concept of “real right” as a basis for harmonizing those of “interest” and “*droit*”. He explains this as follows:

As we stated in part three, we propose to harmonize the notion of “interest” (*intérêt*) with its Quebec equivalent which is “real right” (*droit réel*). This conclusion is based on a comparative analysis which shows a great similarity between the two concepts. In fact, a comparison of the two concepts shows a similarity between several of their general attributes, for example, the right to follow, the right to assert *adversus omnes*, a direct right to the thing and the dismemberment of property over time. [p. 7:22]

[89] This proposal is relevant in the case of s. 224(1.3), because the words “interest” and “*droit*” are used in the English and French versions of that provision. However, Lamoureux mentions some differences between the “interest” and “real right” concepts: for instance, beneficial ownership, equity and future interest can give rise to an interest in property but do not necessarily have equivalents in civil law. He accordingly suggests that Parliament should define “real right” in the *ITA* and the *ETA*,

[87] Si, en l'espèce, le sens commun correspond à la notion non équivoque de *security interest*, c'est qu'un concept commun se retrouve tant dans la notion de garantie comprise au sens de droit sur un bien que dans celle de *security interest* au sens de *interest in property*. C'est ce concept qu'il faut identifier. Dans le « Rapport sur l'harmonisation du terme “Interest” », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien* (2002), publié dans le *Recueil d'études en fiscalité 2001*, M^c Martin Lamoureux souligne qu'un terme comme *interest* se révèle impossible à définir sans en préciser le contexte. Ainsi, selon M^c Lamoureux, « le concept *interest in property* semble pouvoir s'opposer à la notion de propriété absolue, selon le contexte » (p. 7:9). En conséquence, selon cette interprétation, le *security interest* — droit visé au par. 224(1.3) *LIR* — est un droit distinct d'un droit de propriété absolu.

[88] De plus, après avoir analysé l'utilisation de la notion d'*interest* dans la *LIR* et dans la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15 (« *LTA* »), cet auteur propose le concept de droit réel pour harmoniser les notions d'*interest* et de « droit ». Il justifie sa proposition ainsi :

Comme nous l'avons mentionné à la troisième étape, nous proposons d'harmoniser la notion d'« intérêt » (*interest*) avec son pendant québécois qui est le « droit réel » (*real right*). Ce résultat de recherche fait suite à une analyse comparative qui démontre une grande similitude entre ces deux concepts juridiques. En effet, plusieurs attributs généraux sont similaires si on superpose les deux concepts ensemble. Nous n'avons qu'à penser au droit de suite, à l'opposabilité à l'encontre de tous, à un droit direct sur le bien et au démembrement des biens dans le temps. [p. 7:23]

[89] La proposition trouve application au par. 224(1.3), car les mots *interest* en anglais et « droit » en français y sont utilisés. L'auteur signale toutefois certaines différences entre les concepts « *interest* » et « droit réel », par exemple le *beneficial ownership*, l'*equity* et l'intérêt futur, qui peuvent conférer un *interest in property* et qui n'ont pas nécessairement d'équivalent en droit civil. Pour cette raison, le législateur fédéral devrait selon lui définir l'expression « droit réel » dans la *LIR* et à la *LTA* et y inclure les

and include common law concepts needed for certain specific purposes in the definition. I agree with using the “real right” concept to harmonize the concept of “interest in property” with that of “*droit sur un bien*” (right in property). In classical civil law, a *droit sur un bien* is a real right, not a personal right. The accessory real right (known in French as a “*droit réel accessoire*” and, often, as a “*droit réel de garantie*”) forms an essential component of a security: P.-C. Lafond, *Précis de droit des biens* (2nd ed. 2007), at paras. 422-23 and 440-47; *Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons: Obligations* (2003), “accessory real right”, at pp. 4-5; D.-C. Lamontagne, *Biens et propriété* (6th ed. 2009), at paras. 103-4.

[90] At common law, the term “real right” and its close cousins “right *in rem*” and “*jus in re*”, although less common, are nevertheless established. Professor Royston Miles Goode writes in *Goode on Legal Problems of Credit and Security* (4th ed. 2008), at para. 1-17, that “a security interest is a right *in rem*”. Professors Ronald C. C. Cuming, Catherine Walsh and Roderick J. Wood also refer to the concept of “real right” or “right *in rem*” in *Personal Property Security Law* (2005):

A creditor who is given a security interest in the debtor’s property obtains a proprietary right to the collateral. The defining characteristic of a proprietary right (which is also referred to as a real right or a right *in rem*) is that it is a right in a thing that is generally enforceable against the world. [p. 511]

See also R. A. Macdonald, “Reconceiving the Symbols of Property: Universalities, Interests and Other Heresies” (1994), 39 *McGill L.J.* 761; J. Austin, *Lectures on Jurisprudence, or, The Philosophy of Positive Law* (5th ed. 1885), at pp. 381-91; T. E. Holland, *The Elements of Jurisprudence* (12th ed. 1916), at pp. 146-47; W. N. Hohfeld, “Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning” (1917), 26 *Yale L.J.* 710, at pp. 714-15; J. W. Salmond, *Jurisprudence* (10th ed. 1947), at pp. 252-56; G. W. Paton, *A Text-book of Jurisprudence* (2nd ed. 1951), at pp. 232-36; *Reagan v. Murphy*, 105 So.2d 210 (La. 1958); *Harwood Oil & Mining Co. v. Black*, 124 So.2d 764 (La. 1960).

notions de common law requises pour certaines fins particulières. Je suis d’accord pour retenir la notion de droit réel afin d’harmoniser les notions de « droit sur un bien » et « *interest in property* ». En droit civil classique, un droit sur un bien est un droit réel, non un droit personnel. Les droits réels accessoires qui font partie intégrante des sûretés sont aussi souvent appelés « droits réels de garantie » : P.-C. Lafond, *Précis de droit des biens* (2^e éd. 2007), par. 422-423 et 440-447; *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues : les obligations* (2003), « droit réel accessoire » et « droit réel de garantie », p. 133-134; D.-C. Lamontagne, *Biens et propriété* (6^e éd. 2009), par. 103-104.

[90] En common law, le terme « *real right* » et ses proches cousins « *right in rem* » et « *jus in re* » sont moins usités mais tout aussi reconnus. Le professeur Royston Miles Goode, *Goode on Legal Problems of Credit and Security* (4^e éd. 2008), par. 1-17, écrit qu’[TRADUCTION] « [u]ne sûreté (*security interest*) est un droit sur la chose ». Dans l’ouvrage *Personal Property Security Law* (2005), les professeurs Ronald C. C. Cuming, Catherine Walsh et Roderick J. Wood utilisent eux aussi la notion de « *real right* » et « *right in rem* » :

[TRADUCTION] Le créancier qui obtient une sûreté (*security interest*) sur un bien du débiteur possède dès lors un droit propriétaire sur le bien en cause. La caractéristique fondamentale du droit propriétaire (aussi appelé droit réel ou *in rem*) veut qu’il s’agisse d’un droit sur la chose généralement opposable à tous. [p. 511]

Voir aussi R. A. Macdonald, « Reconceiving the Symbols of Property: Universalities, Interests and Other Heresies » (1994), 39 *R.D. McGill* 761; J. Austin, *Lectures on Jurisprudence, or, The Philosophy of Positive Law* (5^e éd. 1885), p. 381-391; T. E. Holland, *The Elements of Jurisprudence* (12^e éd. 1916), p. 146-147; W. N. Hohfeld, « Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning » (1917), 26 *Yale L.J.* 710, p. 714-715; J. W. Salmond, *Jurisprudence* (10^e éd. 1947), p. 252-256; G. W. Paton, *A Text-Book of Jurisprudence* (2^e éd. 1951), p. 232-236; *Reagan c. Murphy*, 105 So.2d 210 (La. 1958); *Harwood Oil & Mining Co. c. Black*, 124 So.2d 764 (La. 1960).

[91] Moreover, just as an interest in property may be considered to be similar in many respects to a civil law real right, at common law, the notion of a “real right” is considered to be essential to a finding that a security interest exists in the area of personal property security. It is now well established that a functional approach has been adopted in the common law provinces and that form is not determinative of whether a security has been created. The fact remains, however, that the basis for a security interest continues to be a real right. Professors Cuming, Walsh and Wood explain this clearly:

The elimination of form as a determinant of the existence of a security agreement necessitates a close look at some types of transactions that, on the surface, appear to fall outside the scope of a PPSA but that may provide for interests that fall on one side of the line or the other, depending upon the presence or absence of a feature. In each case, it is necessary to determine whether the essential characteristics of a security agreement are present. This involves answering the question: does the transaction involve the contractual recognition or creation of an interest in the personal property of one person that secures an obligation owing to another person? . . . The “interest” involved must be a real right in personal property in the sense that it is exercisable against not only the obligor but also against third parties with subsequent interests in the property. [pp. 85-86]

Professor Goode makes a similar comment in this respect (at para. 1-17):

Even where the creditor is to be given rights in respect of an asset, it is necessary to distinguish real rights from personal rights. . . . [A] security interest is a right in rem and in principle the secured creditor is entitled to remove the asset from the general body of creditors.

[92] The common law concept of security interest therefore corresponds, in civil law terms, not to a personal right, but to a real right. In short, although no single expression is used at common law, what can be seen is that the right holder has a right in the property itself, as opposed to a right to compel a person to perform an obligation, which is the essence of a personal right. Thus, the “real right” concept is common to the two legal traditions.

[91] De plus, tout comme l'expression *interest in property* peut être considérée comme similaire à plusieurs égards au terme « droit réel », la notion de *real right* est reconnue comme un élément essentiel à la reconnaissance d'un *security interest* en ce qui concerne les sûretés mobilières en common law. Il est maintenant bien établi qu'une approche fonctionnelle est adoptée dans les provinces de common law et que la forme ne détermine pas si une sûreté a ou non été créée. Il n'en demeure pas moins que le fondement d'un *security interest* demeure un droit réel. Les professeurs Cuming, Walsh et Wood expriment clairement cette idée :

[TRADUCTION] La suppression de la forme comme condition de l'existence d'une sûreté exige que l'on examine de près certains types d'opération qui, de prime abord, paraissent échapper à l'application des lois sur les sûretés mobilières, mais qui peuvent conférer à la fois des intérêts (droits) assujettis et d'autres non assujettis, selon qu'une caractéristique existe ou non. Il faut déterminer dans chaque cas si les caractéristiques essentielles d'une sûreté sont présentes. La question est donc de savoir si l'opération comporte la reconnaissance ou la création contractuelles d'un « intérêt » sur le bien personnel d'une personne qui garantit l'exécution d'une obligation envers une autre personne. [. . .] L'« intérêt » en question doit être un droit réel sur un bien personnel en ce qu'il peut être exercé non seulement contre le débiteur, mais aussi contre un tiers acquérant subseqüemment un intérêt sur le bien. [p. 85-86]

De même, le professeur Goode dit ceci (par. 1-17) :

[TRADUCTION] Même lorsque le créancier obtient un droit à l'égard d'un bien, il faut distinguer le droit réel du droit personnel. [. . .] [U]ne sûreté (*security interest*) est un droit sur la chose, et le créancier ainsi garanti peut en principe soustraire le bien à l'ensemble des créanciers.

[92] La notion de *security interest* en common law correspond donc, non pas à un droit personnel, mais plutôt à un droit réel. Bref, bien que la common law n'utilise pas une expression unique, le sens qui se dégage est l'emprise du détenteur du droit sur le bien lui-même par opposition au droit de réclamer d'une personne l'exécution d'une obligation qui est le propre d'un droit personnel. Le droit réel est donc une notion commune aux deux

This concept is also inherent, and literally so, in the English expression “interest in property” and the French expression “droit sur un bien” used in s. 224(1.3).

[93] The “real right” concept is also inherent in the mechanisms listed in s. 224(1.3). From the perspective of the civil law, the list in that provision includes forms of security formerly provided for in the *Civil Code of Lower Canada* and certain special statutes, such as the *Act respecting the special powers of legal persons*, R.S.Q., c. P-16, that have been consolidated in the *Civil Code of Québec* in the concept of the hypothec; the forms of security in question conferred real rights on creditors. Some of the mechanisms set out in the list in s. 224(1.3) *ITA* warrant comment.

[94] For instance, the term “assignment” refers to an assignment by way of security, not an absolute assignment (*Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 963, at para. 22; *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720, at para. 39). In the *Civil Code of Québec*, an assignment by way of security takes the form of a movable hypothec (J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (6th ed. 2005), by P.-G. Jobin with the collaboration of N. Vézina, at No. 942).

[95] As for the trust, it is true that, in civil law, property is transferred in trust to a patrimony by appropriation (art. 1261 *C.C.Q.*). However, the transferred right is in the “property” (art. 1260 *C.C.Q.*). Moreover, a creditor who is a beneficiary of a security trust is not an ordinary creditor; the beneficiary’s right may be characterized as a hybrid or *sui generis* right and has some of the characteristics of a real right (R. A. Macdonald, “The Security Trust: Origins, Principles and Perspectives”, in *Contemporary Utilisation of Non-Corporate Vehicles of Commerce* (1997), Meredith Lectures, 155, at pp. 203-4; J. B. Claxton, *Studies on the Quebec Law of Trust* (2005), at pp. 553-55; J. E. C. Brierley, “Title Six: Certain Patrimonies by Appropriation — Articles 1256-1298”, in *Reform of the Civil Code* (1993), vol. 1-B, at p. 17). And

traditions juridiques. Cette notion de droit réel ressort également, de façon littérale, de l’expression française « droit sur un bien » et de l’expression anglaise « *interest in property* » utilisées au par. 224(1.3).

[93] La notion de droit réel ressort également des mécanismes énumérés au par. 224(1.3). Considérée sous l’angle du droit civil, l’énumération figurant dans cette disposition comprend des formes de garanties qui, reconnues auparavant par le *Code civil du Bas-Canada* et certaines lois spéciales telle la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des personnes morales*, L.R.Q., ch. P-16, ont été regroupées dans le *Code civil du Québec* sous la notion d’hypothèque. Ces garanties conféraient au créancier un droit réel. Certains des mécanismes mentionnés dans l’énumération du par. 224(1.3) *LIR* appellent des commentaires.

[94] Par exemple, le terme « cession » s’entend d’une cession en garantie et non d’une cession absolue (*Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 963, par. 22; *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720, par. 39). Dans le *Code civil du Québec*, une cession en garantie prend la forme d’une hypothèque mobilière (J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (6^e éd. 2005), par P.-G. Jobin avec la collaboration de N. Vézina, n^o 942).

[95] Pour ce qui est de la fiducie, il est vrai qu’en droit civil, par ce mécanisme, le bien est transmis à un patrimoine d’affectation (art. 1261 *C.c.Q.*). Cependant, le droit transféré porte sur le « bien » (art. 1260 *C.c.Q.*). De plus, le créancier bénéficiaire d’une fiducie-sûreté n’est pas un créancier ordinaire, le droit qui lui est conféré peut être qualifié de droit mixte ou *sui generis* et revêt certaines caractéristiques du droit réel (R. A. Macdonald, « The Security Trust : Origins, Principles and Perspectives », dans *Les sociétés, les fiducies et les entités hybrides en droit commercial contemporain* (1997), Conférence Meredith, 155, p. 203-204; J. B. Claxton, *Studies on the Quebec Law of Trust* (2005), p. 553-555; J. E. C. Brierley, « Titre sixième : De certains patrimoines d’affectation — Les articles 1256-1298 », dans *La réforme du Code*

it should be noted that a legislature may expressly include, in a technical definition of a term, mechanisms that do not fall within the usual definition of the term.

[96] The same reasoning applies to the mechanisms listed in the provision if they are viewed from a common law perspective. Some of them (mortgage, trust, assignment) transfer legal or equitable title to the secured creditor. Others, such as the pledge or the charge, are comparable to the civil law's hypothec, with or without delivery. As for the lien, it may take a number of forms: it is akin sometimes to a pledge, where it includes a right to sell the property (Goode, at para. 1-49), and sometimes to a legal mortgage, where it is non-possessory. Finally, "encumbrance" is a very broad term that is defined in *Black's Law Dictionary* (6th ed. 1990) as "[a]ny right to, or interest in, land which may subsist in another to diminution of its value" (p. 527). Although this term can refer to an easement, it should be noted that where its use to refer to a form of security is concerned, the examples given are usually the mortgage, the lien and the trust (D. A. Dukelow, *The Dictionary of Canadian Law* (3rd ed. 2004), at p. 408). Thus, the mechanisms mentioned above give the creditor a right that can be characterized as a "real right" within the shared meaning of this expression in the two legal traditions.

[97] The debenture is the only item in the list in s. 224(1.3) *ITA* that does not create a real right. However, it is a special case. The debenture has historically been central to secured lending transactions (L. Payette, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec* (2nd ed. 2001), at pp. 387-89 and 815-20; B. A. Garner, *A Dictionary of Modern Legal Usage* (2nd ed. 1995), at p. 250; *The Dictionary of Canadian Law*, at pp. 318-19; H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (3rd ed. 2004), at p. 162). Ordinarily, a debenture is issued and secured in a single instrument. One such instrument was considered by this Court in *Royal Bank of Canada v. First Pioneer Investments Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 125. The following comment by P. L. Davies helps clarify the scope of the mechanism to which the

civil (1993), t. 1, 735, p. 767). D'ailleurs, un législateur peut inclure expressément dans la définition technique d'un terme des mécanismes qui ne font pas partie de la définition habituelle de celui-ci.

[96] Le même raisonnement s'applique aux mécanismes énumérés dans la disposition, mais vus cette fois sous l'angle de la common law. Certains (*mortgage, trust, assignment*) ont pour effet de transférer le titre en common law ou en equity au créancier garanti. D'autres comme le *pledge* ou le *charge* s'apparentent à l'hypothèque de droit civil, avec ou sans dépossession. Le *lien* peut quant à lui prendre plusieurs formes et s'apparente parfois au *pledge* lorsqu'il inclut le droit de vendre le bien (Goode, par. 1-49), parfois à l'hypothèque légale lorsqu'il est non possessoire. Finalement, *encumbrance* est un terme très large, qui est défini dans le *Black's Law Dictionary* (6^e éd. 1990), comme [TRADUCTION] « [u]n droit ou un intérêt pouvant grever un bien-fonds au bénéfice d'autrui et en diminuer la valeur » (p. 527). Bien que ce mot puisse correspondre à une servitude, il importe de signaler que, lorsqu'il est utilisé pour désigner une garantie, les exemples généralement donnés sont *mortgage, lien* et *trust* (D. A. Dukelow, *The Dictionary of Canadian Law* (3^e éd. 2004), p. 408). Les mécanismes mentionnés ci-dessus confèrent donc au créancier un droit qu'on peut qualifier de réel ou de « *real right* », suivant le sens commun de ces expressions dans les deux traditions juridiques.

