



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 3, 2021 Vol. 2

3^e cahier, 2021 Vol. 2

Cited as [2021] 2 S.C.R. 571-844

Renvoi [2021] 2 R.C.S. 571-844

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

J. DAVID POWER

Acting Registrar, Supreme Court of Canada / Registrataire par intérim de la Cour suprême du Canada

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
GENEVIÈVE DOMEY

Senior Counsel / Avocate-conseil
RENÉE MARIA TREMBLAY

MARYAM ARZANI	Legal Counsel / Conseillers juridiques ANDRÉ GOLDENBERG	JACQUELINE STENCEL
AUDREY-ANNE BERGERON	LEE ANN GORMAN	ANDREA SUURLAND
LAURENCE CARON	LAUREN KOSHURBA	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	KAREN LEVASSEUR	CAMERON TAYLOR
ANNE DES ORMEAUX	EMILY K. MOREAU	DIANE THERRIEN
	IDA SMITH	

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

DAVID AUBRY	Jurilinguists / Jurilinguistes MARIE-CHRISTIANE BOUCHER	LAURENCE ENDALE
STEPHEN BALOGH	JULIE BOULANGER	AUDRA POIRIER
STÉPHANIE-CLAUDE BOUCHARD		MARIE RODRIGUE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
PETER O'DOHERTY

Technical Revisors / Réviseurs techniques CATHERINE BALOGH	MYRIAM DUMAIS-DESROSIERS
ANTHONY DELISLE	CHARLOTTE LAFONTAINE-DESPRÉS

Administrative Support Officer / Agente au soutien administratif
KATHERINE LAURIN

Administrative Assistants / Adjointes administratifs SÉBASTIEN GAGNÉ	KATHIA SÉGUIN
---	---------------

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Library, Supreme Court of Canada, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 0J1, together with the old address.

Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse à Bibliothèque, Cour suprême du Canada, Ottawa (Ontario) Canada, K1A 0J1, en indiquant l'ancienne adresse.

CONTENTS

Canada v. Canada North Group Inc. 571

Bankruptcy and insolvency — Priority — Source deductions — Priming charges — Employee source deductions not remitted to Crown by companies in receivership — Judge supervising restructuring proceedings under Companies' Creditors Arrangement Act ordering priming charges over debtor companies' assets in favour of interim lender, monitor and directors — Order giving priority to priming charges over claims of secured creditors and providing that they are not to be limited or impaired in any way by provisions of any federal or provincial statute — Property of debtor companies subject to deemed trust in favour of Crown for unremitted source deductions under Income Tax Act — Whether court has authority to rank priming charges ahead of Crown's deemed trust for unremitted source deductions — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 227(4.1) — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 11, 11.2, 11.51, 11.52.

Grant Thornton LLP v. New Brunswick 704

Limitation of actions — Discoverability — Requisite degree of knowledge to discover claim — Negligence — Province delivering loan guarantees to company based on auditor's report — Company running out of working capital months after receiving loan from bank — Province paying out guarantees — Province commencing negligence claim against auditor — Auditor seeking summary judgment on basis that claim commenced after two-year statutory limitation period — Standard to be applied in determining whether plaintiff has requisite degree of knowledge to discover claim — Whether province discovered negligence claim against auditor — Whether claim statute-barred — Limitation of Actions Act, S.N.B. 2009, c. L-8.5, s. 5(1)(a), (2).

York University v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) 734

Intellectual property — Copyright — Tariffs — Enforcement — Fair dealing — Declaratory relief — Collective society obtaining certification of interim tariff for post-secondary educational institutions — University refusing to pay royalties under interim tariff for its copying