[97] Dans l'énumération figurant au par. 224(1.3) *LIR*, seules les débentures ne créent pas de droit réel. Ce cas est cependant particulier. Les débentures ont historiquement été au centre d'opérations d'emprunts garantis (L. Payette, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec* (2^e éd. 2001), p. 387-389 et 815-820; B. A. Garner, *A Dictionary of Modern Legal Usage* (2^e éd. 1995), p. 250; et *The Dictionary of Canadian Law*, p. 318-319; H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (3^e éd. 2004), p. 162). Le plus souvent, la débenture est émise et garantie au sein d'un même instrument. Un tel instrument a d'ailleurs été examiné par notre Cour dans *Banque Royale du Canada c. First Pioneer Investments Ltd.*, [1984] 2 R.C.S. 125. Pour cerner la portée du mécanisme visé par l'expression « débenture » au

term “debenture” as used in s. 224(1.3) *ITA* applies: “The expression ‘debenture’ is applied indiscriminately to the instrument creating or evidencing the indebtedness and to the debt itself and the bundle of rights vested in the holder to secure its payment” (*Gower and Davies’ Principles of Modern Company Law* (7th ed. 2003), at p. 809). The debenture is also mentioned in s. 2(a) of Ontario’s *Personal Property Security Act*, R.S.O. 1990, c. P.10, as an example of a transaction that creates a security interest. Cuming, Walsh and Wood explain this as follows: “. . . it can be assumed that, in this context, the term refers to a corporate obligatio[n] secured by some form of security agreement in personal property” (p. 62, n. 21). In short, even though a debenture can be seen, in a technical sense, as merely a debt obligation (P. Martel, *Business Corporations in Canada* (2005), at pp. 32-14 and 32-15), the term “debenture” must be interpreted in its commercial and historical context, and its inclusion in the list in s. 224(1.3) *ITA* leads to the conclusion that Parliament intended to include the types of security that are most frequently used to grant real rights in property.

[98] In my opinion, since compensation has not been included in the list, the Caisse’s right can constitute a security interest only if it entails a real right. To limit the concept of security interest in s. 224(1.3) *ITA* to rights that are real in nature is consistent both with the shared meaning of the terms (“security interest” and “*garantie*”) used in the two versions of the provision and with Parliament’s purpose of giving the deemed trust priority over the security interests referred to in s. 224(1.3) *ITA*: *First Vancouver Finance*.

[99] It must now be determined whether compensation is a “security interest” as that term is defined in s. 224(1.3) *ITA*.

6. Right to Compensation and Security Interest

[100] Before determining whether compensation is a “security interest” as that term is defined in

par. 224(1.3) *LIR*, il est utile de se reporter au commentaire suivant de P. L. Davies : [TRADUCTION] « Le terme “débenture” s’entend indifféremment de l’instrument qui crée ou qui constate la dette, de la dette elle-même et de l’ensemble des droits conférés au titulaire pour garantir le paiement » (*Gower and Davies’ Principles of Modern Company Law* (7^e éd. 2003), p. 809). La débenture est également mentionnée comme exemple d’opération créant un *security interest* à l’al. 2a) de la *Loi sur les sûretés mobilières* de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. P.10. Les auteurs Cuming, Walsh et Wood expliquent ainsi sa présence : [TRADUCTION] « . . . **on peut supposer**, dans ce contexte, que le terme vise l’obligation d’une personne morale garantie par une sûreté sur un bien personnel » (p. 62, n. 21). En somme, même si, sur le plan technique, la débenture peut être vue comme un simple titre de créance (P. Martel, *Business Corporations in Canada* (2005), p. 32-14 et 32-15), il faut interpréter ce terme eu égard à son contexte commercial et historique et conclure que son inclusion dans l’énumération du par. 224(1.3) *LIR* indique l’intention du Parlement d’englober les types de garanties le plus souvent utilisées pour conférer un droit réel sur un bien.

[98] À mon avis, vu l’absence du mécanisme de la compensation dans l’énumération, pour être en mesure de conclure que le droit de la Caisse constitue une garantie (« *security interest* »), il faut que celui-ci comporte un droit réel. Le fait de limiter la portée de la notion de garantie au par. 224(1.3) *LIR* aux droits qui ont un caractère réel correspond au sens commun des deux versions de la disposition (« *garantie* » et « *security interest* »), en plus d’être compatible avec l’objectif du Parlement qui est de donner à la fiducie réputée priorité sur les garanties visées au par. 224(1.3) *LIR* : *First Vancouver Finance*.

[99] Il faut maintenant se demander si la compensation constitue une garantie au sens du par. 224(1.3) *LIR*.

6. Droit de compensation et garantie

[100] Pour déterminer si la compensation constitue une garantie au sens du par. 224(1.3) *LIR*, il

s. 224(1.3) *ITA*, I must mention that many Quebec commentators have characterized compensation as a *form* or *type* of “*garantie*”. It is important to note their use of the French term “*garantie*”, which, as I mentioned above, has a less precise meaning than “security interest”. Thus, Baudouin, Jobin and Vézina state, at No. 1035, that compensation [TRANSLATION] “serves as a *garantie* by making it possible to avert the risks of debtor insolvency”. In their view, compensation gives [TRANSLATION] “ordinary creditors a measure of priority in not requiring them to compete with other creditors” (see also: D. Lluelles and B. Moore, *Droit des obligations* (2006), at No. 2672; V. Karim, *Les obligations* (2nd ed. 2002), vol. 2, arts. 1497 à 1707 C.c.Q., at pp. 749-50; J. Pineau, D. Burman and S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4th ed. 2001), at p. 612). Moreover, compensation is a mechanism for extinguishing obligations that operates differently depending on the context in which it is effected: A. Bélanger, *Essai d'une théorie juridique de la compensation en droit civil québécois* (2004), at p. 299.

[101] These observations, although relevant to a description of compensation and its effects, do not support a conclusion that compensation is a “security interest” as that term is defined in s. 224(1.3) *ITA*. Although compensation may have the same effect as a security interest, care must be taken not to refer to the flexible sense that can be derived only from the French term “*garantie*”. For the purposes of s. 224(1.3) *ITA*, it is not enough that compensation offers protection similar to that of a security interest: it must also confer an “interest in property”, that is, a real right.

[102] Although it is true that compensation can be likened to a security interest, it cannot be equated with one in the sense that the term “security interest” must be given in the context of s. 224(1.3) *ITA*. Where compensation may be effected between two debts, the effect is clearly analogous to that of a “security interest” in the broad sense of the term; nevertheless, compensation or set-off is not regarded, in the positive law of either Quebec or the common law provinces, as having

convient d'entrée de jeu de souligner que de nombreux commentateurs québécois ont associé la compensation à une *forme* ou à une *sorte* de garantie. Il est important de noter ici l'utilisation de l'expression française « *garantie* » qui, comme nous l'avons vu précédemment, a un sens moins précis que celle de *security interest*. Ainsi, pour Baudouin, Jobin et Vézina, à la p. 1053, la compensation « sert de garantie en permettant d'éviter les risques d'insolvabilité du débiteur ». Pour eux, la compensation accorde « une certaine priorité à un créancier ordinaire, en ne l'obligeant pas au concours avec les autres créanciers » (voir aussi : D. Lluelles et B. Moore, *Droit des obligations* (2006), p. 1548; V. Karim, *Les obligations* (2^e éd. 2002), vol. 2, art. 1497 à 1707 C.c.Q., p. 749-750; J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4^e éd. 2001), p. 612). Par ailleurs, la compensation demeure un mécanisme d'extinction des obligations qui agit différemment selon le contexte dans lequel il est appelé à jouer : A. Bélanger, *Essai d'une théorie juridique de la compensation en droit civil québécois* (2004), p. 299.

[101] Bien que pertinentes pour décrire le mécanisme de la compensation et ses effets, ces observations ne permettent pas de conclure que cette opération constitue un *security interest* au sens du par. 224(1.3) *LIR*. En effet, bien que la compensation puisse avoir l'effet d'une garantie, il faut se garder de se reporter à l'acception malléable de cette notion qui peut être dégagée uniquement de la version française. Pour l'application du par. 224(1.3) *LIR*, il ne suffit pas que la compensation procure une protection semblable à une « *garantie* », encore faut-il qu'elle confère un « droit sur un bien », un droit réel.

[102] Quoique je reconnaisse qu'un rapprochement puisse être fait entre la compensation et une « *garantie* », il n'y a pas équivalence avec le sens qui doit être donné à cette notion dans le contexte du par. 224(1.3) *LIR*. S'il est certain que, lorsque deux créances sont susceptibles de compensation, l'effet est analogue à celui d'une garantie au sens large, il demeure tout de même que le droit positif québécois et des provinces de common law ne reconnaît pas à la compensation les caractéristiques d'un

the characteristics of a real right. The automatic extinction of mutual debts is an effect of compensation, but it does not constitute the enforcement of a real right in the property in question. Since compensation is not specifically mentioned in the definition of “security interest” in s. 224(1.3) *ITA*, I find that it is not a security interest for the purposes of that provision.

[103] Guy Duboc, a French author, suggests in *La compensation et les droits des tiers* (1989), at pp. 244-47, Nos. 360-64, that compensation agreements should be recognized as pledge agreements that are subject to the same conditions and have the same effects as a pledge. But he is alone in his opinion, and he himself acknowledges that his position is a bold one. In my view, this position cannot be incorporated into Quebec law, especially in light of the consolidation of all forms of security that took place in the course of the reform of the *Civil Code of Québec*. Rather, it must be concluded that the provisions on compensation, located as they are in the chapter on the extinction of obligations, do not support the argument that compensation is a pledge that would be considered a hypothec under the *Civil Code of Québec*. To reach the same conclusion as Duboc would be contrary to the objective pursued by the codifiers in 1991 of consolidating the various forms of security.

[104] There is another reason why I would place compensation, or set-off, outside the ambit of s. 224(1.3) *ITA*. The term “security interest” used in the English version is one that is used extensively in the common law provinces in, specifically, the context of personal property security law. For example, it is defined as follows in the English version of Ontario’s *Personal Property Security Act*:

“security interest” means an interest in personal property that secures payment or performance of an obligation, and includes . . .

As can be seen, this definition is very similar to the one in the English version of s. 224(1.3) *ITA*:

“security interest” means any interest in property that secures payment or performance of an obligation

droit réel. L’extinction automatique des dettes réciproques est un effet de la compensation, mais elle ne constitue pas la mise en œuvre d’un droit réel sur le bien concerné. Vu l’absence de mention expresse de ce mécanisme dans la définition de « garantie » au par. 224(1.3) *LIR*, je considère qu’il ne constitue pas une garantie au sens de cette disposition.

[103] Suivant un auteur français, Guy Duboc, *La compensation et les droits des tiers* (1989), p. 244-247, n^{os} 360-364, les conventions de compensation devraient être reconnues comme des conventions de gage, auxquelles s’appliqueraient les mêmes conditions et les mêmes effets que le gage. Cet auteur fait cependant cavalier seul et reconnaît lui-même l’audace de sa thèse. À mon avis, cette thèse ne saurait être intégrée au droit québécois, surtout au regard du regroupement de toutes les sûretés effectuées lors de la réforme du *Code civil du Québec*. Il faut plutôt conclure que, du fait de leur classement dans le chapitre portant sur l’extinction des obligations, les dispositions sur la compensation ne permettent pas d’affirmer que ce mécanisme constitue un gage qui serait reconnu dans le *Code civil du Québec* comme une hypothèque. En effet, conclure comme le fait Duboc irait à l’encontre de l’objectif d’unification que poursuivait le codificateur en 1991 à l’égard des sûretés.

[104] Un motif additionnel m’incite à écarter le mécanisme de la compensation du champ d’application du par. 224(1.3) *LIR*. J’ai mentionné plus tôt que la version anglaise utilise l’expression *security interest*. Or, cette expression est largement utilisée dans les provinces de common law, plus particulièrement dans le contexte des sûretés mobilières. Par exemple, la *Loi sur les sûretés mobilières* de l’Ontario définit ainsi l’expression *security interest* dans la version anglaise :

“security interest” means an interest in personal property that secures payment or performance of an obligation, and includes . . .

On remarquera que cette définition est très semblable à celle du texte anglais du par. 224(1.3) *LIR* :

“security interest” means any interest in property that secures payment or performance of an obligation

and includes an interest created by or arising out of

[105] Furthermore, in most of the common law provinces, the French versions of this provision do not raise the same problems as the French version of the federal provision (see, for example, in addition to the Ontario statute, those of New Brunswick (*Personal Property Security Act*, S.N.B. 1993, c. P-7.1) and Manitoba (*Personal Property Security Act*, C.C.S.M., c. P35)). In the Ontario statute, the French version reads as follows:

« sûreté » Intérêt sur des biens meubles qui garantit le paiement ou l'exécution d'une obligation, notamment les intérêts suivants

Thus, the term “security interest” is rendered as “*sûreté*” in the Ontario statute, as opposed to “*garantie*” — a word that requires interpretation because of its vagueness — in the federal statute.

[106] All the personal property security statutes of the common law provinces include broad, functional definitions of “security interest” (see, for example, s. 1 (“security interest”) of Ontario’s *Personal Property Security Act* and s. 1 (“security interest”) of New Brunswick’s *Personal Property Security Act*). Despite this liberal approach, all these statutes — except that of Ontario — give priority to contractual rights that arise before an assignment to another creditor is known. The Ontario statute was to the same effect until 2006; since then, it has provided that the right arises as of the time the debt becomes payable. The new Ontario provision does not appear to have been considered by the courts. However, regardless of when such rights arise, they are always dealt with separately from security interests (e.g., Ontario’s *Personal Property Security Act*, s. 40; New Brunswick’s *Personal Property Security Act*, s. 41; all other such statutes have virtually identical provisions), which shows that the legislatures did not consider set-off to be included in the concept of “security interest”. In the only case in which the most common wording of the provisions creating this type of right has been interpreted,

and includes an interest created by or arising out of

[105] Par ailleurs, je remarque que dans la plupart des lois des provinces de common law, la version française de cette disposition ne soulève pas les mêmes difficultés que la version française de la loi fédérale (par exemple, outre la loi ontarienne, voir celles du Nouveau-Brunswick (*Loi sur les sûretés relatives aux biens personnels*, L.N.-B. 1993, ch. P-7.1) et du Manitoba (*Loi sur les sûretés relatives aux biens personnels*, C.P.L.M., ch. P35)). La disposition de la loi ontarienne est rédigée ainsi :

« sûreté » Intérêt sur des biens meubles qui garantit le paiement ou l'exécution d'une obligation, notamment les intérêts suivants

On constate que l'expression *security interest* est rendue par le mot « sûreté » dans la loi ontarienne, plutôt que par le terme « garantie » utilisé dans la loi fédérale, terme qui nécessite une interprétation en raison de son caractère imprécis.

[106] Or, les lois sur les sûretés mobilières des provinces de common law comportent toutes des définitions larges et fonctionnelles de la notion de « sûreté » (voir par exemple l'art. 1 (« sûreté ») de la *Loi sur les sûretés mobilières* de l'Ontario, et l'art. 1 (« sûreté ») de la *Loi sur les sûretés relatives aux biens personnels* du Nouveau-Brunswick). Malgré cette approche libérale, toutes ces lois — sauf celle de l'Ontario — donnent priorité aux droits contractuels nés avant la connaissance d'une cession à un autre créancier. En ce qui a trait à la loi ontarienne, elle était au même effet jusqu'en 2006, date à laquelle la cristallisation du droit a été fixée au moment où la dette devient payable. La nouvelle disposition ontarienne ne paraît pas avoir été examinée par les tribunaux. Cependant, peu importe le moment de la cristallisation, ces droits sont toujours traités de façon distincte de la notion de *security interest* (p. ex. : *Loi sur les sûretés mobilières* de l'Ontario, art. 40; *Loi sur les sûretés relatives aux biens personnels* du Nouveau-Brunswick, art. 41, toutes les autres lois sont pratiquement identiques), ce qui montre que les législateurs ne considéraient pas que le *set-off* était couvert par la définition de « sûreté ». Dans

518718 Alberta Ltd. v. Canadian Forest Products Ltd., 1998 ABQB 619, 63 Alta. L.R. (3d) 371, the Alberta Court of Queen's Bench held that a creditor with a contractual right of set-off has priority over an assignee provided that the creditor's right arises before the assignment (paras. 54, 55 and 63) (in that case, the result was altered on the basis of estoppel, but estoppel is not in issue in the case at bar).

[107] A conclusion that compensation is a "security interest" as that term is defined in the federal statute would therefore conflict with the meaning given to the term in the provincial personal property security statutes, which exclude set-off. Such an interpretation would also be inconsistent with the common law concept of "set-off", on which numerous business transactions are based. Cuming, Walsh and Wood express the following opinion (at p. 87):

Set-off, whether contractual or procedural, does not involve a security interest because neither party to the set-off acquires a property interest.

Professor Goode adds the following, at para. 1-19:

A right of set-off, even if given by contract, is a purely personal right to set one claim against another. The party asserting it never acquires rights in the other's monetary claim at all; he merely asserts a countervailing claim which operates in pro tanto extinction of his monetary liability. It follows that a contractual set-off does not create a security interest.

P. Wood expresses the same opinion in *Set-Off and Netting, Derivatives, Clearing Systems* (2nd ed. 2007), at para. 1-008:

Although set-off has a similar commercial effect to a security interest, set-off is not a security interest in that the creditor does not grant the debtor a property interest over the creditor's property in the debt owed to the creditor to secure the cross-claim owed by the creditor to the debtor, eg a depositor does not grant a property

la seule affaire où le libellé le plus courant des dispositions qui créent ce type de droit a été interprété, *518718 Alberta Ltd. c. Canadian Forest Products Ltd.*, 1998 ABQB 619, 63 Alta. L.R. (3d) 371, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a conclu que le créancier bénéficiant d'un droit à la compensation contractuelle a priorité sur un cessionnaire dans la mesure où son droit naît avant la cession (par. 54, 55 et 63) (dans cette affaire, en raison de la préclusion, le résultat a été modifié, argument qui n'est pas pertinent pour notre propos).

[107] Conclure que la compensation constitue un *security interest* aux termes de la loi fédérale irait donc à l'encontre du sens donné à ce terme dans les lois provinciales sur les sûretés mobilières, lequel exclut la compensation. Cette interprétation irait aussi à l'encontre de la notion de *set-off* en common law, sur laquelle reposent de nombreuses opérations commerciales. Ainsi, Cuming, Walsh et Wood sont d'avis que (p. 87) :

[TRADUCTION] La compensation d'origine contractuelle ou procédurale ne confère pas de sûreté (*security interest*), car aucune des parties n'acquiert de droit sur le bien.

De même, le professeur Goode écrit ceci, au par. 1-19 :

[TRADUCTION] Le droit de compensation, même lorsqu'il est accordé par contrat, est un droit purement personnel de compenser sa dette et une autre. La partie qui l'exerce n'acquiert jamais de droit sur la créance de l'autre partie : elle opère simplement compensation jusqu'à l'extinction de l'obligation pécuniaire de l'autre partie. La compensation conventionnelle ne crée donc pas de garantie.

P. Wood, dans *Set-Off and Netting, Derivatives, Clearing Systems* (2^e éd. 2007), est du même avis (par. 1-008) :

[TRADUCTION] Malgré son effet commercial analogue, le droit de compensation n'est pas une sûreté (*security interest*) parce que le créancier n'accorde pas au débiteur un droit de propriété sur sa propre créance pour garantir le paiement de la dette qu'il a envers lui. Par exemple, un déposant ne cède pas à la banque le droit

right over the depositor's ownership of the deposit claim back to the bank to secure a loan owed by the depositor to the bank. Nor is set-off a right of retention like a lien because the bank does not retain the coins or notes of the depositor: the property in the benefit of the deposit account is held by the depositor and the bank has no property to retain.

Hence a right of set-off would not normally conflict with negative pledges typical of unsecured bank loan agreements whereby the borrower agrees not to create security over its assets. Negative pledges which widen the concept to include transactions similar to security interests should also not prohibit set-offs since a security interest and related title finance transactions (sale and leaseback, factoring, sale and repurchase) usually involve property transfers, but set-off is not a property transfer. A negative pledge which prohibited set-off would effectively prevent the debtor from becoming reciprocally indebted to a counterparty — impracticable in the normal case.

Professor Grant Gilmore, one of the US architects of Article 9 of the Uniform Commercial Code, when requested to exclude set-off from the definition of security interests, remarked, "One might as well exclude fan-dancing". Nevertheless he reluctantly gave in: Article 9 does not apply to "a right of recoupment or set-off": see s. 9-109(d)(10). In New Zealand the equivalent Personal Property Security Act does not apply to a right of set-off, netting or combination of accounts: see s. 23(c).

[108] Although I will be discussing the reasons of Rothstein J. below, I wish at this point to draw attention to one aspect of his reasoning. He relies on an excerpt from S. R. Derham's book *The Law of Set-Off* (3rd ed. 2003) to conclude that if the parties intended to create a security interest, that interest must be covered by the definition in s. 224(1.3) *ITA*. With respect, the following statement by Derham must be borne in mind: "... the predominant view is that a set-off agreement is not a charge" (para. 16.80). Thus, it must be understood that the passages cited by my colleague are part of a discussion of arguments in support of an unconventional

au paiement de la somme déposée en garantie d'un prêt qu'elle lui consent. Le droit de compensation n'est pas non plus un droit de rétention comme celui que confère le privilège, car la banque ne conserve pas les espèces déposées, la propriété du compte de dépôt demeurant celle du déposant et la banque ne disposant d'aucun bien pouvant être retenu.

Par conséquent, le droit de compensation n'est habituellement pas incompatible avec l'engagement à ne pas faire que prévoit généralement le contrat de prêt bancaire non garanti dans lequel l'emprunteur s'engage à ne grever ses éléments d'actif d'aucune sûreté. L'engagement à ne pas faire, qui est suffisamment large pour englober l'opération apparentée à une sûreté (*security interest*), ne devrait pas non plus écarter la compensation, car la sûreté (*security interest*) et l'opération connexe de financement avec incidence sur le droit de propriété (vente et cession-bail, affacturage, vente et rachat) comporte habituellement le transfert d'un bien, alors que la compensation n'en suppose aucun. L'engagement à ne pas faire qui écarterait la compensation empêcherait la réciprocité des obligations du débiteur et de l'autre partie — ce qui est normalement impossible.

Lorsqu'on a demandé au professeur Grant Gilmore — l'un des concepteurs de l'article 9 du Uniform Commercial Code américain — d'exclure le droit de compensation de la définition de *security interest*, il a rétorqué : [TRADUCTION] « On pourrait aussi bien exclure les mécanismes les plus farfelus ». Il a toutefois cédé à contrecœur, de sorte que l'article 9 ne s'applique pas au [TRADUCTION] « droit de recouvrement ou de compensation » : al. 9-109d)(10). En Nouvelle-Zélande, la Personal Property Security Act — l'équivalent du code — ne s'applique pas au droit de compensation, y compris le « *netting* » et la combinaison des comptes : voir l'al. 23c).

[108] Bien que je commente plus loin l'opinion du juge Rothstein, je tiens dès maintenant à attirer l'attention sur un aspect de son raisonnement. S'appuyant sur un extrait de l'ouvrage de S. R. Derham, *The Law of Set-Off* (3^e éd. 2003), il conclut que si l'intention des parties est de créer un *security interest*, il faut en déduire qu'il s'agit d'un droit couvert par le par. 224(1.3) *LIR*. Avec égards pour l'opinion exprimée par mon collègue, il y a lieu de rappeler que, selon Derham, [TRADUCTION] « la thèse prédominante veut que la convention de compensation ne constitue pas une charge » (par. 16.80). Les passages cités par mon collègue doivent

approach. As with my rejection of Duboc's novel interpretation of French law, I find that it would not really be appropriate to incorporate into federal law a concept that is not recognized at common law and is totally unknown in civil law. In my view, it is very dangerous to assert that a real right in property can result from the parties' intention without basing that assertion on a mechanism known to the law.

[109] This review of the academic commentaries thus leads me to conclude that, under the common law as it now stands, set-off is excluded from the field of personal property security. The fact that a legal mechanism enables a creditor to obtain an effect similar to that of a "security interest" in the generic sense of the term does not make that mechanism a security interest.

[110] Despite the arguments presented in all courts, my colleague Rothstein J. considers that the question to be answered is not whether compensation is a security interest. Rather, in his view, the issue is whether the agreement created a "security interest" as defined in s. 224(1.3) *ITA*. He concludes that such an interest did in fact result from the juxtaposition of certain rights of the Caisse and obligations of Camvrac.

[111] As Rothstein J. sees it, compensation is merely a remedy (para. 30). The undertakings that gave rise to an "interest in property" as defined in s. 224(1.3) *ITA* were those relating to the term for repayment of the deposit amount, the obligation to maintain the deposit, the right to withhold and the limits on transferring, negotiating and hypothecating the deposit (para. 30). Rothstein J. does not concern himself with whether those rights, either individually or collectively, created a real right. Yet even though he does not expressly accept that a security interest entails a real right, he considers that, in the case at bar, the Caisse held a movable hypothec with delivery in accordance with the reasoning of the majority in *Caisse populaire*

donc être replacés dans le contexte d'une réflexion sur les arguments qui favoriseraient une approche différente de celle qui a cours généralement. Tout comme j'ai écarté l'interprétation originale de Duboc en droit français, j'estime qu'il serait difficilement acceptable d'incorporer à la loi fédérale une notion qui n'est pas reconnue en common law et qui est totalement étrangère au droit civil. Il est, à mon avis, tout à fait hasardeux d'affirmer qu'un droit réel dans un bien peut résulter de l'intention des parties sans prendre appui sur un mécanisme reconnu en droit.

[109] Par conséquent, cette revue de la doctrine m'amène à conclure que, dans l'état actuel du droit, la common law exclut la compensation du champ des sûretés mobilières. Le fait qu'un mécanisme juridique permette à un créancier d'obtenir un effet semblable à celui d'une garantie au sens générique de ce terme ne fait pas de ce mécanisme un *security interest*.

[110] Malgré les arguments présentés devant toutes les instances, mon collègue le juge Rothstein est d'avis que la question qu'il faut trancher n'est pas de savoir si la compensation est un *security interest*. Selon lui, il s'agit plutôt de déterminer si l'entente a conféré un *security interest* au sens du par. 224(1.3) *LIR*. Il conclut que la juxtaposition de certains droits de la Caisse et obligations de Camvrac ont cet effet.

[111] Selon cette approche, la compensation ne serait qu'une réparation (par. 30). Les engagements qui constitueraient un *interest in property* au sens du par. 224(1.3) *LIR* seraient les suivants : le terme fixé pour le remboursement du dépôt, l'obligation de maintenir le dépôt, le droit de retenue et la limite à la possibilité de céder, négocier et hypothéquer le dépôt (par. 30). Le juge Rothstein ne cherche pas à déterminer si ces droits constituent, individuellement ou collectivement, un droit réel. Cependant, même si mon collègue n'accepte pas formellement qu'un *security interest* implique un droit réel, il estime que la Caisse bénéficiait en l'espèce d'une hypothèque mobilière avec dépossession selon le raisonnement tenu par la majorité dans *Caisse*

Desjardins de Val-Brillant v. Blouin, 2003 SCC 31, [2003] 1 S.C.R. 666. For several reasons, I cannot accept my colleague's interpretation of the "security interest" concept or his recourse to the hypothec to conclude that the deemed trust had priority. I will discuss my objections under two heads.

Novel Approach to the "Security Interest" Concept

[112] I must say that Rothstein J.'s approach to the "security interest" concept is a novel one. He states that he agrees that the shared meaning lies in the English version, which implies that the English term corresponds to a legally recognized common concept. As I mentioned above, there is no federal common law. To identify the purpose Parliament was pursuing when it chose the "security interest" concept, it is necessary to refer to the common law, which is provincial law. The analysis cannot therefore disregard provincial law. However, the effect of my colleague's interpretation is to expand the "security interest" concept beyond its accepted scope in Canadian commercial law. Since his approach does not correspond at all to the shared meaning, its effect is to disregard both the principles applicable to the interpretation of bilingual legislation and those applicable to the harmonization of federal law and provincial law.

[113] Rothstein J. concludes on the basis of inchoate accessory rights that an interest in property — or, in other words, a "security interest" as defined in s. 224(1.3) LIR — was created (at para. 30):

It was the five-year term and the maintenance and retention of the \$200,000 deposit, as well as Camvrac's agreement not to transfer or negotiate the deposit and that the deposit could only be used as security with the Caisse, that created the Caisse's interest in Camvrac's property for the purposes of s. 224(1.3) *ITA*.

What my colleague overlooks in his analysis is the fact that under s. 224(1.3) *ITA*, the interest in the

populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin, 2003 CSC 31, [2003] 1 R.C.S. 666. Pour plusieurs raisons, je ne puis accepter son interprétation de la notion de *security interest* et son recours à l'hypothèque pour conclure à la priorité de la fiducie réputée. Je vais regrouper mes objections sous deux rubriques.

Approche nouvelle à l'égard de la notion de « security interest »

[112] Je dois dire que l'approche retenue par le juge Rothstein à l'égard de la notion de *security interest* est nouvelle. Il dit accepter que le sens commun se trouve dans la version anglaise. Cela implique que l'utilisation de cette expression correspond à un concept commun reconnu en droit. Comme je l'ai mentionné plus tôt, il n'existe pas de common law fédérale. Pour dégager le but recherché par le Parlement lorsqu'il choisit le concept de *security interest*, il faut se reporter à la common law, qui est le droit provincial. On ne saurait donc faire abstraction du droit provincial dans l'analyse. L'interprétation de mon collègue a pourtant pour effet d'élargir la portée de la notion de *security interest* bien au-delà de ce qui est reconnu en droit commercial canadien. Comme son approche ne correspond nullement au sens commun, elle a pour effet de mettre de côté tant les principes d'interprétation des lois bilingues que ceux qui guident l'harmonisation du droit fédéral et des droits provinciaux.

[113] Le juge Rothstein se fonde sur des droits accessoires incomplets pour conclure qu'un *interest in property* a été conféré, en d'autres mots un *security interest* au sens du par. 224(1.3) *LIR* (par. 30) :

C'est le terme de cinq ans, le maintien du dépôt et la retenue de la somme de 200 000 \$, ainsi que l'engagement de Camvrac de ne pas transférer ou négocier le dépôt et le fait que la somme ne pouvait servir de garantie que vis-à-vis de la Caisse qui ont fait naître le droit de la Caisse sur un bien de Camvrac pour les besoins du par. 224(1.3) *LIR*.

Ce qu'omet mon collègue dans son analyse est que, selon le par. 224(1.3) *LIR*, l'intérêt dans le bien

property must make it possible to realize on the security. To simply find that an interest in property exists without regard for the context is not sufficient.

[114] At common law, a security interest typically entails three fundamental rights: (1) the right to realize on property given as security; (2) a right to priority with respect to the proceeds of realization; and (3) the right to follow the property in the hands of a third party to whom it has been transferred (Cuming, Walsh and Wood, at p. 1). None of the rights mentioned by Rothstein J. enable the person concerned to appropriate the property. Thus, neither the term for repayment, nor the obligation to maintain, nor the right to withhold, nor the limit on the right to transfer, hypothecate or negotiate would enable the Caisse to realize on the deposit or appropriate the deposit amount to ensure performance of the secured obligation. I cannot imagine that Parliament intended the provision to apply to any mechanism other than the one known at common law that makes it possible to appropriate the property to which the security interest relates. What must be done under s. 224(1.3) *ITA* is to identify a *security* interest, not a simple interest.

[115] Although my colleague does not include compensation in the above list in support of his conclusion that an interest in property was created, he does ultimately refer to it, describing it as a remedy. What I conclude from this is that he does not see compensation as an interest in property and that according to his interpretation only the rights he mentions create such an interest. I believe that a few comments about each of these rights will be helpful here.

[116] Regardless of what standpoint is taken in reviewing the Caisse's obligation with respect to the term, the clause establishing the term cannot be viewed as stipulating anything other than a deadline for repayment of the deposit. It is well established that in the context of a banking contract, to deposit an amount in a financial institution is to make a loan. The financial institution becomes the owner of the loaned amount and must return it with the interest agreed on (art. 2330 *C.C.Q.*).

doit permettre la réalisation de la sûreté. Un intérêt décontextualisé à l'égard d'un bien ne suffit pas.

[114] En common law, un *security interest* confère typiquement trois droits fondamentaux : (1) le droit de réalisation de la sûreté sur le bien donné en garantie; (2) un droit de préférence sur le produit de réalisation; (3) le droit de suivre le bien dans les mains d'un tiers à qui il a pu être transféré (Cuming, Walsh, Wood, p. 1). Aucun des droits mentionnés par le juge Rothstein ne permet à l'intéressé de s'approprier le bien. En effet, ni le terme fixé pour le remboursement, ni l'obligation de maintien, ni le droit de retenue, ni la limite au droit de céder, d'hypothéquer ou de négocier ne permettent à la Caisse de réaliser le dépôt ou de se l'approprier pour satisfaire l'obligation garantie. Je ne peux concevoir que le législateur fédéral ait voulu couvrir quelque autre mécanisme que celui, connu en common law, qui permet l'appropriation du bien faisant l'objet du droit. Selon le par. 224(1.3) *LIR*, il faut identifier un *security interest* et non pas simplement un *interest*.

[115] Même si, dans l'énumération citée ci-dessus, mon collègue n'a pas recours à la compensation pour conclure à la constitution d'un *interest in property*, il s'y reporte éventuellement pour la décrire comme une réparation. J'en conclus que, à son avis, la compensation ne constitue pas un *interest in property* et que seuls les droits mentionnés confèrent, selon son interprétation, un tel intérêt. J'estime utile de faire quelques commentaires concernant chacun de ces droits.

[116] Quel que soit l'angle sous lequel on examine l'obligation de la Caisse quant au terme, cette clause ne peut être considérée autrement que comme un délai fixé pour le remboursement du dépôt. Il est reconnu que, dans le contexte du contrat bancaire, le dépôt d'une somme auprès d'une institution financière constitue un prêt. L'institution devient propriétaire de la somme prêtée à charge de la rendre avec les intérêts convenus (art. 2330 *C.c.Q.*). Il s'agit en quelque sorte d'un simple prêt (art. 2329

The transaction is, in a word, a simple loan (art. 2329 *C.C.Q.*). The clause that establishes the term merely fixes the time when the loaned amount is to be returned. Camvrac's relationship with the Caisse with respect to the deposit was merely one of creditor and debtor that entailed only a right to be repaid upon expiry of the term. The establishment of a term did not alter the nature of the legal relationship between the Caisse and Camvrac. The right was not a real right, but a simple personal right.

[117] The same analysis applies to the covenants to which Camvrac agreed, those relating to Camvrac's claim against the Caisse. The undertakings to maintain the deposit and not to transfer, negotiate or hypothecate the claim conferred on the Caisse no right in the claim Camvrac had against it. In the event of default, these rights would be of no assistance unless they were violated, in which case they might give rise to an action for failure to perform the contract. All these rights were personal rights, not real rights. The right to withhold warrants more specific comment.

[118] In considering the meaning to be given to the expressions "*droit de retenue*" and "*droit de rétention*" and the nature of the right that has been created, the context is essential. In civil law, there is one concept known as the "*droit de rétention*" (under, for example, arts. 875, 974, 1250 and 2543 *C.C.Q.*), which is a right to retain corporeal property, and another known as the "*droit de retenue*", or right to deduct (see arts. 2111, para. 2 and 2123 *C.C.Q.*). The right to deduct is different from the right to retain: it applies to an amount of money, not to corporeal property. There is therefore no right to follow. Also, the creditor's claim does not have priority. The right to deduct has none of the characteristics on the basis of which a right to retain can be likened to a real right.