Continued on next page

SOMMAIRE

Canada c. Canada North Group Inc. 571

Faillite et insolvabilité — Priorité — Retenues à la source — Charges super prioritaires — Retenues à la source des employés non versées à la Couronne par les compagnies mises sous séquestre — Juge chargé de surveiller la procédure de restructuration intentée sous le régime de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies ordonnant que les actifs des compagnies soient grevés de charges super prioritaires en faveur du prêteur temporaire, du contrôleur et des administrateurs — Ordonnance accordant aux charges super prioritaires priorité sur les réclamations des créanciers garantis et précisant que ces charges ne doivent pas être limitées ou compromises de quelque façon que ce soit par les dispositions de toute loi fédérale ou provinciale — Biens des compagnies débitrices assujettis à la fiducie réputée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées en application de la Loi de l'impôt sur le revenu — Le tribunal a-t-il le pouvoir d'accorder aux charges super prioritaires priorité de rang sur la fiducie réputée de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.), art. 227(4.1) — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36, art. 11, 11.2, 11.51, 11.52.

Grant Thornton LLP c. Nouveau-Brunswick 704

Prescription — Possibilité de découvrir le dommage — Degré de connaissance requis pour découvrir une réclamation — Négligence — Garanties de prêts accordées à une société par la province sur le fondement du rapport d'un vérificateur — Fonds de roulement de la société épuisé quelques mois après qu'elle a reçu le prêt bancaire — Versement des garanties par la province — Réclamation par la province contre le vérificateur pour négligence — Jugement sommaire sollicité par le vérificateur au motif que la réclamation a été présentée après le délai de prescription légale de deux ans — Norme à appliquer pour déterminer si le demandeur a le degré requis de connaissance pour découvrir la réclamation — La province a-t-elle découvert la réclamation pour négligence contre le vérificateur? — La réclamation est-elle prescrite? — Loi sur la prescription, L.N.-B. 2009, c. L-8.5, art. 5(1)a), (2).

Université York c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) 734

Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Tarifs — Exécution — Utilisation équitable — Jugement déclaratoire — Homologation d'un tarif provisoire pour les établissements d'enseignement postsecondaire accordée à une société de gestion — Refus d'une université de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

activities — Collective society bringing enforcement action — University bringing counterclaim seeking declaration that copying conducted within its fair dealing guidelines protected by fair dealing rights — Whether collective society can enforce royalty payments set out in tariff against user who chooses not to be bound by licence on the approved terms — Whether declaratory relief sought by university should be granted — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 29, 68.2(1).

Canadian Broadcasting Corp. v. Manitoba 785

Courts — Jurisdiction — Publication bans — Variation — Criminal proceedings — Court of Appeal ordering indefinite publication ban on affidavit filed in criminal proceedings before it — Motion brought by media representative after judgment on merits of proceedings rendered asking Court of Appeal to set aside publication ban — Court of Appeal declining to hear motion on basis that jurisdiction exhausted — Whether court retains jurisdiction to reconsider publication ban orders and other such ancillary orders after merits of criminal proceedings decided.

SOMMAIRE (Fin)

payer les redevances prévues au tarif provisoire pour ses activités de reproduction — Recours en exécution intenté par la société de gestion — Demande reconventionnelle présentée par l'université sollicitant un jugement déclarant que les reproductions relevant de ses lignes directrices sur l'utilisation équitable sont protégées par les droits rattachés à l'utilisation équitable — Une société de gestion peut-elle percevoir les redevances fixées par un tarif auprès de l'utilisateur qui choisit de ne pas être lié par une licence aux conditions homologuées? — Le jugement déclaratoire demandé par l'université devrait-il être accordé? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 29, 68.2(1).

Société Radio-Canada c. Manitoba 785

Tribunaux — Compétence — Interdictions de publication — Modification — Procédures criminelles — Interdiction de publication d'une durée indéterminée prononcée par la cour d'appel à l'égard d'un affidavit déposé dans une instance criminelle se déroulant devant elle — Motion présentée par un représentant des médias après qu'un jugement eut été rendu sur le fond de l'instance pour demander à la cour d'appel d'annuler l'interdiction de publication — Refus de la cour d'appel d'entendre la motion au motif qu'elle a épuisé sa compétence — Un tribunal demeure-t-il compétent pour réexaminer des ordonnances de non-publication et d'autres ordonnances accessoires de cette nature après qu'il a été statué sur le fond d'une instance criminelle?

Her Majesty The Queen in Right of Canada
Appellant

v.