[119] In the instant case, in the agreement to give savings as security, the following appears as the title of clause 1: "*Droit de rétention et de compensation*" ("Right to withholding and compensation" in the English version of the Caisse's standard form

C.c.Q.). La clause établissant le terme ne fait que fixer le moment de la remise de la somme prêtée. Dans ses rapports avec la Caisse, pour ce qui est du dépôt, Camvrac n'a qu'une relation de créancier à débiteur, qu'un droit au remboursement à terme. Le fait qu'un terme soit fixé ne modifie pas la nature de la relation juridique entre la Caisse et Camvrac. Il ne s'agit pas d'un droit réel, mais d'un simple droit personnel.

[117] Les engagements de faire ou de ne pas faire de Camvrac peuvent être analysés de la même façon. Ils portent sur le droit de créance que Camvrac peut faire valoir contre la Caisse. Les engagements à maintenir et à ne pas céder, négocier ou hypothéquer la créance ne confèrent à la Caisse aucun droit sur la créance que Camvrac peut exercer contre elle. En cas de défaut, ces droits ne seraient d'aucune utilité si ce n'est que, si enfreints, ils pourraient donner ouverture à un recours pour inexécution de contrat. Dans tous les cas, il s'agit de droits personnels et non de droits réels. Le droit de retenue requiert quelques commentaires plus précis.

[118] Le contexte est essentiel pour déterminer le sens à donner aux expressions « droit de retenue/droit de rétention » ainsi que la nature du droit conféré. Le droit civil reconnaît le droit de rétention d'un bien corporel (p. ex. aux art. 875, 974, 1250 et 2543 *C.c.Q.*), et le droit de retenue (voir art. 2111, al. 2, 2123 *C.c.Q.*). Le droit de retenue est différent du droit de rétention : il s'exerce sur une somme d'argent et non sur un bien corporel. Il n'est donc pas question de droit de suite. De plus, aucune priorité n'est accordée au créancier qui en bénéficie. Le droit de retenue ne comporte aucune des caractéristiques permettant de faire un rapprochement entre un droit de rétention et un droit réel.

[119] En l'espèce, la convention de mise en garantie d'épargne comporte, comme l'indique l'intitulé de la clause 1, l'inscription suivante : Droit de rétention et de compensation. Dans la description des obligations, on y précise que le déposant

contract). Regarding obligations, the agreement provides that the depositor “consents to the withholding by the Caisse, in the account(s) . . . mentioned below, of the amount of . . .”, and that “[t]he Caisse may withhold the sums . . . in the case of a line of credit, as long as it has not been cancelled”. Despite the use of the expression “*droit de rétention*” in the title of the clause, the purpose of the right is to deduct an amount of money and not to retain corporeal property, which means that it is a “*droit de retenue*”, not a “*droit de rétention*” within the meaning of the *Civil Code of Québec*.

[120] This right to deduct could be of no help to the Caisse during the term of the deposit, as the Caisse was not required to return the deposited amount until the term expired, and this stipulation afforded it no additional protection. Since clause 11 of the term savings agreement provided that the term would be renewed automatically in the absence of notice to the contrary, the Caisse would be able to exercise the right to deduct only if Camvrac gave notice that it would not be renewing the term. Such notice could be given not later than seven days after the term expired. If a notice of non-renewal were received, it would then be open to the Caisse to request repayment under clause 5 of the variable credit contract. In such circumstances, compensation could be effected by operation of law upon the expiry of the term, and the right to deduct and the obligation to maintain the deposit would be irrelevant. If, however, the Caisse did not immediately cancel the line of credit when the term of the deposit expired owing to the non-renewal, Camvrac would be precluded from requesting repayment because of its undertaking to maintain the amount in a deposit and the Caisse’s right to deduct the amount. The Caisse would then retain the power to cancel the line of credit at any time, at its discretion, in order to effect legal compensation or, in the case of default, conventional compensation. These scenarios show that the Caisse’s right to deduct and Camvrac’s obligation to maintain were mechanisms provided for in the agreement to ensure that legal or conventional compensation could be effected. They conferred no separate right to realize on the claim and, moreover, were of residual application.

« consent à ce que la caisse retienne, dans le ou les comptes [. . .] mentionnés ci-après, la somme de . . . », et aussi que « La caisse pourra retenir les sommes [. . .] dans le cas d’une ouverture de crédit, tant qu’elle n’aura pas été annulée ». En dépit du vocable « droit de rétention » employé à l’intitulé de la clause, comme l’objet du droit consiste à retenir une somme d’argent et non un bien corporel, nous sommes ici en présence d’un droit de retenue et non d’un droit de rétention au sens où l’entend le *Code civil du Québec*.

[120] Le droit de retenue ne peut être utile à la Caisse pendant le terme du dépôt. En effet, la Caisse n’a pas à remettre la somme déposée avant l’échéance du terme et ne bénéficie alors d’aucune protection additionnelle du fait de cette stipulation. Étant donné que, conformément à la clause 11 de la convention d’épargne à terme, le terme est renouvelé automatiquement si aucun avis n’est donné, le droit de retenue n’est utile que si Camvrac a donné un avis de non-renouvellement. Un tel avis peut être donné au plus tard sept jours suivant l’échéance du dépôt. Sur réception de cet avis, la Caisse a alors le loisir de demander le remboursement conformément à la clause 5 de la Convention de crédit variable. Dans cette situation, la compensation légale peut s’opérer de plein droit à l’échéance du terme, et le droit de retenue ainsi que l’obligation de maintien n’ont aucun rôle à jouer. Cependant, si la Caisse n’annulait pas immédiatement l’ouverture de crédit alors que le dépôt est échu pour cause de non-renouvellement, Camvrac serait empêchée de demander le remboursement de cette somme en raison de son engagement à la maintenir en dépôt et du droit de la Caisse de la retenir. La Caisse conserverait alors le pouvoir d’annuler en tout temps, à sa discrétion, l’ouverture de crédit de façon à provoquer la compensation légale ou, en cas de défaut, d’opérer compensation conventionnelle. Ces hypothèses démontrent que le droit de retenue de la Caisse et l’obligation de maintien de Camvrac sont des mécanismes prévus par la convention qui permettent d’assurer l’efficacité de la compensation légale ou conventionnelle. Ils ne confèrent aucun droit autonome permettant de réaliser la créance et, au surplus, ils sont d’application résiduelle.

[121] The most important thing to bear in mind is that none of the clauses on which Rothstein J. relies created a real right or an interest in property (“security interest” as defined in s. 224(1.3) *ITA*). A term is a deadline for repayment. The right to deduct is simply the right of a creditor not to perform an obligation to pay as long as a debt is owed to him or her. It is, in a way, an extension granted for repayment. As for the obligation to maintain, it is clearly an undertaking by one person to another to perform an obligation. The limit on the right to transfer, hypothecate or negotiate constitutes an obligation “not to do”.

[122] Thus, I cannot see how these rights, whether considered in isolation or as a whole, might constitute a “security interest” as that term is defined in s. 224(1.3) *ITA*. None of them provides a basis for using the property to ensure performance of the obligation, and none of them constitutes an interest in property that secures performance of an obligation.

[123] As Professors Cuming, Walsh and Wood point out, the elimination of form as a determinant of the creation of a security does not mean that every contractual undertaking can be regarded as security on personal property. The limits on which Rothstein J. relies can be compared with those applicable to flawed assets. According to the technique of flawed assets, property such as a bank deposit is subject to limits on withdrawal until the depositor has repaid his or her debt to the bank. It is well established that this technique does not create a security interest. Professor Goode explains this as follows (at para. 1-21):

[The technique of flawed assets] does not of itself constitute a security, for the bank acquires no rights over the deposit, merely a right to withhold repayment.

[124] Cuming, Walsh and Wood also cite examples of undertakings pursuant to which creditors are given interests in property that cannot be characterized as security interests. One of them, the

[121] L'élément le plus important à signaler est qu'aucune des clauses sur lesquelles se fonde le juge Rothstein ne crée de droit réel ou de *interest in property (security interest)* au sens du par. 224(1.3) *LIR*. Le terme est un délai établi pour le remboursement. Le droit de retenue est simplement le droit d'un créancier de ne pas exécuter son obligation de payer tant qu'une dette lui est due. Il s'agit, en quelque sorte, d'un délai additionnel accordé pour le paiement. Quant à l'obligation de maintenir, il s'agit clairement de l'engagement d'une personne envers une autre à exécuter une obligation. La limite au droit de céder, d'hypothéquer ou de négocier constitue une obligation de ne pas faire.

[122] Je ne peux donc concevoir que, pris isolément ou considérés dans leur ensemble, ces droits puissent constituer un *security interest* au sens du par. 224(1.3) *LIR*. Aucun ne permet d'utiliser le bien pour l'exécution de l'obligation et aucun ne constitue un droit sur un bien qui garantit l'exécution d'une obligation.

[123] Comme le signalent les professeurs Cuming, Walsh et Wood, il ne découle pas de l'élimination du formalisme comme facteur déterminant dans la constitution des sûretés que n'importe quel engagement contractuel peut être considéré comme une sûreté mobilière. On peut comparer les limites sur lesquelles le juge Rothstein se fonde à celles qui régissent les biens réservés (« *flawed assets* »). Selon cette technique, un bien — par exemple un dépôt bancaire — est sujet à des limites quant à son retrait, jusqu'à ce que le déposant ait remboursé sa dette à la banque. Il est reconnu que cette technique ne crée pas de « *security interest* ». Le professeur Goode donne l'explication suivante (par. 1-21) :

[TRADUCTION] [La technique des biens réservés] ne constitue pas en soi une sûreté (*security interest*), car la banque n'obtient pas de droits sur le dépôt, seulement le droit de retenir la somme.

[124] Les professeurs Cuming, Walsh et Wood donnent aussi des exemples d'engagements conférant au créancier des droits à l'égard d'un bien qui ne sauraient être qualifiés de *security interest*. Un

covenant not to dispose of or encumber property, is of interest, as it is analogous to one of the undertakings on which Rothstein J. relies:

A “negative pledge” clause or negative covenant in a loan agreement under which the borrower covenants not to encumber or dispose of some or all of her personal property until the loan is repaid does not create a security interest since, standing alone, the covenant does not create an interest in the property of the borrower. A negative pledge clause in a security agreement cannot prevent the covenantor from giving another effective security interest in the collateral. [p. 86]

Adding one or more personal rights does not result in the creation of a real right, which, as we saw above, Cuming, Walsh and Wood consider essential to the creation of a security interest. If Rothstein J.’s conclusion that a contractual undertaking creates an interest in the property is based on the functional approach, a further issue that will arise is how the negative pledge — whether or not in combination with another personal right such as the right to compensation — is now to be characterized.

[125] Therefore, in my view, not only is Rothstein J.’s analysis of the expression “interest in property” or “*droit sur un bien*” unacceptable in that it disregards the fact that the principal purpose of a security interest must be to permit the property given as security to be realized, but it cannot be reconciled with the characterization of techniques similar to those adopted in the case at bar that do not create security interests.

Granting of a Movable Hypothec on a Claim With Delivery

[126] I also wish to comment on the argument that a hypothec was granted on the basis of the reasoning followed in *Val-Brillant*. First of all, I would point out that no evidence was adduced concerning a hypothec and that no submissions were made in this respect either before the prothonotary or in the Federal Court or the Federal Court of Appeal. I

de ces exemples, l’engagement à ne pas céder ou hypothéquer, est intéressant, parce qu’il est analogue à l’un des engagements invoqués par le juge Rothstein :

[TRADUCTION] Dans un contrat de prêt, la clause de « sûreté négative » ou l’engagement de ne pas faire par lequel l’emprunteur s’engage à ne pas grever ses biens mobiliers d’une charge ni les aliéner, en totalité ou en partie, avant le remboursement du prêt, ne fait pas naître de sûreté puisque, à lui seul, l’engagement ne confère pas de droit sur le bien de l’emprunteur. Dans une convention conférant une sûreté, une clause de sûreté négative ne peut empêcher l’auteur de l’engagement de consentir à un tiers une sûreté opposable sur un bien. [p. 86]

L’ajout d’un ou de plusieurs droits personnels n’a pas pour effet de créer un droit réel, élément essentiel d’un *security interest* selon ces auteurs, comme on l’a vu plus tôt. Si c’est l’approche fonctionnelle qui permet au juge Rothstein de conclure que les engagements contractuels confèrent un droit dans le bien, il faudra alors voir comment sera dorénavant qualifié le *negative pledge*, accompagné ou non d’un autre droit personnel, telle la compensation.

[125] Par conséquent, je suis d’avis que, non seulement l’analyse que fait le juge Rothstein de l’expression *interest in property* ou « droit sur un bien » souffre de ce qu’elle ne tient pas compte du fait que l’utilité première d’un *security interest* doit être de permettre la réalisation du bien donné en garantie, mais qu’elle n’est pas non plus conciliable avec la qualification donnée aux techniques similaires à celles adoptées en l’espèce — ces techniques ne constituent pas des *security interests*.

Constitution d’une hypothèque mobilière de créance avec dépossession

[126] Je tiens aussi à commenter l’argument suivant lequel une hypothèque aurait été constituée suivant le raisonnement appliqué dans l’arrêt *Val-Brillant*. D’entrée de jeu, je souligne qu’aucune preuve n’a été faite concernant une hypothèque et qu’aucun argument n’a été soulevé à ce sujet, que ce soit devant la protonotaire, la Cour fédérale ou

find this argument somewhat surprising in view of the fact that the parties neither produced evidence nor made submissions with respect to it. It will also be necessary to place *Val-Brillant* in context and to comment briefly on the use of the hypothec to confirm that the Caisse's right is subject to the deemed trust.

[127] In *Val-Brillant*, the issue was whether a non-negotiable certificate of deposit could be the object of a pledge (art. 2702 *C.C.Q.*). There were two opposing theories, of "materialization" or "dematerialization" of the pledge: Payette, at pp. 380-91; P. Ciotola and A. Leduc, "Arrêt *Val-Brillant*: évolution ou régression de l'hypothèque mobilière avec dépossession, en droit civil québécois?", in S. Normand, ed., *Mélanges offerts au professeur François Frenette: études portant sur le droit patrimonial* (2006), at p. 361. The majority accepted the theory of dematerialization and held that there could be a pledge on a non-negotiable instrument. Gonthier J., writing for the majority, concluded that effective control of a non-negotiable instrument for the purposes of arts. 2702 and 2703 *C.C.Q.* could be gained by means of the assignment of claims mechanism referred to in art. 2710 *C.C.Q.*

[128] The commentators have criticized the view that a movable hypothec with delivery can be granted in the manner described in *Val-Brillant*: Ciotola and Leduc; D. Pratte, "L'hypothèque avec dépossession de créances non représentées par un titre négociable ou le retour à une fiction accommodante", in *Mélanges offerts au professeur François Frenette: études portant sur le droit patrimonial*, at p. 421.

[129] Article 2702 *C.C.Q.* was amended on January 1, 2009. The *Civil Code of Québec* now explicitly provides that physical delivery of the property or instrument is essential for a pledge to be granted. This amendment to the *Civil Code of Québec* is a clarification made by the legislature in response to *Val-Brillant* (see: Quebec, National Assembly, *Journal des débats*, June 11, 2008, 1st Sess., 38th Leg., vol. 40, No. 46, at p. 1, Bill 47, *Securities and Other Financial Assets Transfer Act*;

la Cour d'appel fédérale. Un tel argument me surprend un peu vu l'absence de preuve et d'arguments des parties à cet égard. Par ailleurs, il convient de replacer l'arrêt mentionné ci-dessus dans son contexte et de faire quelques commentaires au sujet de l'utilisation de l'hypothèque pour confirmer l'assujettissement du droit de la Caisse à la fiducie réputée.

[127] Dans l'affaire *Val-Brillant*, la question était de savoir si un certificat de dépôt non négociable pouvait faire l'objet d'un gage (art. 2702 *C.c.Q.*). Deux thèses s'opposaient, la matérialisation du gage et sa dématérialisation : Payette, p. 380-391; P. Ciotola et A. Leduc, « Arrêt *Val-Brillant* : évolution ou régression de l'hypothèque mobilière avec dépossession, en droit civil québécois? », dans S. Normand, dir., *Mélanges offerts au professeur François Frenette : études portant sur le droit patrimonial* (2006), p. 361. En acceptant la thèse de la dématérialisation du gage, la majorité a jugé que le gage pouvait porter sur un titre non négociable. Le juge Gonthier, qui s'exprimait pour la majorité, a conclu que la maîtrise effective d'un titre non négociable aux termes des art. 2702 et 2703 *C.c.Q.* pouvait être acquise par le mécanisme de la cession de créances auquel renvoie l'art. 2710 *C.c.Q.*

[128] La constitution d'une hypothèque mobilière avec dépossession suivant les modalités énoncées dans l'arrêt *Val-Brillant* a été critiquée par la doctrine : Ciotola et Leduc; D. Pratte, « L'hypothèque avec dépossession de créances non représentées par un titre négociable ou le retour à une fiction accommodante », dans *Mélanges offerts au professeur François Frenette : études portant sur le droit patrimonial*, p. 421.

[129] Le texte de l'art. 2702 *C.c.Q.* a été modifié le 1^{er} janvier 2009. Le *Code civil du Québec* mentionne maintenant explicitement que la remise matérielle du bien ou du titre est essentielle à la constitution du gage. Cette modification du *Code civil du Québec* est une précision apportée par le législateur à la suite de l'arrêt *Val-Brillant* (voir : Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 11 juin 2008, 1^{re} sess., 38^e lég., vol. 40, n^o 46, p. 1, Projet de loi n^o 47, *Loi sur le transfert de*

M. Deschamps, “Le nouveau régime québécois des sûretés sur des valeurs mobilières”, lecture delivered on March 19, 2009 to the Chaire du notariat of the Université de Montréal, at p. 4, note 12 (online: www.chairedunotariat.qc.ca/fr/conferences/mois/032009/Deschamps.pdf). It is now clear that the instrument that is delivered must confer effective control over the claim without recourse being had to the assignment of claim mechanism as suggested by Gonthier J. By specifying that *physical* delivery is required, the legislature has indicated that the theory of materialization of the pledge has been accepted: the instrument must therefore be negotiable. The only exception to this requirement that the instrument be negotiable relates to certain securities (art. 2714.7 *C.C.Q.*). At the same time, in response to a concern expressed by the majority in *Val-Brillant*, the *Regulation respecting the register of personal and movable real rights* was amended to enable individuals who do not operate enterprises to hypothecate incorporeal property and claims — including claims represented by non-negotiable instruments — without delivery: O.C. 30-2009, (2009) 141 G.O. 2A, at p. 17A; art. 2683 *C.C.Q.* This amounts to a relaxation of the conditions under which an individual can grant a hypothec without delivery. As for a deposit, such as the one in the case at bar, it cannot be the object of a pledge.

[130] Having said this, I have difficulty understanding how the hypothec fits into the reasoning that leads Rothstein J. to conclude that the rights granted to the Caisse created a security interest. Two interpretations are possible. Does my colleague conclude that the respondent’s right has priority over the Caisse’s right solely because of the control exercised over the claim by means of the term, the obligation to maintain, the right to withhold and the limits on the rights to transfer, hypothecate and negotiate? Or is his conclusion based on the idea that in addition to those rights, Camvrac had granted a right to compensation that resulted in a hypothec? If the first interpretation is correct, the argument based on the hypothec is irrelevant. If the second is correct, the right to compensation becomes determinative even though my

valeurs mobilières et d’autres actifs financiers; M. Deschamps, « Le nouveau régime québécois des sûretés sur des valeurs mobilières », conférence donnée le 19 mars 2009 à la Chaire du notariat de l’Université de Montréal, p. 4, note 12 (en ligne : www.chairedunotariat.qc.ca/fr/conferences/mois/032009/Deschamps.pdf). Il est clair désormais que le titre remis doit conférer la maîtrise effective sur la créance sans avoir recours au mécanisme de la cession de créance, comme le suggérerait le juge Gonthier. En précisant qu’il doit y avoir remise *matérielle*, le législateur a indiqué que la thèse de la matérialisation du gage était retenue : le titre doit donc être négociable. Cette exigence de négociabilité du titre ne souffre qu’une seule exception visant certaines valeurs mobilières (art. 2714.7 *C.c.Q.*). Par la même occasion, et pour répondre à une préoccupation exprimée par la majorité dans *Val-Brillant*, le *Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers* a été modifié de façon à permettre aux particuliers n’exploitant pas une entreprise d’hypothéquer sans dépossession des biens incorporels et des créances, notamment des créances représentées par des titres non négociables: décret 30-2009, (2009) 141 G.O. 2A, p. 23A; art. 2683 *C.c.Q.* Il s’agit d’un assouplissement des conditions permettant aux particuliers de consentir une hypothèque sans dépossession. En ce qui a trait aux dépôts, comme en l’espèce, ils ne peuvent pas faire l’objet d’un gage.

[130] Cela dit, je saisis mal le rôle du recours à l’hypothèque dans le raisonnement appliqué par le juge Rothstein pour conclure que les droits conférés à la Caisse constituent un *security interest*. Deux interprétations sont possibles. Est-ce que mon collègue conclut que le droit de l’intimée a priorité sur celui de la Caisse du seul fait du contrôle exercé sur la créance en raison du terme, de l’obligation de maintien, du droit de rétention et des limites assortissant les droits de céder, d’hypothéquer et de négocier? Ou s’appuie-t-il sur le fait que, en plus de ces droits, Camvrac aurait accordé droit de compensation qui permettrait la réalisation d’une hypothèque? Si l’on retient la première interprétation, l’argument reposant sur l’hypothèque n’est pas utile. Si l’on retient la deuxième, le droit de compensation devient déterminant, mais

colleague does not include it among the sources of an interest in property. If Rothstein J.'s conclusion that the deemed trust has priority is based on the hypothec, his reasoning clashes with the clarification made by the Quebec legislature.

[131] Furthermore, I cannot accept the Court's recourse to an argument that has been raised neither by the Caisse nor by the respondent. As I mentioned above, the agreement to give savings as security provided for the granting of a hypothec, a right to withhold and a right to compensation, but only the right to compensation was raised and argued. The Caisse was not limited in the choice of rights it could exercise. If, for example, in addition to the hypothec and the right to compensation, the claim had been secured by another personal right, such as by suretyship, the respondent could not have claimed from the Caisse the amount received from the surety. It would have been clear that the Caisse was free to choose which right it would exercise. Thus, it could have chosen to exercise its right to compensation, or it could also — independently of the hypothec also provided for in the contract — have availed itself of the suretyship if such a right were provided for in the contract. The *Civil Code of Québec* provides, on the one hand, for compensation and, on the other hand, for hypothecs on claims. These two mechanisms must not, in my opinion, be confused. The reasons for the parties' choice may be based in fact. In my view, the question is not merely one of law. In all fairness to the parties, therefore, I do not consider it appropriate at this point to intervene in the "judicial contract" to alter the bases of the appeal before the Court.

[132] I therefore find, with respect, that as regards the term, the obligation to maintain, the right to withhold and the limits on the right to transfer, hypothecate or negotiate, all that have been created are personal obligations. Furthermore, since the parties did not raise the hypothec in this Court, I do not think that we can base our conclusion on an argument in respect of which no evidence was adduced and that does not correspond to the law. The appellant chose to exercise its right to

par ailleurs mon collègue ne l'inclut pas dans les éléments constituant le « *interest in property* ». Dans la mesure où l'hypothèque constitue l'assise de la conclusion du juge Rothstein concernant la priorité de la fiducie réputée, son raisonnement se heurte à la clarification apportée par le législateur québécois.

[131] Par ailleurs, je ne peux accepter l'utilisation par la Cour d'un argument qui n'a été ni invoqué par la Caisse ni soulevé par l'intimée. Rappelons que le contrat de mise en garantie d'épargne prévoyait la constitution d'une hypothèque, d'un droit de rétention et du droit de compensation, mais que seul le droit de compensation a été plaidé et débattu. La Caisse n'était pas limitée dans le choix des droits qu'elle pouvait exercer. Par exemple, si, en plus de l'hypothèque et du droit de compensation, la créance avait été garantie par un autre droit personnel, tel un cautionnement, l'intimée n'aurait pas pu réclamer à la Caisse le montant reçu de la caution. Il aurait été clair que le choix du droit à exercer était laissé à la Caisse. En l'espèce, cette dernière pouvait choisir d'exercer son droit de compensation, tout comme elle aurait pu se prévaloir du cautionnement si ce droit avait été prévu au contrat, et ce, indépendamment de l'hypothèque aussi prévue au contrat. Le *Code civil du Québec* prévoit, d'une part, la compensation et, d'autre part, l'hypothèque sur les créances. Il ne faut pas, je crois, confondre les deux. Des motifs factuels expliquent peut-être le choix des parties. À mon avis, il ne s'agit pas d'un pur argument de droit. En toute justice pour les parties, je ne crois donc pas qu'il soit approprié, à ce stade, d'intervenir à l'égard du « contrat judiciaire » et de modifier les bases du pourvoi dont la Cour est saisie.

[132] Avec égards pour l'opinion contraire, j'estime par conséquent que, pour ce qui concerne le terme, l'obligation de maintien, le droit de retenue et les limites au droit de céder, d'hypothéquer ou de négocier, seules des obligations personnelles ont été créées. De plus, comme les parties n'ont pas invoqué l'hypothèque devant nous, nous ne pouvons pas selon moi fonder la conclusion sur un argument qui n'a fait l'objet d'aucune preuve et qui ne correspond pas à l'état du droit. L'appelante a choisi d'exercer

compensation, and that is the right that must be considered.

[133] As a result, I conclude that the appellant is correct in arguing that compensation is not a “security interest” as that term is defined in s. 224(1.3) *ITA*. To accept the Caisse’s first argument is not to dispose of the appeal, however. Despite my finding that the Federal Court of Appeal erred in holding that the respondent had priority on the basis that the Caisse, in effecting compensation, had created a security interest for itself, the case is not yet closed. It must still be determined whether the right to compensation may be set up against the respondent, who, as a result of the deemed trust, not only has a priority over secured creditors — as the term “secured creditor” is defined in s. 224(1.3) *ITA* — but also has a right in the tax debtor’s property. To do this, it must be asked whether the respondent may exercise its right in respect of both the amounts that had not been remitted at the time the right to compensation was granted to the Caisse and those that were not remitted after that time. As I mentioned above, by September 25, 2000, the date the compensation agreement was signed, Camvrac had already failed to remit some amounts that had been deducted from its employees’ salaries. Those amounts totalled approximately \$5,000.

7. Possibility of Setting up the Compensation Agreement Against the Respondent

[134] I do not think it necessary to explain at length why, prior to the expiry of the term of the deposit, the Caisse’s right was not a right to legal compensation. The Caisse’s right cannot be dissociated from the contract in which it was granted, if only because one of the conditions for legal compensation was not met: Camvrac’s debt was not exigible, because repayment of the deposit amount was not due until October 2005. It will therefore be necessary to refer to the agreements between Camvrac and the Caisse.

[135] The *Civil Code of Québec* does not mention conventional compensation. However, there is nothing that prohibits it. In fact, conventional compensation is merely the arrangement by contract of the

son droit de compensation et c’est ce droit qu’il importe d’étudier.

[133] J’en conclus donc que l’appelante a raison de prétendre que le mécanisme de la compensation ne constitue pas une garantie au sens du par. 224(1.3) *LIR*. Une réponse favorable au premier argument de la Caisse ne permet cependant pas de trancher le débat. En effet, même si la Cour d’appel fédérale a eu tort de conclure que l’intimée avait priorité parce que la compensation constituait une garantie en faveur de la Caisse, le débat n’est pas clos pour autant. En effet, il reste à décider si le droit de compensation est opposable à l’intimée, laquelle, grâce à la fiducie réputée, bénéficie non seulement d’une priorité sur les créanciers garantis au sens du par. 224(1.3) *LIR*, mais aussi d’un droit sur les biens du débiteur fiscal. À ce sujet, il sera pertinent de déterminer si le droit de l’intimée peut être exercé tant pour les remises non effectuées au moment où le droit de compensation a été accordé à la Caisse que pour celles qui n’ont pas été faites par la suite. On se souviendra qu’au 25 septembre 2000, moment où la convention de compensation a été signée, Camvrac avait déjà fait défaut de remettre certaines sommes retenues sur les salaires de ses employés. Ces sommes s’élevaient à environ 5 000 \$.

7. L’opposabilité de la convention de compensation

[134] Je ne crois pas qu’il soit nécessaire d’expliquer longuement que, avant l’échéance du terme du dépôt, le droit de la Caisse ne constitue pas un droit de compensation légale. En effet, le droit de la Caisse ne peut pas être dissocié du contrat qui le confère, ne serait-ce que parce qu’une des conditions de la compensation légale était absente : la créance de Camvrac n’était pas exigible, car le dépôt n’était remboursable qu’en octobre 2005. Il faut donc se reporter aux conventions liant Camvrac à la Caisse.

[135] Le *Code civil du Québec* ne traite pas de la compensation contractuelle. Rien ne la prohibe cependant. En fait, la compensation contractuelle n’est qu’un aménagement conventionnel du

mechanism provided for in the Code. Furthermore, commentators have long recognized the validity of compensation agreements (see: Baudouin, Jobin and Vézina, at No. 1057; Lluellas and Moore, at No. 2701).

[136] The issue in the case at bar is whether the Caisse may set up its compensation agreement against the respondent. The respondent's right is provided for in s. 227(4.1) *ITA*. If I exclude the portions relating to the priority over secured claims, which I have already discussed, the respondent's right in Camvrac's property is set out as follows:

227. . . .

(4) Every person who deducts or withholds an amount under this Act is deemed . . . to hold the amount separate and apart from the property of the person . . . in trust for Her Majesty and for payment to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act.

(4.1) . . . where at any time an amount deemed by subsection (4) to be held by a person in trust for Her Majesty is not paid to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act, property of the person . . . equal in value to the amount so deemed to be held in trust is deemed

- (a) to be held, from the time the amount was deducted or withheld by the person, separate and apart from the property of the person, in trust for Her Majesty . . . and
- (b) to form no part of the estate or property of the person from the time the amount was so deducted or withheld

[137] The statutory mechanism transfers the tax debtor's property to a trust. In *First Vancouver Finance*, the Court likened this mechanism to a floating charge over all the tax debtor's assets up to the amount due, in that the trust does not attach to any specific property and allows the tax debtor's business to be carried on as usual.

[138] All forms of security — including what was formerly referred to as a floating charge — are now consolidated in the Civil Code in a single

mécanisme prévu au Code. La doctrine reconnaît d'ailleurs depuis longtemps la validité des conventions de compensation (voir : Baudouin, Jobin et Vézina, n° 1057; Lluellas et Moore, n° 2701).

[136] La question qui se pose en l'espèce est de savoir si la convention de compensation dont bénéficie la Caisse est opposable à l'intimée. Le droit de cette dernière est décrit au par. 227(4.1) *LIR*. Si j'exclus les passages qui concernent la priorité sur les créances garanties dont j'ai déjà traité ci-dessus, le droit de l'intimée sur les biens de Camvrac est formulé comme suit :

227. . . .

(4) Toute personne qui déduit ou retient un montant en vertu de la présente loi est réputée [. . .] le détenir en fiducie pour Sa Majesté, séparé de ses propres biens [. . .] et en vue de le verser à Sa Majesté selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi.

(4.1) . . . en cas de non-versement à Sa Majesté, selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi, d'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (4) détenir en fiducie pour Sa Majesté, les biens de la personne [. . .] d'une valeur égale à ce montant sont réputés :

- a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté, à compter du moment où le montant est déduit ou retenu, séparés des propres biens de la personne . . .
- b) ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne à compter du moment où le montant est déduit ou retenu

[137] Le mécanisme législatif opère un transfert en fiducie des biens du débiteur fiscal. Dans l'arrêt *First Vancouver Finance*, la Cour a fait un rapprochement avec une charge flottante grevant, jusqu'à concurrence de la somme due, l'ensemble des éléments d'actifs du débiteur fiscal, en ce sens que la fiducie ne s'attache à aucun bien en particulier et les activités normales du débiteur peuvent ainsi se poursuivre.

[138] Toutes les sûretés — y compris celle autrefois désignée sous le vocable de charge flottante — sont maintenant regroupées au sein d'un mécanisme

mechanism, the hypothec. The transfer of property into a trust may also be likened to garnishment, since that is the procedure provided for in s. 224(1) *ITA* to enable the respondent to appropriate amounts owed to the tax debtor that are subject to the deemed trust: *Alberta (Treasury Branches)*. Whether the transfer into a trust is likened to a hypothec, to garnishment or to a simple assignment, the rules remain the same. The *Civil Code of Québec* and the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, provide that the rules governing the assignment of claims apply. The relevant provisions read as follows:

Civil Code of Québec

1680. A debtor who has acquiesced unconditionally in the assignment or hypothecating of claims by his creditor to a third person may not afterwards set up against the third person any compensation that he could have set up against the original creditor before he acquiesced.

An assignment or hypothec in which a debtor has not acquiesced, but which from a certain time may be set up against him, prevents compensation only for debts of the original creditor which come after that time.

Code of Civil Procedure

637. If the affirmative declaration of the garnishee is not contested and does not show the existence of another seizure by garnishment in his hands, the clerk, upon an inscription by either party, orders the garnishee to pay to the seizing creditor the amounts which he owes to the judgment debtor to the extent of the amount of the judgment in capital, interest and costs. To that extent the order of the clerk effects an assignment, in favour of the seizing creditor, of the judgment debtor's claim, from the date of the seizure. Such order must be served on the garnishee and becomes executory 10 days later.

[139] The ability of the debtor of the assigned claim to set up against the assignee any recourse that the debtor may have against the assignor is based on the general rule that the assignee may not have more rights in the assigned claim than the assignor had. This rule is set down in art. 1637 *C.C.Q.*:

1637. A creditor may assign to a third person all or part of a claim or a right of action which he has against his debtor.

unique dans le Code civil, l'hypothèque. Le transfert en fiducie peut également être rapproché de celui de la saisie-arrêt, puisqu'il s'agit de la procédure prévue au par. 224(1) *LIR* pour permettre à l'intimée de s'approprier les créances du débiteur fiscal qui sont sujettes à la fiducie réputée : *Alberta (Treasury Branches)*. Que le transfert en fiducie soit rapproché d'une hypothèque, d'une saisie-arrêt ou d'une simple cession, les règles demeurent les mêmes. Le *Code civil du Québec* et le *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, prévoient que les règles régissant les cessions de créances sont applicables. Voici le texte de ces dispositions :

Code civil du Québec

1680. Le débiteur qui acquiesce purement et simplement à la cession ou à l'hypothèque de créance consentie par son créancier à un tiers, ne peut plus opposer à ce tiers la compensation qu'il eût pu opposer au créancier originaire avant son acquiescement.

La cession ou l'hypothèque à laquelle le débiteur n'a pas acquiescé, mais qui lui est devenue opposable, n'empêche que la compensation des dettes du créancier originaire qui sont postérieures au moment où la cession ou l'hypothèque lui est ainsi devenue opposable.

Code de procédure civile

637. Si la déclaration affirmative du tiers-saisi n'est pas contestée et qu'elle ne révèle pas l'existence d'une autre saisie-arrêt pratiquée entre ses mains, le greffier, sur inscription par l'une ou l'autre des parties, ordonne au tiers-saisi de payer au saisissant les sommes qu'il doit au débiteur-saisi, jusqu'à concurrence du montant du jugement, en capital, intérêts et frais. Dans cette mesure, l'ordonnance du greffier opère cession de la créance du saisissant en faveur du saisissant, et à compter du jour de la saisie. Cette ordonnance doit être signifiée au tiers-saisi et devient exécutoire 10 jours plus tard.

[139] L'opposabilité au cessionnaire des moyens que le cédé pouvait invoquer découle de la règle générale suivant laquelle le cessionnaire ne saurait posséder plus de droits à l'égard du cédé que ceux dont bénéficiait le cédant. Cette règle est consacrée à l'art. 1637 *C.c.Q.* :

1637. Le créancier peut céder à un tiers, tout ou partie d'une créance ou d'un droit d'action qu'il a contre son débiteur.

He may not, however, make an assignment that is injurious to the rights of the debtor or that renders his obligation more onerous.