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

and

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

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

2021 SCC 30

File No.: 38871.

2020: December 1; 2021: July 28.

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

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

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

Sa Majesté la Reine du chef du Canada
Appelante

c.

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

et

**Institut d'insolvabilité du Canada et
Association canadienne des professionnels
de l'insolvabilité et de la réorganisation**
Intervenants

**RÉPERTORIÉ : CANADA c. CANADA NORTH
GROUP INC.**

2021 CSC 30

N° du greffe : 38871.

2020 : 1^{er} décembre; 2021 : 28 juillet.

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

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

Faillite et insolvabilité — Priorité — Retenues à la source — Charges super prioritaires — Retenues à la source des employés non versées à la Couronne par les compagnies mises sous séquestre — Juge chargé de surveiller la procédure de restructuration intentée sous le régime de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies ordonnant que les actifs des compagnies soient grevés de charges super prioritaires en faveur du prêteur temporaire, du contrôleur et des administrateurs — Ordonnance accordant aux charges super

provincial statute — Property of debtor companies subject to deemed trust in favour of Crown for unremitted source deductions under Income Tax Act — Whether court has authority to rank priming charges ahead of Crown’s deemed trust for unremitted source deductions — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 227(4.1) — Companies’ Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 11, 11.2, 11.51, 11.52.

Canada North Group and six related corporations initiated restructuring proceedings under the *Companies’ Creditors Arrangement Act* (“CCAA”). In their initial CCAA application, they requested a package of relief including the creation of three priming charges (or court-ordered super-priority charges): an administration charge in favour of counsel, a monitor and a chief restructuring officer for the fees they incurred, a financing charge in favour of an interim lender, and a directors’ charge protecting their directors and officers against liabilities incurred after the commencement of the proceedings. The application included an affidavit from one of their directors attesting to a debt to Her Majesty The Queen for unremitted employee source deductions and GST. The CCAA judge made an order (“Initial Order”) that the priming charges were to “rank in priority to all other security interests, . . . charges and encumbrances, claims of secured creditors, statutory or otherwise”, and that they were not to be “otherwise . . . limited or impaired in any way by . . . the provisions of any federal or provincial statutes” (“Priming Charges”). The Crown subsequently filed a motion for variance, arguing that the Priming Charges could not take priority over the deemed trust created by s. 227(4.1) of the *Income Tax Act* (“ITA”) for unremitted source deductions. The motion to vary was dismissed, and the Crown’s appeal to the Court of Appeal was also dismissed.

Held (Abella, Moldaver, Brown and Rowe JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Côté and Kasirer JJ.: The Priming Charges prevail over the deemed trust. Section 227(4.1)

prioritaires priorité sur les réclamations des créanciers garantis et précisant que ces charges ne doivent pas être limitées ou compromises de quelque façon que ce soit par les dispositions de toute loi fédérale ou provinciale — Biens des compagnies débitrices assujettis à la fiducie réputée en faveur de la Couronne à l’égard des retenues à la source non versées en application de la Loi de l’impôt sur le revenu — Le tribunal a-t-il le pouvoir d’accorder aux charges super prioritaires priorité de rang sur la fiducie réputée de la Couronne à l’égard des retenues à la source non versées? — Loi de l’impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.), art. 227(4.1) — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36, art. 11, 11.2, 11.51, 11.52.