[140] This provision is complemented by art. 1643 *C.C.Q.*, which provides that a debtor may rely on a cause of extinction that occurred before an assignment could be set up against him or her. The first paragraph of that article reads as follows:

1643. A debtor may set up against the assignee any payment made to the assignor before the assignment could be set up against him, as well as any other cause of extinction of the obligation that occurred before that time.

[141] The commentators and the courts have accordingly recognized that any defences and any right to refuse to perform (exception for nonperformance) that arose prior to an assignment may be set up against the assignee by a debtor who has not acquiesced in the assignment. The same is true of the extinction of obligations by compensation: Karim, at p. 773; Baudouin, Jobin and Vézina, at No. 962; Lluelles and Moore, at No. 3176; Bélanger, at p. 189.

[142] Furthermore, where the right to compensation arises from an agreement entered into before the assignment became enforceable against the debtor, the debtor's rights under the agreement may be set up against the assignee: *A. L. Green Ltd. v. Michaud*, [1975] C.A. 432, cited with approval in *Banque Royale du Canada v. Béliveau*, [1976] C.A. 539, and *Bandera Investment Co. v. Société immobilière du Québec*, J.E. 98-1667 (Sup. Ct.), SOQUIJ AZ-98021774. The above cases concerned claims for rent in respect of which the lessees had a right to deduct or a right to compensation. In each case, because the contractual right to compensation predated the assignment, the exercise of the right was authorized in respect of the period after the assignment. In these circumstances, it was held that the agreements could be set up against the third parties because they had acquired their rights after the compensation agreements were signed. Although the judges did not say so explicitly, it seems clear that this conclusion was based on the premise that art. 1681 *C.C.Q.* did not apply in the circumstances because the assignees had acquired no rights as of

Cette cession ne peut, cependant, porter atteinte aux droits du débiteur, ni rendre son obligation plus onéreuse.

[140] Cette disposition est complétée par l'art. 1643 *C.c.Q.*, qui précise que le débiteur peut invoquer les causes d'extinction survenues avant que la cession ne lui soit devenue opposable. Le premier paragraphe de cet article est rédigé ainsi :

1643. Le débiteur peut opposer au cessionnaire tout paiement fait au cédant avant que la cession ne lui ait été rendue opposable, ainsi que toute autre cause d'extinction de l'obligation survenue avant ce moment.

[141] Auteurs et tribunaux ont donc reconnu que les moyens de défense et d'inexécution qui existaient avant la cession sont opposables au cessionnaire par un débiteur qui n'a pas acquiescé à la cession. Ceci vaut tout autant pour le mécanisme d'extinction des obligations que constitue la compensation : Karim, p. 773; Baudouin, Jobin et Vézina, n° 962; Lluelles et Moore, n° 3176; Bélanger, p. 189.

[142] Par ailleurs, lorsque le droit à la compensation naît d'une convention conclue avant que la cession ne soit devenue opposable au cédé, les droits découlant de cette convention peuvent être opposés au cessionnaire : *A. L. Green Ltd. c. Michaud*, [1975] C.A. 432, cité avec approbation dans *Banque Royale du Canada c. Béliveau*, [1976] C.A. 539, et *Bandera Investment Co. c. Société immobilière du Québec*, J.E. 98-1667 (C.S.), SOQUIJ AZ-98021774. Dans ces affaires, il s'agissait de créances de loyer assujetties à un droit de retenue ou de compensation en faveur du locataire. Comme le droit conventionnel de compensation était antérieur à la cession, son exercice a été autorisé pour la période postérieure à celle-ci. Dans ces circonstances, les tribunaux ont jugé que la convention pouvait être opposée au tiers concerné, parce qu'il avait acquis son droit après la conclusion de la convention de compensation. Même si les jugements n'en font pas état explicitement, il paraît clair que cette conclusion repose sur la prémisse que l'art. 1681 *C.c.Q.* ne s'appliquait pas dans ces circonstances, étant donné que le cessionnaire n'avait pas de

the time the compensation agreements were signed. Vincent Karim makes the following comment:

[TRANSLATION] However, it will be hard for the creditors of an insolvent party to challenge a compensation agreement entered into at the same time as the contract giving rise to that party's claim, as the creditors will have difficulty proving that the agreement has caused them any prejudice. [p. 750]

[143] The same approach has been adopted for assignments of conditional claims: *Seigneur v. Immeubles Beneficial Ltée*, [1994] R.J.Q. 1535 (C.A.); *Banque Nationale du Canada v. Notre-Dame-du-Lac (Ville)* (1990), 31 Q.A.C. 45; and *Banque de Montréal v. Walsh & Brais Inc.*, [1990] R.L. 119 (C.A.).

[144] Conventional compensation — or contractual set-off — defies categorization, since it may take as many forms as the contract that provides for it will allow: Derham, at para. 16.85. However, there is no denying that the right to compensation has characteristics in common with such concepts as the conditional obligation, the exception for nonperformance, and even the right to deduct or the right to retain. In *D.I.M.S. Construction inc. (Trustee of) v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 52, [2005] 2 S.C.R. 564, at paras. 28-29, for example, the Court likened a statutory right to deduct to compensation. Moreover, the right to deduct was one of the very first justifications given in France for holding that the debt actually owed to an assignee was the net amount: Duboc, at p. 169, No. 239, commenting on Ch. civ., May 13, 1833, S. 1833.1.668. While it comes as no surprise that Quebec's rules lead to the same result as the rules of French law, it is interesting to note that common law commentators and courts also acknowledge that the right to set-off may be asserted against third parties.

[145] Where the French rules are concerned, however, it should be noted that allowing compensation to be effected is based on a concept that does not on its own form part of the positive law of Quebec. In France, where there is a sufficient nexus between two debts, compensation may be effected despite

droits acquis lors de la conclusion de la convention de compensation. L'auteur Vincent Karim souligne d'ailleurs ce qui suit :

Cependant, une entente de compensation concomitante à la conclusion du contrat ayant donné naissance à la créance de la partie insolvable, sera difficilement attaquable par les créanciers de celle-ci qui pourront avoir de la difficulté à prouver le préjudice causé par cette entente. [p. 750]

[143] Cette approche est la même que celle adoptée à l'égard de la cession d'une créance conditionnelle : *Seigneur c. Immeubles Beneficial Ltée*, [1994] R.J.Q. 1535 (C.A.); *Banque Nationale du Canada c. Notre-Dame-du-Lac (Ville)* (1990), 31 Q.A.C. 45, et *Banque de Montréal c. Walsh & Brais Inc.*, [1990] R.L. 119 (C.A.).

[144] La compensation conventionnelle défie toute catégorisation, puisqu'elle peut prendre autant de formes que le permet le contrat dans lequel elle est insérée : Derham, par. 16.85. Il est cependant indéniable que le droit de compensation revêt des caractéristiques communes avec des notions telles que l'obligation conditionnelle, l'exception d'inexécution ou même le droit de retenue ou de rétention. Par exemple, dans *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 52, [2005] 2 R.C.S. 564, par. 28-29, la Cour a assimilé un droit de retenue d'origine législative au mécanisme de la compensation. Le droit de retenue est d'ailleurs l'une des toutes premières justifications invoquées en France pour conclure que la dette réellement due à un cessionnaire est le montant net : Duboc, p. 169, n° 239, commentant Ch. civ., 13 mai 1833, S. 1833.1.668. S'il n'est pas étonnant que les règles québécoises permettent d'arriver aux mêmes conclusions que celles du droit français, il est intéressant de constater qu'auteurs et tribunaux de common law reconnaissent eux aussi l'opposabilité aux tiers du droit de compensation.

[145] En ce qui a trait aux règles françaises, il faut cependant souligner que la reconnaissance de l'opposabilité de la compensation repose sur une notion qui ne fait pas partie du droit positif québécois de façon autonome. En France, lorsque deux dettes sont suffisamment connexes, elles peuvent

the assignment of a claim or a collective recovery procedure: D. R. Martin, “Contrats et obligations”, *Juris-classeur civil*, arts. 1289 to 1293, fasc. 108 to 111, No. 75. Since a compensation agreement creates a sufficient nexus, the possibility of setting it up is not in dispute (unless the agreement was entered into during a period where solvency was in doubt): Cass. civ., July 13, 1942, J.C.P. 1943.II.2157 (Annot. Houin); Cass. com., June 3, 1997, D. 1998. Jur.61 (Annot. François). (See, however, Cass. com., Dec. 9, 1997, *Bull. civ.* IV, No. 327, and the critique of that decision by A. Honorat, “Redressement et liquidation judiciaires”, D. 1998.Somm.325.) Some authors draw a distinction in the case of garnishment by a third party on the basis that the property would no longer be available after the seizure: Didier Martin, “Des techniques d’affectation en garantie des soldes de comptes bancaires”, D. 1987. Chron.229, and Thierry Bonneau, in *Droit bancaire* (7th ed. 2007), at No. 395. Duboc disagrees, however, as do Jean-Louis Rives-Lange and Monique Contamine-Raynaud (*Droit bancaire* (6th ed. 1995)). According to Rives-Lange and Contamine-Raynaud, [TRANSLATION] “[t]here is no reason to decide cases involving collective seizures differently from those involving individual seizures” (p. 183, footnote 6). In Quebec, the French debate over the unavailability of seized property would have to be resolved in favour of the possibility of setting up a compensation agreement entered into before the seizure. As I mentioned above, since art. 637 of the *Code of Civil Procedure* provides that seizure results in assignment of the claim, the principles discussed above concerning the assignment of claims apply to garnishment.

[146] The number of cases in which common law courts have considered contractual set-off is small, but the few reported decisions on this subject have been favourable to the right to rely on set-off agreements. For instance, I have already mentioned *518718 Alberta*, in which the court held that a contractual right of set-off had priority over the assignee’s rights. Likewise, the Ontario Court of Appeal held in *Ching v. Jeffery* (1885), 12 O.A.R. 432, that the defences available to the debtor on an assigned promissory note, including the right to

être compensées malgré une cession de créance ou une procédure de recouvrement collectif : D. R. Martin, « Contrats et obligations », *Juris-classeur civil*, art. 1289 à 1293, fasc. 108 à 111, n° 75. Comme une convention de compensation crée un lien de connexité suffisant, l’opposabilité d’une telle convention (sauf celles conclues en période de solvabilité suspecte) n’est pas controversée : Cass. civ., 13 juillet 1942, J.C.P. 1943.II.2157 (note Houin); Cass. com., 3 juin 1997, D. 1998. Jur.61 (note François). (Voir cependant l’arrêt Cass. com., 9 décembre 1997, *Bull. civ.* IV, n° 327, et la critique de cette décision par A. Honorat, « Redressement et liquidation judiciaires », D. 1998.Somm.325.) Certains auteurs font une nuance lorsqu’un tiers procède à une saisie-arrêt, puisque la saisie rendrait le bien non disponible : Didier Martin, « Des techniques d’affectation en garantie des soldes de comptes bancaires », D. 1987.Chron.229, et Thierry Bonneau, *Droit bancaire* (7^e éd. 2007), n° 395. Cependant, Duboc ainsi que Jean-Louis Rives-Lange et Monique Contamine-Raynaud (*Droit bancaire* (6^e éd. 1995)) sont d’avis contraire. Selon les deux derniers auteurs, « [i]l n’y a aucune raison de décider différemment que la saisie soit collective ou individuelle » (p. 183, renvoi 6). Le débat français sur l’indisponibilité du bien saisi devrait, au Québec, être résolu en faveur des tenants de l’opposabilité de la convention de compensation conclue avant la saisie. En effet, ainsi que je l’ai mentionné précédemment, comme l’art. 637 du *Code de procédure civile* prévoit que la saisie opère cession de créance, les principes dont j’ai discuté plus tôt en matière de cession de créances s’appliquent en matière de saisie-arrêt.

[146] On trouve peu de décisions de tribunaux de common law qui traitent de compensation conventionnelle. Cependant, les quelques décisions publiées sur le sujet sont favorables à la reconnaissance de l’opposabilité d’une telle convention. Par exemple, j’ai déjà mentionné l’affaire *518718 Alberta* dans laquelle la cour a reconnu que le droit de compensation contractuel avait priorité sur les droits du cessionnaire. De même, dans *Ching c. Jeffery* (1885), 12 O.A.R. 432, la Cour d’appel de l’Ontario reconnaissait que le cessionnaire d’un

reduce his or her debt by an amount owed by the assignor, could be raised against the assignee. In *Canadian Admiral Corp. v. L. F. Dommerich & Co.*, [1964] S.C.R. 238, it was held that the debtor had as against the assignee under a factoring agreement the same defence it would have had as against the assignor. Finally, in *Toronto-Dominion Bank v. Block Bros. Contractors Ltd.* (1980), 118 D.L.R. (3d) 311 (Alta. Q.B.), a contractual right to set-off (referred to by the parties as a right to “future set-off”) was available against an assignee of security on the basis of cases in which courts had applied the general rule that an assignee cannot have any greater right than the assignor (p. 318).

[147] In sum, at common law, as in Quebec civil law, the rule for asserting contractual rights against third-party assignees is based on the general principles governing obligations. It can be inferred from the decisions cited above that the right to conventional compensation is assessed as of the time the right is granted, not as of the time it is exercised. The protection of third parties, codified in Quebec law in art. 1681 *C.C.Q.*, applies to rights acquired before the compensation agreement was signed. In *Traité de droit civil — Les obligations: les effets du contrat* (1992), No. 602, at p. 589, Professor Jacques Ghestin gives a clear explanation of the effect of the transfer of a claim. His comment clarifies the legal justification for the possibility of setting up a contractual right to compensation against third parties:

[TRANSLATION] A claim is not only a patrimonial asset, but also a legal relationship. When a claim is alienated, therefore, what is transferred is not just an asset, but also an active contractual situation.

The possibility of setting up a contract whose object is the transfer of a claim thus necessarily has some particularities that are accounted for in positive law on the basis that the contract produces effects in respect of certain third parties.

[148] Thus, where the deemed trust applies to a claim, it attaches to a legal relationship that corresponds to an active contractual situation, which explains why the beneficiary of the trust may assert

billet promissoire devait respecter les moyens dont bénéficiait le débiteur, dont celui de réduire sa dette de la somme due par le cédant. Dans *Canadian Admiral Corp. c. L. F. Dommerich & Co.*, [1964] R.C.S. 238, le bénéficiaire d'un contrat d'affacturage s'est vu imposer l'obligation de respecter les moyens que le débiteur pouvait opposer au cédant. Enfin, dans *Toronto-Dominion Bank c. Block Bros. Contractors Ltd.* (1980), 118 D.L.R. (3d) 311 (B.R. Alb.), le droit de compensation conventionnel (qualifié par les parties de droit de compensation future) a pu être opposé au cessionnaire d'une sûreté sur le fondement d'arrêts qui appliquaient la règle générale suivant laquelle le cessionnaire ne possède pas un droit supérieur à celui du cédant (p. 318).

[147] En somme, en common law, tout comme en droit civil québécois, la règle de l'opposabilité de droits contractuels aux tiers cessionnaires repose sur les principes généraux régissant les obligations. On peut inférer des décisions susmentionnées que le droit de compensation contractuel est évalué au moment où le droit est conféré et non au moment où il est exercé. La protection des tiers, cristallisée en droit québécois à l'art. 1681 *C.c.Q.*, vaut pour les droits acquis avant la conclusion de la convention de compensation. Un commentaire du professeur Jacques Ghestin, *Traité de droit civil — Les obligations : les effets du contrat* (1992), n^o 602, p. 589, exprime d'ailleurs bien l'effet des transferts de créances. Il permet de comprendre la justification juridique de l'opposabilité aux tiers d'un droit conventionnel de compensation :

La créance n'est pas seulement une valeur patrimoniale, c'est également un lien de droit. Lorsqu'on aliène une créance on ne transfère donc pas seulement une valeur mais également une situation contractuelle active.

L'opposabilité des contrats ayant pour objet un transfert de créance présente ainsi nécessairement un certain particularisme que le droit positif prend en considération en admettant qu'ils produisent des effets à l'égard de certains tiers.

[148] Ainsi, dans le cas où la fiducie réputée s'applique à une créance, elle grève un lien de droit qui correspond à une situation contractuelle active, ce qui explique pourquoi le bénéficiaire de la fiducie

only those rights held by the tax debtor at the time the trust became effective.

[149] It will also be helpful to refer back to s. 227(4.1) *ITA* and to review the cases in which the scope of the deemed trust has been considered. Before Parliament clarified the respondent's priority over secured creditors, the courts had held that prior rights could be disregarded only to the extent expressly provided for in the relevant provision. For example, in *Board of Industrial Relations v. Avco Financial Services Realty Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 699, Martland J. wrote:

In [s. 5A] the absence of a specific statutory provision to that effect, in my view it should not be construed in a manner which could deprive third parties of their pre-existing property rights. [p. 706]

(See also *Dauphin Plains Credit Union Ltd. v. Xyloid Industries Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 1182, at p. 1199.)

[150] This suggests that it is necessary to be cautious in assessing the scope of the deemed trust on the tax debtor's property. When Parliament wished to give the deemed trust more teeth, it took care to give the respondent priority over secured creditors. It did not alter the general rules governing the rights a debtor can assert against its original creditor. In assessing the consequences of that decision, particularly with regard to compensation, one can but find support in an interpretation based on the normally applicable legal rules.

[151] Compensation is used in many business transactions and in the asset accounting of many businesses. M. E. Grottenthaler and P. J. Henderson state in *The Law of Financial Derivatives in Canada* (loose-leaf) that "Canada can be described as a 'netting friendly' jurisdiction" both in the context of insolvency and where contractual matters outside that context are concerned (p. 5-3). They explain that netting, which is a form of set-off, is crucial to derivatives transactions that affect the

ne peut se prévaloir que des droits dont jouissait le débiteur fiscal au moment de la prise d'effet de la fiducie.

[149] Il est d'ailleurs utile de revenir au texte du par. 227(4.1) *LIR* et d'examiner à nouveau les arrêts qui ont étudié la portée de la fiducie réputée. Avant que le Parlement ne précise la priorité de l'intimée sur les créanciers garantis, les tribunaux reconnaissaient que les droits antérieurs ne pouvaient être écartés que dans la mesure expressément prévue par la disposition pertinente. Par exemple, dans *Commission des relations de travail c. Avco Financial Services Realty Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 699, le juge Martland a écrit ceci :

En l'absence d'une disposition statutaire en ce sens, l'art. 5A ne doit pas être interprété de façon à dépouiller les tiers de leurs droits antérieurs sur ces biens. [p. 706]

(Voir aussi *Dauphin Plains Credit Union Ltd. c. Xyloid Industries Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 1182, p. 1199.)

[150] Cette approche invite à la prudence dans l'évaluation de la portée de la fiducie réputée sur les biens du débiteur fiscal. Lorsque le Parlement a voulu donner plus de mordant à la fiducie réputée, il s'est attaché à conférer à l'intimée priorité sur les créanciers garantis. Il n'a pas modifié les règles générales régissant les droits que le débiteur pouvait opposer à son créancier originaire. Lorsqu'on évalue les conséquences de cette décision, en particulier en matière de compensation, on ne peut qu'être conforté par une interprétation fondée sur les règles juridiques normalement applicables.

[151] Le mécanisme de la compensation est utilisé dans de nombreuses opérations commerciales et dans la comptabilisation des actifs de nombreuses entreprises. Ainsi, M. E. Grottenthaler et P. J. Henderson, *The Law of Financial Derivatives in Canada* (feuilles mobiles), affirment que le [TRADUCTION] « le Canada peut être qualifié de ressort favorable au "netting" », tant dans le contexte de l'insolvabilité qu'en matière contractuelle hors du contexte de l'insolvabilité (p. 5-3). Le *netting*,

capitalization rules applicable to banks. They say the following about the importance of this mechanism:

It is of the utmost importance to parties that the termination and close-out netting provisions are enforceable against the other party. Unlike the case with many commercial transactions, parties are not willing to accept the risk that these provisions may not be fully enforceable in an insolvency situation. There are several reasons for this. First, many entities that participate in the derivatives market are subject to regulatory requirements that they maintain a certain asset level in relation to their liabilities (i.e. adequate capital). For this purpose, it is desirable to account for their transactions with their various counterparties on a net basis. The Basel Committee on Banking Supervision developed a new framework for regulatory capital and risk management (known as Basel II). The implementing Capital Adequacy Requirements guidelines released by OSFI [the Office of the Superintendent of Financial Institutions] to apply to Canadian incorporated banks allow for the netting of contracts pursuant to contractual netting provisions if the bank can satisfy OSFI that certain conditions are met, including that the institution has a written and reasoned legal opinion that, in the event of any legal challenge, the relevant courts would find the exposure under the netting agreement to be the net amount under the laws of all relevant jurisdictions (which includes the counterparty's home jurisdiction and the governing law of the transactions and the netting agreement). The legal opinions must address the validity and enforceability of the netting agreements in the context of insolvency proceedings.

Secondly, because the marketplace for derivatives transactions is a highly competitive and global marketplace, entities governed by the laws of a jurisdiction that does not recognize the effectiveness of termination and close-out netting in an insolvency situation are put at a serious competitive disadvantage. [pp. 5-2 and 5-3]

[152] This is just one example of the use of compensation in a context that does not involve the "security interest" concept and of the great importance of this mechanism both in Canadian law and

qui est une forme de compensation, est, selon ces auteurs, crucial dans le contexte d'opérations portant sur des produits dérivés et ayant une incidence sur les règles de capitalisation des banques. Ces auteurs décrivent ainsi l'importance de ce mécanisme :

[TRADUCTION] Il est de la plus haute importance que chacune des parties puisse faire respecter par l'autre les dispositions sur la résiliation et sur la compensation par liquidation. Contrairement à ce qui est le cas pour de nombreuses opérations commerciales, les parties ne sont pas disposées à courir le risque que ces dispositions ne soient pas pleinement applicables advenant une situation d'insolvabilité. Il y a plusieurs raisons à cela. Premièrement, bon nombre de participants au marché des produits dérivés doivent, conformément à la réglementation, assurer un niveau d'actif donné en relation avec leur passif (suffisance des fonds propres). C'est pourquoi il est souhaitable qu'ils comptabilisent sur une base nette leurs opérations avec leurs divers homologues. Le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire a établi un nouveau cadre (Bâle II) pour les fonds propres prudentiels et la gestion des risques. Les lignes directrices pour la mise en œuvre des normes de suffisance des fonds propres publiées par le Bureau du surintendant des institutions financières (BSIF) à l'intention des banques constituées au Canada permettent la compensation des contrats conformément aux dispositions pertinentes de ceux-ci lorsque la banque peut convaincre le BSIF que certaines conditions sont remplies, notamment qu'elle a obtenu par écrit un avis juridique motivé selon lequel, en cas de contestation judiciaire, le tribunal compétent conclura que l'exposition découlant de l'entente de compensation correspond au montant net prescrit par les lois de tous les ressorts en cause (dont celles du ressort de l'homologue, ainsi que le droit régissant l'opération et l'entente de compensation). L'avis juridique doit porter sur la validité et l'applicabilité des ententes de compensation dans le contexte de procédures liées à l'insolvabilité.

Deuxièmement, comme le marché des produits dérivés est mondialisé et hautement concurrentiel, les entités régies par des lois qui ne reconnaissent pas l'applicabilité des dispositions sur la résiliation et sur la compensation par liquidation en cas d'insolvabilité sont sérieusement désavantagées. [p. 5-2 et 5-3]

[152] Il ne s'agit là que d'un exemple montrant que la compensation est utilisée dans un contexte dont est absente la notion de *security interest* et que ce mécanisme revêt une grande importance,

in international economic relations. Parliament thus seems to have had reasons for acting as it did in modifying the deemed trust only to give the respondent priority over creditors with security interests. I have concluded that the deemed trust does not give the respondent more rights than the tax debtor had and that, insofar as the amounts had not been deducted at the time the agreement was entered into, the Caisse's right may be set up against the respondent. What this finding means in practice must now be determined.

[153] In the case at bar, Camvrac's right to recover its claim was subject to the right to compensation that had been granted to the Caisse in the agreement to give savings as security. In the context of that agreement, the right to compensation was a right held by the Caisse that could not be negated solely by the fact of the deemed trust becoming effective. The respondent, as a third party, could not demand that the Caisse discharge its debt to Camvrac if the conditions for repayment had not been met. The Caisse's right had to be respected by third parties who acquired rights after the agreement was signed. Consequently, the respondent must abide by the compensation agreement, given that her right is subsequent to it.

[154] As I mentioned above, Camvrac had remitted nothing to the respondent since May 2000. Because the compensation agreement was entered into in September 2000, a question that arises is whether the respondent may claim from the Caisse amounts owed prior to that date. This is the issue that remains to be addressed.

[155] In certain circumstances, the debt itself can consist only of the net balance owed by the debtor. Thus, where, as in *Bandera*, the amount of an assignment of rent is established only after adjustments, the amount of the rent corresponds to the net balance payable to the landlord. In such a situation, regardless of when the assignee's right first arises, his or her claim cannot exceed the actual amount owed by the debtor of the assigned claim,

tant en droit canadien qu'en matière de relations économiques internationales. Cela tend à indiquer que le Parlement avait des raisons d'agir comme il l'a fait en ne modifiant la fiducie réputée que pour en faire un mécanisme donnant à l'intimée priorité sur les créanciers qui détiennent un *security interest*. J'ai conclu que la fiducie réputée ne confère pas à l'intimée plus de droits que n'en avait le débiteur fiscal et que, dans la mesure où les retenues n'avaient pas été effectuées au moment de la conclusion de la convention, le droit de la Caisse est opposable à l'intimée. Il faut maintenant dégager les conséquences pratiques de cette conclusion.

[153] En l'espèce, le droit de Camvrac de recouvrer sa créance était assujéti au droit de compensation consenti à la Caisse par la convention de mise en garantie d'épargne. Dans le contexte de cette convention, le droit de compensation constitue un droit dont bénéficiait la Caisse et qui ne peut être annulé par la seule prise d'effet de la fiducie réputée. En tant que tiers, l'intimée ne peut exiger de la Caisse qu'elle s'acquitte de sa dette envers Camvrac si les conditions de remboursement ne sont pas remplies. Le droit de la Caisse doit être respecté par les tiers dont les droits sont postérieurs à la convention. En conséquence, l'intimée doit respecter la convention de compensation dans la mesure où son droit est postérieur à celle-ci.

[154] Comme je l'ai mentionné précédemment, Camvrac n'avait pas fait ses remises à l'intimée depuis mai 2000. La convention de compensation ayant été conclue en septembre 2000, on peut se demander si l'intimée peut réclamer de la Caisse les sommes dues avant cette date. C'est cette question qui reste à trancher.

[155] Dans certaines circonstances, la dette elle-même ne peut être constituée que du solde net dû par le débiteur. Ainsi, dans une cession de loyer dont la quotité n'est établie qu'après ajustements, comme dans l'affaire *Bandera*, le montant du loyer correspond au solde net payable au propriétaire. Dans un tel cas, peu importe le moment où naît le droit du cessionnaire, sa réclamation ne peut être supérieure au montant réel de la dette du cédé, c'est-à-dire le

that is, the post-compensation amount. In other cases, such as where the respective claims do not have the same source, the date the creditor's right arises may be relevant. The instant case is one such case.

[156] The claims of the Caisse and Camvrac have distinct sources: one is based on the variable credit contract, the other, on the term savings agreement. The Caisse's claim against Camvrac dates from September 18, 2000 and Camvrac's claim, from September 25, 2000. On the latter date, Camvrac undertook, first in the term savings agreement, [TRANSLATION] "to make, on the date of acquisition, a deposit in the amount of \$200,000", and then in the agreement to give savings as security, to "maintain" a deposit in the amount of \$200,000. These undertakings show that the respective claims of the Caisse and Camvrac are distinct. For Camvrac to be able to undertake in the agreement to give savings as security to "maintain" the deposited amount, its claim resulting from the term savings agreement had to take on an independent existence, if only at the time the deposit was made. Given that the deposit was made before the right to compensation was granted, the deemed trust could have become effective in respect of Camvrac's claim up to the total of the amounts owed to the respondent as of September 25, 2000. This is not a case in which the respective debts have the same source and the claim is subject to a right to compensation. Just as the respondent's rights are subordinated to the right to compensation for deductions subsequent to the signing of the agreement, the Caisse's right must give way to the respondent's pre-existing right. As I stated at the beginning of these reasons, the evidence in the record is insufficient to establish the amount of the unremitted deductions with any precision; therefore, failing an agreement between the parties, the case must be remanded to the court of original jurisdiction to establish that amount.

8. Interest Issue

[157] Regarding interest, the Court of Appeal correctly endorsed the application of *Markevich*, and there is no need to intervene.

montant établi après compensation. Dans d'autres situations, par exemple lorsque les créances respectives ne résultent pas d'une même source, la date à laquelle a pris naissance le droit du créancier peut être pertinente. C'est le cas en l'espèce.

[156] Les créances respectives de la Caisse et de Camvrac ont des sources distinctes : l'une découle du contrat de crédit variable, l'autre de la convention d'épargne à terme. La créance de la Caisse envers Camvrac date du 18 septembre 2000 et celle de Camvrac du 25 septembre 2000. À cette dernière date, Camvrac s'est d'abord engagée par la convention d'épargne à terme « à effectuer, en date des présentes, un dépôt de 200 000 \$ », puis ultérieurement, par la convention de mise en garantie d'épargne, à « maintenir » en dépôt la somme de 200 000 \$. Ces engagements illustrent le caractère distinct des créances respectives de la Caisse et de Camvrac. Pour que Camvrac ait pu, dans la convention de mise en garantie d'épargne, s'engager à « maintenir » le montant en dépôt, il faut que, ne serait-ce que l'instant du dépôt, son droit de créance résultant de la convention d'épargne à terme ait acquis une autonomie. Comme le dépôt a été fait avant que le droit de compensation ne soit conféré, la fiducie réputée pouvait avoir pris effet sur le droit de créance de Camvrac jusqu'à concurrence des sommes dues à l'intimée au 25 septembre 2000. Il ne s'agit pas d'un cas où les dettes respectives ont une même source et où la créance naît sujette au droit de compensation. Tout comme l'intimée voit ses droits subordonnés au droit de compensation pour les retenues postérieures à la conclusion de la convention, le droit de la Caisse doit céder devant le droit antérieur de l'intimée. Ainsi que je l'ai indiqué au début des présents motifs, la preuve au dossier ne permet pas de déterminer avec précision le montant des remises non effectuées et, pour cette raison, à défaut d'entente entre les parties, l'affaire doit être renvoyée au tribunal de première instance pour détermination de ce montant.

8. La question des intérêts

[157] Pour ce qui est des intérêts, la Cour d'appel a eu raison d'approuver l'application de *Markevich*, et il n'y a pas lieu d'intervenir.

9. Conclusion

[158] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, authorize compensation for the balance of the amounts deducted as of September 25, 2000 and, failing an agreement between the parties, remand the case to the court of original jurisdiction to establish the amount to be paid by the Caisse to the respondent, with costs throughout.

APPENDIX

A. Contractual Provisions

(a) *Variable Credit Contract*

[TRANSLATION]

1. LINE OF CREDIT

The Caisse agrees to extend to the Borrower, who accepts, a line of credit in the amount of \$277,000.00. . . .

. . . .

At any point in time, the Caisse may notify the Borrower that no advance shall be granted to it thenceforth under this contract.

. . . .

3. INTEREST

. . . .

The interest shall be paid on the twenty-fifth day of each month. It shall be debited automatically from the . . . account

The Borrower further undertakes to pay, on any payment due not made, additional interest . . . , any arrears of interest being then considered as principal.

. . . .

5. REQUEST FOR REPAYMENT

The Caisse reserves the right to demand at any time the immediate repayment of any balance owed

9. Conclusion

[158] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel, de casser le jugement de la Cour d'appel et d'autoriser compensation pour l'excédent des sommes retenues au 25 septembre 2000 et, à défaut d'entente entre les parties, de renvoyer l'affaire au tribunal de première instance pour détermination du montant devant être payé par la Caisse à l'intimée, le tout avec dépens dans toutes les cours.

ANNEXE

A. Les dispositions contractuelles

a) *Contrat de crédit variable*

1. OUVERTURE DE CRÉDIT

La caisse consent à l'emprunteur, qui accepte, une ouverture de crédit de 277 000,00 \$. . .

. . . .

Il est convenu que la caisse pourra, en tout temps, informer l'emprunteur qu'aucune avance ne pourra lui être consentie à l'avenir en vertu de la présente convention.

. . . .

3. INTÉRÊTS

. . . .

L'intérêt doit être payé le vingt-cinquième jour de chaque mois. Il sera débité automatiquement du compte . . .

L'emprunteur s'engage de plus à payer, sur tout paiement échu et non effectué, un intérêt additionnel [. . .] les arrérages d'intérêt étant considérés comme du capital.

. . . .

5. DEMANDE DE REMBOURSEMENT

La caisse se réserve le privilège d'exiger, en tout temps, le remboursement immédiat de tout solde

in principal, interest, costs and accessories. The Caisse shall then be entitled to no longer carry out this agreement, subject to all its other rights and recourses.

dû en capital, intérêts, frais et accessoires. La caisse aura alors la faculté de ne plus donner suite au contrat, sous réserve de tous ses autres droits et recours.

7. DEFAULT

If the Borrower draws a cheque that brings the line of credit balance to an amount higher than the amount authorized hereunder, if it goes bankrupt, if it transfers its property or becomes insolvent or fails to meet any of the conditions and obligations stipulated herein, any balance then owing in principal, interest, costs and accessories shall become immediately payable.

(b) *Term Savings Agreement*

[TRANSLATION]

Date of maturity: October 16, 2005

7. DÉFAUT

Si l'emprunteur tire un chèque qui porte le solde de l'ouverture de crédit à un montant supérieur à celui qu'autorise le présent contrat, s'il fait faillite, s'il cède ses biens ou devient insolvable ou encore s'il n'observe pas l'une ou l'autre des conditions et obligations convenues aux présentes, tout solde alors dû en capital, intérêts, frais et accessoires deviendra immédiatement exigible.

b) *Convention d'épargne à terme*

Date d'échéance : 16 octobre 2005

PROVISIONS GOVERNING THE PRINCIPAL

2. The member agrees to make, on the date of acquisition, a deposit in the amount of \$200,000 (hereinafter referred to as the "initial amount of deposit").
3. On the date of issue associated with the applicable term ("date of issue"), the initial amount of deposit and the interest then accrued on that amount shall be reinvested in the form of a deposit maturing on the maturity date associated with the applicable term ("date of maturity").
4. This deposit may neither be negotiated nor transferred. No amount in principal or interest shall be redeemable or payable before the date of maturity.
5. This deposit may be hypothecated or given as security only in favor of the issuing Caisse.

CONDITIONS RELATIVES AU CAPITAL

2. Le membre consent à effectuer, en date des présentes, un dépôt de 200 000 \$, appelé « montant initial du dépôt ».
3. À la date d'émission relative au terme applicable (« date d'émission »), le montant initial du dépôt et les intérêts accumulés sur ce montant à cette date seront réinvestis sous la forme d'un dépôt échéant à la date d'échéance relative au terme applicable (« date d'échéance »).
4. Le présent dépôt n'est ni négociable ni transférable. Aucune somme en capital ou intérêt n'est remboursable ni payable avant la date d'échéance.
5. Le présent dépôt ne peut être hypothéqué ou donné en garantie qu'en faveur de la caisse émettrice.

PROVISIONS GOVERNING DISPOSAL AT MATURITY

11. At maturity date, unless the Caisse is notified to the contrary not later than the seventh day following such date, the principal and interest shall be deposited (to a term savings account) for a term equal to the term of this deposit. The interest rate

CONDITIONS RELATIVES AU TRAITEMENT À L'ÉCHÉANCE

11. À l'échéance, à moins d'un avis à l'effet contraire reçu à la caisse au plus tard le septième jour suivant la date d'échéance, le capital et les intérêts seront déposés (dans un compte d'épargne à terme) pour un terme égal à celui du présent dépôt. Le taux

shall be the rate then in force at the Caisse for such deposit, depending on the applicable term. The interest shall be reckoned daily and capitalized annually.

d'intérêt sera celui alors en vigueur à la caisse pour un tel dépôt, selon le terme applicable. L'intérêt sera calculé sur une base quotidienne et capitalisé annuellement.