Canada North Group et six sociétés liées ont intenté une procédure de restructuration sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (« LACC »). Dans la demande initiale qu’elles ont présentée en vertu de la LACC, elles réclamaient une série de mesures, y compris la création de trois charges super prioritaires : une charge visant des frais administratifs constituée en faveur des avocats, du contrôleur et du directeur de la restructuration pour les frais qu’ils ont engagés, une charge de financement en faveur d’un prêteur temporaire, et une charge constituée en faveur des administrateurs en vue de les protéger ainsi que les dirigeants contre les obligations contractées après l’introduction de l’instance. La demande comprenait un affidavit de l’un de leurs administrateurs pour attester l’existence d’une dette envers Sa Majesté la Reine à l’égard de la TPS et de retenues à la source des employés non versées. Le juge chargé d’appliquer la LACC a rendu une ordonnance (« ordonnance initiale ») précisant que les charges super prioritaires devaient avoir « priorité sur tou[tes] les autres [. . .], garanties, [. . .], charges et sûretés, créances de créanciers garantis, d’origine législative ou autre », et ne devaient pas être « autrement limitées ou compromises de quelque façon que ce soit par [. . .] les dispositions de toute loi fédérale ou provinciale ». La Couronne a par la suite déposé une requête en modification, plaidant que les charges super prioritaires ne pouvaient avoir priorité sur la fiducie réputée créée par le par. 227(4.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* (« LIR ») à l’égard des retenues à la source non versées. La requête en modification a été rejetée, tout comme l’appel de la Couronne à la Cour d’appel.

Arrêt (les juges Abella, Moldaver, Brown et Rowe sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Wagner et les juges Côté et Kasirer : Les charges super prioritaires l’emportent sur la fiducie

does not create a proprietary interest in the debtor's property. Further, a court-ordered super-priority charge under the *CCAA* is not a security interest within the meaning of s. 224(1.3) of the *ITA*. As a result, there is no conflict between s. 227(4.1) of the *ITA* and the Initial Order made in this case, or between the *ITA* and s. 11 of the *CCAA*.

In general, courts supervising a *CCAA* reorganization have the authority to order super-priority charges to facilitate the restructuring process. The most important feature of the *CCAA* is the broad discretionary power it vests in the supervising court: s. 11 of the *CCAA* confers jurisdiction on the supervising court to "make any order that it considers appropriate in the circumstances". This jurisdiction is constrained only by restrictions set out in the *CCAA* itself and the requirement that the order made be appropriate in the circumstances — its general language is not restricted by the availability of more specific orders in ss. 11.2, 11.4, 11.51 and 11.52. As restructuring under the *CCAA* often requires the assistance of many professionals, giving super priority to priming charges in favour of those professionals is required to derive the most value for the stakeholders. For a monitor and financiers to put themselves at risk to restructure and develop assets, only to later discover that a deemed trust supersedes all claims, would defy fairness and common sense.

Her Majesty does not have a proprietary interest in a debtor's property that is adequate to prevent the exercise of a supervising judge's discretion to order super-priority charges under s. 11 of the *CCAA* or any of the sections that follow it. Section 227(4.1) does not create a beneficial interest that can be considered a proprietary interest, and it does not give the Crown the same property interest a common law trust would. Without attaching to specific property, creating the usual right to the enjoyment of property or the fiduciary obligations of a trustee, the interest created by s. 227(4.1) lacks the qualities that allow a court to refer to a beneficiary as a beneficial owner.

Furthermore, under Quebec civil law, it is clear that s. 227(4.1) does not establish a legal trust as it does not meet the three requirements set out in arts. 1260 and 1261 of the *Civil Code of Québec*. Although s. 227(4.1) provides

réputée. Le paragraphe 227(4.1) ne crée pas un intérêt à titre de propriétaire sur les biens du débiteur. En outre, une charge super prioritaire ordonnée par un tribunal en vertu de la *LACC* n'est pas une garantie au sens du par. 224(1.3) de la *LIR*. Il n'y a donc pas de conflit entre le par. 227(4.1) de la *LIR* et l'ordonnance initiale rendue en l'espèce, ni entre la *LIR* et l'art. 11 de la *LACC*.

En général, les tribunaux chargés de surveiller les restructurations sous le régime de la *LACC* ont le pouvoir d'ordonner des charges super prioritaires afin de faciliter le processus de restructuration. La caractéristique la plus importante de la *LACC* est le vaste pouvoir discrétionnaire qu'elle confère au tribunal de surveillance : l'art. 11 de la *LACC* accorde à ce tribunal le pouvoir de « rendre [...] toute ordonnance qu'il estime indiquée ». Ce pouvoir n'est limité que par les restrictions imposées par la *LACC* elle-même, ainsi que par la condition requérant que l'ordonnance soit indiquée dans les circonstances — la possibilité de rendre ces ordonnances plus spécifiques en vertu des art. 11.2, 11.4, 11.51 et 11.52 n'a pas pour effet de restreindre la portée des termes généraux qui y sont employés. Comme il faut souvent obtenir l'aide de nombreux professionnels pour restructurer une compagnie sous le régime de la *LACC*, il est nécessaire de constituer des charges super prioritaires en faveur de ces professionnels pour que les parties prenantes bénéficient d'une valorisation maximale. Il serait contraire à l'équité et au bon sens qu'un contrôleur et des prêteurs s'exposent à des risques afin de restructurer une compagnie et de l'aider à se développer, puis découvrent par la suite qu'une fiducie réputée prévaut sur l'ensemble des créances.

Sa Majesté n'a pas sur les biens du débiteur un intérêt à titre de propriétaire suffisant pour empêcher le juge surveillant d'ordonner des charges super prioritaires en vertu du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 11 de la *LACC*, ou de l'un ou l'autre des articles qui le suivent. Le paragraphe 227(4.1) ne crée pas un droit de bénéficiaire qui peut être considéré comme un intérêt à titre de propriétaire, et il ne confère pas à la Couronne le même droit de propriété qu'une fiducie de common law. N'étant associé à aucun bien précis, ce qui conférerait à son titulaire le droit habituel à la jouissance du bien ou lui imposerait les obligations d'un fiduciaire, l'intérêt créé par le par. 227(4.1) ne possède pas les attributs qui permettent à un tribunal de qualifier le bénéficiaire de propriétaire bénéficiaire.

En outre, en droit civil québécois, il est clair que le par. 227(4.1) ne crée pas de fiducie légale, car il ne satisfait pas aux trois conditions prévues aux art. 1260 et 1261 du *Code civil du Québec*. Bien que le par. 227(4.1)

that the assets are deemed to be held “separate and apart from the property of the person” and “to form no part of the estate or property of the person”, the main element of a civilian trust is absent in the deemed trust established by s. 227(4.1): no specific property is transferred to a trust patrimony, and there is no autonomous patrimony to which specific property is transferred.

Section 227(4.1) states that the Receiver General shall be paid the proceeds of a debtor’s property “in priority to all such security interests”, as defined in s. 224(1.3), but court-ordered super-priority charges under s. 11 of the *CCAA* or any of the sections that follow it are not security interests within the meaning of s. 224(1.3). Section 224(1.3) defines “security interest” as meaning “any interest in, or for civil law any right in, property that secures payment or performance of an obligation” and including “an interest, or for civil law a right, created by or arising out of a debenture, mortgage, hypothec, lien, pledge, charge, deemed or actual trust, assignment or encumbrance of any kind whatever, however or whenever arising, created, deemed to arise or otherwise provided for”. The grammatical structure of this provision evidences Parliament’s intent that the list have limiting effect, such that only the instruments enumerated and instruments that are similar in nature fall within the definition. Court-ordered super-priority charges are utterly different from any of the interests listed in s. 227(4.1) because they were not made for the sole benefit of the holder of the charge, nor were they made by consensual agreement or by operation of law. Instead, they were ordered by the *CCAA* judge to facilitate the restructuring in furtherance of the interests of all stakeholders. This interpretation is consistent with the presumption against tautology, which suggests that Parliament intended interpretive weight to be placed on the examples, and with the *ejusdem generis* principle, which limits the generality of the final words on the basis of the narrow enumeration that precedes them.

Preserving the deemed trusts under s. 37(2) of the *CCAA* does not modify the characteristics of these trusts. They continue to operate as they would have if the insolvent company had not sought *CCAA* protection. Similarly, granting Her Majesty the right to insist that a compromise or arrangement not be sanctioned by a court unless it provides for payment in full under s. 6(3) does not modify

dispose que les biens soient réputés détenus « séparés des propres biens de la personne » et « ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne », on ne retrouve pas l’élément principal d’une fiducie civiliste dans la fiducie réputée créée en application du par. 227(4.1) : aucun bien précis n’est transféré au patrimoine fiduciaire, et il n’existe aucun patrimoine autonome auquel sont transférés des biens précis.