THIS IS A DEPOSIT WITHIN THE MEANING OF THE DEPOSIT INSURANCE ACT.

(c) Agreement to Give Savings as Security

[TRANSLATION]

1. RIGHT TO WITHHOLDING AND COMPENSATION

To secure the repayment of any sum in principal, interest, costs and accessories owed or to be owed the Caisse by:

- the Depositor
- Name of Borrower (if other than Depositor)

under:

- (a) a line of credit agreement in the amount of \$277,000.00 granted to him (her) on 2000-09-18;
- (b) a (Loan, line of credit, etc.) agreement in the amount of \$ _____ granted to him (her) on _____ ;
- (c) the following agreements:

- and under any debts or obligations, present or future, direct or indirect held by:

- the Depositor
- Name of Borrower (if other than Depositor) _____ towards the Caisse,

(hereinafter referred to as "the Credit Contract[s]")

the Depositor undertakes to maintain and consents to the withholding by the Caisse, in the account(s) or on the certificate(s) of deposit mentioned below, of the amount of \$200,000.00 distributed as follows:

CECI EST UN DÉPÔT AU SENS DE LA LOI SUR L'ASSURANCE-DÉPÔTS.

c) Convention de mise en garantie d'épargne

1. DROIT DE RÉTENTION ET DE COMPENSATION

Pour garantir le remboursement, en capital, intérêts, frais et accessoires, de toutes sommes dues ou pouvant être dues à la caisse :

- par le déposant
- par (Nom de l'emprunteur [si autre que le déposant])

en vertu :

- a) d'un contrat d'ouverture de crédit de 277 000,00 \$ qui lui a été consenti(e) le 2000-09-18;
- b) d'un contrat de (Prêt, ouverture de crédit, etc.) _____ de _____ \$ qui lui a été consenti(e) le _____ ;
- c) des contrats identifiés ci-dessous :

- et en vertu de toutes dettes ou obligations présentes ou futures, directes ou indirectes

- du déposant
- de (Nom de l'emprunteur [si autre que le déposant]) _____ envers la caisse,

(ci-après appelé[s] « le ou les contrats de crédit »)

le déposant s'engage à maintenir et consent à ce que la caisse retienne, dans le ou les comptes ou sur le ou les certificats de dépôt mentionnés ci-après, la somme de 200 000,00 \$ se répartissant comme suit:

Account or certificate of deposit identification (for deposit certificates, state date issued amount and certificate number)	Sum withheld by the Caisse	Identification du ou des comptes ou certificats de dépôt (pour les certificats de dépôt, indiquer la date d'émission, le montant et le numéro du certificat)	Somme retenue par la caisse
ALTERNATIVE TERM SAVINGS 5 YEARS IN THE AMOUNT OF \$200,000.00	\$200,000.00	ÉPARGNE À TERME À GESTION ACTIVE 5 ANS AU MONTANT DE 200 000,00	200 000,00 \$
	\$		\$

The Caisse may withhold the sums shown above, along with the interest from the certificates of deposit if applicable, as long as all the amounts due under the Credit Contract(s) have not been fully repaid and, in the case of a line of credit, as long as it has not been cancelled. In cases of default as provided for below, there shall be compensation between the Credit Contract(s) and the certificate(s) of deposit or the amounts deposited defined above, as provided for in Section 7.

La caisse pourra retenir les sommes indiquées ci-dessus, ainsi que les intérêts provenant des certificats de dépôt le cas échéant, tant que la totalité des sommes dues en vertu du ou des contrats de crédit n'auront pas été entièrement remboursées et, dans le cas d'une ouverture de crédit, tant qu'elle n'aura pas été annulée. Dans les cas de défaut prévus ci-après, il y aura compensation entre le ou les contrats de crédit et le ou les certificats de dépôt ou sommes d'argent indiqués ci-dessus, tel qu'il est prévu à l'article 7.

2. SAFEKEEPING OF CERTIFICATES

. . .

3. HYPOTHEC

To further secure the repayment of any sum owed or to be owed under the Credit Contract(s), the Depositor hypothecates and pledges the above-mentioned certificate(s) of deposit and sums deposited, for an amount equal to the total amount of the sums withheld. The parties also agree that the clause shown on the certificate(s) of deposit stipulating that such certificate(s) are neither negotiable nor transferable shall be deemed cancelled, effective from the date of these presents.

4. WITHDRAWALS AND CHEQUES

. . .

5. REDEMPTION BEFORE MATURITY OF A CERTIFICATE OF DEPOSIT

. . .

6. MATURITY AND RENEWAL OF A CERTIFICATE OF DEPOSIT

. . .

2. GARDE DES CERTIFICATS

. . .

3. HYPOTHÈQUE

Pour garantir davantage le remboursement des sommes dues ou pouvant être dues en vertu du ou des contrats de crédit, le déposant hypothèque et donne en gage le ou les certificats de dépôt et les sommes d'argent indiqués ci-dessus, pour un montant égal au montant total des sommes retenues. Les parties conviennent également que la clause paraissant au(x) certificat(s) de dépôt à l'effet que le ou les certificats ne sont ni négociables ni transférables est réputée annulée à compter des présentes.

4. RETRAITS ET CHÈQUES

. . .

5. REMBOURSEMENT D'UN CERTIFICAT DE DÉPÔT AVANT ÉCHÉANCE

. . .

6. ÉCHÉANCE ET RENOUELEMENT D'UN CERTIFICAT DE DÉPÔT

. . .

7. DEFAULT

The Depositor shall be in default in any of the following cases:

- (a) if any of the commitments under the Credit Contract(s) or these presents is not fulfilled;
- (b) if the Depositor or the Borrower becomes insolvent or goes bankrupt, or if he (she) makes a proposal and it is rejected or annulled;

. . . .

In the event of any default:

- (a) any sums owing under the Credit Contracts shall immediately become payable;
- (b) the Caisse may use the sums deposited or the certificate(s) of deposit contemplated herein, regardless of its (their) having matured or not, to compensate its claim under the Credit Contract(s);

. . . .

The consequences of a default are for the exclusive benefit of the Caisse and the latter may waive them expressly. The Caisse may, among others, without any prejudice to its rights, wait for the maturity date of the certificate(s) of deposit before exercising its rights as provided for in paragraphs (b) and (c) above.

8. RESERVE OF RECOURSES

. . . Furthermore, failure by the Caisse to avail itself of any of its rights in case of default shall not be interpreted as a waiver of such rights.

B. Statutory Provisions

- (a) *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)

224. . . .

(1.3) In subsection (1.2),

. . . .

“security interest” means any interest in property that secures payment or performance of an obligation

7. DÉFAUT

Le déposant sera en défaut dans les cas suivants :

- a) si l'une ou l'autre des obligations prévues au(x) contrat(s) de crédit ou aux présentes n'est pas respectée;
- b) si le déposant ou l'emprunteur deviennent insolubles ou en faillite ou s'ils font une proposition concordataire et que celle-ci est rejetée ou annulée;

. . . .

En cas de défaut :

- a) toutes les sommes dues en vertu des contrats de crédit deviendront immédiatement exigibles;
- b) il y aura compensation entre le ou les contrats de crédit et le ou les certificats de dépôt ou sommes d'argent indiqués ci-dessus, que ceux-ci soient échus ou non;

. . . .

Les conséquences d'un défaut sont au bénéfice exclusif de la caisse et celle-ci peut y renoncer expressément. Elle peut notamment, sans préjudice de ses droits, attendre l'échéance du ou des certificats de dépôt avant d'exercer les droits prévus aux paragraphes b) et c) ci-dessus.

8. RÉSERVE DE RECOURS

. . . En outre, le fait que la caisse ne se prévale pas de ses droits en cas de défaut ne doit pas être interprété comme une renonciation à ceux-ci.

B. Les dispositions législatives

- a) *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.)

224. . . .

(1.3) Les définitions qui suivent s'appliquent au paragraphe (1.2).

. . . .

« garantie » Droit sur un bien qui garantit l'exécution d'une obligation, notamment un paiement. Sont en

and includes an interest created by or arising out of a debenture, mortgage, hypothec, lien, pledge, charge, deemed or actual trust, assignment or encumbrance of any kind whatever, however or whenever arising, created, deemed to arise or otherwise provided for;

227. . . .

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

(4.1) Notwithstanding any other provision of this Act, the *Bankruptcy and Insolvency Act* (except sections 81.1 and 81.2 of that Act), any other enactment of Canada, any enactment of a province or any other law, where at any time an amount deemed by subsection (4) to be held by a person in trust for Her Majesty is not paid to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act, property of the person and property held by any secured creditor (as defined in subsection 224(1.3)) of that person that but for a security interest (as defined in subsection 224(1.3)) would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust is deemed

- (a) to be held, from the time the amount was deducted or withheld by the person, separate and apart from the property of the person, in trust for Her Majesty whether or not the property is subject to such a security interest, and
- (b) to form no part of the estate or property of the person from the time the amount was so deducted or withheld, whether or not the property has in fact been kept separate and apart from the estate or property of the person and whether or not the property is subject to such a security interest

(b) *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23

86. (1) All premiums, interest, penalties and other amounts payable by an employer under this Act are debts due to Her Majesty and are recoverable in the Federal Court or any other court of competent jurisdiction or in any other manner provided for by this Act.

particulier des garanties les droits nés ou découlant de débetures, hypothèques, privilèges, nantissements, sûretés, fiducies réputées ou réelles, cessions et charges, quelle qu'en soit la nature, de quelque façon ou à quelque date qu'elles soient créées, réputées exister ou prévues par ailleurs.

227. . . .

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

(4.1) Malgré les autres dispositions de la présente loi, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (sauf ses articles 81.1 et 81.2), tout autre texte législatif fédéral ou provincial ou toute règle de droit, en cas de non-versement à Sa Majesté, selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi, d'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (4) détenir en fiducie pour Sa Majesté, les biens de la personne, et les biens détenus par son créancier garanti au sens du paragraphe 224(1.3) qui, en l'absence d'une garantie au sens du même paragraphe, seraient ceux de la personne, d'une valeur égale à ce montant sont réputés :

- a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté, à compter du moment où le montant est déduit ou retenu, séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à une telle garantie;
- b) ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne à compter du moment où le montant est déduit ou retenu, que ces biens aient été ou non tenus séparés de ses propres biens ou de son patrimoine et qu'ils soient ou non assujettis à une telle garantie.

b) *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23

86. (1) Les cotisations, intérêts, pénalités et autres sommes payables par un employeur en vertu de la présente loi constituent des créances de Sa Majesté, dont le recouvrement peut être poursuivi à ce titre soit devant la Cour fédérale ou tout autre tribunal compétent, soit selon toute autre modalité prévue par la présente loi.

(2) Where an employer has deducted an amount from the remuneration of an insured person as or on account of any employee's premium required to be paid by the insured person but has not remitted the amount to the Receiver General, the employer is deemed, notwithstanding any security interest (as defined in subsection 224(1.3) of the *Income Tax Act*) in the amount so deducted, to hold the amount separate and apart from the property of the employer and from property held by any secured creditor (as defined in subsection 224(1.3) of the *Income Tax Act*) of that employer that but for the security interest would be property of the employer, in trust for Her Majesty and for payment to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act.

(2.1) Notwithstanding the *Bankruptcy and Insolvency Act* (except sections 81.1 and 81.2 of that Act), any other enactment of Canada, any enactment of a province or any other law, where at any time an amount deemed by subsection (2) to be held by an employer in trust for Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act, property of the employer and property held by any secured creditor (as defined in subsection 224(1.3) of the *Income Tax Act*) of that employer that but for a security interest (as defined in subsection 224(1.3) of the *Income Tax Act*) would be property of the employer, equal in value to the amount so deemed to be held in trust is deemed

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

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

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

(2.2) For the purposes of subsections (2) and (2.1), a security interest does not include a prescribed security interest.

(c) *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64

1637. A creditor may assign to a third person all or part of a claim or a right of action which he has against his debtor.

(2) L'employeur qui a retenu une somme sur la rétribution d'un assuré au titre des cotisations ouvrières que l'assuré doit payer, mais n'a pas versé cette somme au receveur général est réputé, malgré toute autre garantie au sens du paragraphe 224(1.3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* la concernant, la détenir en fiducie pour Sa Majesté, séparée de ses propres biens et des biens détenus par son créancier garanti au sens de ce paragraphe qui, en l'absence de la garantie, seraient ceux de l'employeur, et en vue de la verser à Sa Majesté selon les modalités et au moment prévus par la présente loi.

(2.1) Malgré la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (sauf ses articles 81.1 et 81.2), tout autre texte législatif fédéral ou provincial ou toute règle de droit, en cas de non-versement à Sa Majesté, selon les modalités et au moment prévus par la présente loi, d'une somme qu'un employeur est réputé par le paragraphe (2) détenir en fiducie pour Sa Majesté, les biens de l'employeur, et les biens détenus par son créancier garanti au sens du paragraphe 224(1.3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui, en l'absence d'une garantie au sens du même paragraphe, seraient ceux de l'employeur, d'une valeur égale à cette somme sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté, à compter du moment où la somme est retenue, séparés des propres biens de l'employeur, qu'ils soient ou non assujettis à une telle garantie;

b) ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de l'employeur à compter du moment où la somme est retenue, que ces biens aient été ou non tenus séparés de ses propres biens ou de son patrimoine et qu'ils soient ou non assujettis à une telle garantie.

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

(2.2) Pour l'application des paragraphes (2) et (2.1), n'est pas une garantie celle qui est visée par règlement.

(c) *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64

1637. Le créancier peut céder à un tiers, tout ou partie d'une créance ou d'un droit d'action qu'il a contre son débiteur.

He may not, however, make an assignment that is injurious to the rights of the debtor or that renders his obligation more onerous.

. . .

1643. A debtor may set up against the assignee any payment made to the assignor before the assignment could be set up against him, as well as any other cause of extinction of the obligation that occurred before that time.

. . .

1671. Obligations are extinguished not only by the causes of extinction contemplated in other provisions of this Code, such as payment, the expiry of an extinctive term, novation or prescription, but also by compensation, confusion, release, impossibility of performance or discharge of the debtor.

1672. Where two persons are reciprocally debtor and creditor of each other, the debts for which they are liable are extinguished by compensation, up to the amount of the lesser debt.

Compensation may not be claimed from the State, but the State may claim it.

1673. Compensation is effected by operation of law upon the coexistence of debts that are certain, liquid and exigible and the object of both of which is a sum of money or a certain quantity of fungible property identical in kind.

A person may apply for judicial liquidation of a debt in order to set it up for compensation.

. . .

1680. A debtor who has acquiesced unconditionally in the assignment or hypothecating of claims by his creditor to a third person may not afterwards set up against the third person any compensation that he could have set up against the original creditor before he acquiesced.

An assignment or hypothec in which a debtor has not acquiesced, but which from a certain time may be set up against him, prevents compensation only for debts of the original creditor which come after that time.

1681. Compensation may neither be effected nor be renounced to the prejudice of the acquired rights of a third person.

Cette cession ne peut, cependant, porter atteinte aux droits du débiteur, ni rendre son obligation plus onéreuse.

. . .

1643. Le débiteur peut opposer au cessionnaire tout paiement fait au cédant avant que la cession ne lui ait été rendue opposable, ainsi que toute autre cause d'extinction de l'obligation survenue avant ce moment.

. . .

1671. Outre les autres causes d'extinction prévues ailleurs dans ce code, tels le paiement, l'arrivée d'un terme extinctif, la novation ou la prescription, l'obligation est éteinte par la compensation, par la confusion, par la remise, par l'impossibilité de l'exécuter ou, encore, par la libération du débiteur.

1672. Lorsque deux personnes se trouvent réciproquement débitrices et créancières l'une de l'autre, les dettes auxquelles elles sont tenues s'éteignent par compensation jusqu'à concurrence de la moindre.

La compensation ne peut être invoquée contre l'État, mais celui-ci peut s'en prévaloir.

1673. La compensation s'opère de plein droit dès que coexistent des dettes qui sont l'une et l'autre certaines, liquides et exigibles et qui ont pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de biens fungibles de même espèce.

Une partie peut demander la liquidation judiciaire d'une dette afin de l'opposer en compensation.

. . .

1680. Le débiteur qui acquiesce purement et simplement à la cession ou à l'hypothèque de créance consentie par son créancier à un tiers, ne peut plus opposer à ce tiers la compensation qu'il eût pu opposer au créancier originaire avant son acquiescement.

La cession ou l'hypothèque à laquelle le débiteur n'a pas acquiescé, mais qui lui est devenue opposable, n'empêche que la compensation des dettes du créancier originaire qui sont postérieures au moment où la cession ou l'hypothèque lui est ainsi devenue opposable.

1681. La compensation n'a pas lieu, et on ne peut non plus y renoncer, au préjudice des droits acquis à un tiers.

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

637. If the affirmative declaration of the garnishee is not contested and does not show the existence of another seizure by garnishment in his hands, the clerk, upon an inscription by either party, orders the garnishee to pay to the seizing creditor the amounts which he owes to the judgment debtor to the extent of the amount of the judgment in capital, interest and costs. To that extent the order of the clerk effects an assignment, in favour of the seizing creditor, of the judgment debtor's claim, from the date of the seizure. Such order must be served on the garnishee and becomes executory 10 days later.

Appeal dismissed with costs, LEBEL and DESCHAMPS JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Langlois Kronström Desjardins, Lévis.

Solicitor for the respondent: Canada Department of Justice, Montréal.

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

637. Si la déclaration affirmative du tiers-saisi n'est pas contestée et qu'elle ne révèle pas l'existence d'une autre saisie-arrêt pratiquée entre ses mains, le greffier, sur inscription par l'une ou l'autre des parties, ordonne au tiers-saisi de payer au saisissant les sommes qu'il doit au débiteur-saisi, jusqu'à concurrence du montant du jugement, en capital, intérêts et frais. Dans cette mesure, l'ordonnance du greffier opère cession de la créance du saisissant en faveur du saisissant, et à compter du jour de la saisie. Cette ordonnance doit être signifiée au tiers-saisi et devient exécutoire 10 jours plus tard.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges LEBEL et DESCHAMPS sont dissidents.

Procureurs de l'appelante : Langlois Kronström Desjardins, Lévis.

Procureur de l'intimée : Ministère de la Justice du Canada, Montréal.