Le paragraphe 227(4.1) précise que le receveur général reçoit le produit découlant des biens du débiteur « par priorité sur une telle garantie », au sens du par. 224(1.3), mais les charges super prioritaires ordonnées par le tribunal en vertu de l’art. 11 de la *LACC* ou de l’un ou l’autre des articles qui le suivent ne sont pas des garanties au sens du par. 224(1.3). Selon la définition de ce terme au par. 224(1.3), « garantie » s’entend d’un « [i]ntérêt ou, pour l’application du droit civil, [d’un] droit sur un bien qui garantit l’exécution d’une obligation, notamment un paiement », et « [s]ont en particulier des garanties les intérêts ou, pour l’application du droit civil, les droits nés ou découlant de débentures, hypothèques, privilèges, nantissements, sûretés, fiducies réputées ou réelles, cessions et charges, quelle qu’en soit la nature, de quelque façon ou à quelque date qu’elles soient créées, réputées exister ou prévues par ailleurs ». La structure grammaticale de cette disposition témoigne de l’intention du législateur de restreindre la portée de l’énumération, si bien que seuls les instruments énumérés ou les instruments de nature similaire répondent à la définition. Les charges super prioritaires d’origine judiciaire sont radicalement différentes de n’importe lequel des intérêts énumérés au par. 227(4.1), puisqu’elles n’ont pas été constituées au seul bénéfice de leur détenteur, ni par accord consensuel ou par application de la loi. Elles ont plutôt été ordonnées par le juge chargé d’appliquer la *LACC* dans le but de faciliter la restructuration dans l’intérêt de toutes les parties prenantes. Cette interprétation s’accorde avec la présomption d’absence de tautologie, laquelle donne à penser que le législateur voulait que l’on attribue une valeur interprétative aux exemples, de même qu’avec la règle *ejusdem generis*, qui limite la portée générale des derniers termes sur la base de l’énumération des exemples précis qui les précède.

Le fait que les fiducies réputées soient protégées par le par. 37(2) de la *LACC* ne modifie en rien les caractéristiques de ces fiducies. Elles continuent à produire leur effet comme si la compagnie insolvable n’avait pas demandé la protection de la *LACC*. De même, le fait d’accorder à Sa Majesté le droit d’insister auprès du tribunal afin qu’il refuse d’homologuer une transaction ou un arrangement

the deemed trust created by s. 227(4.1) in any way. In any event, s. 6(3) comes into operation only at the end of the CCAA process when parties seek court approval of their arrangement or compromise.

Finally, whether Her Majesty is a “secured creditor” under the CCAA or not, the supervising court’s power in s. 11 provides a very broad jurisdiction that is not restricted by the availability of more specific orders. Although ss. 11.2, 11.51 and 11.52 of the CCAA may attach only to the property of the debtor’s company, there is no such restriction in s. 11. That said, courts should still recognize the distinct nature of Her Majesty’s interest and ensure that they grant a charge with priority over the deemed trust only when necessary.

Per Karakatsanis and Martin JJ.: There is no conflict between the ITA and CCAA provisions at issue in this appeal. The broad discretionary power under s. 11 of the CCAA permits a court to rank priming charges ahead of the Crown’s deemed trust for unremitted source deductions.

Section 227(4.1) of the ITA provides that a deemed trust attaches to property of the employer to the extent of unremitted source deductions “notwithstanding any security interest in such property” or “any other enactment of Canada”. Although this provision clearly specifies that the Crown’s right operates notwithstanding other security interests, the content of that right for the purposes of insolvency cannot be inferred solely from the text of the ITA. Section 227(4.1) states that the amount of the unremitted source deductions is “beneficially owned” by the Crown, but there is no settled doctrinal meaning of the term “beneficial ownership”, and s. 227(4.1) modifies even those features of beneficial ownership that are widely associated with it under the common law.

As a creature of statute, a statutory deemed trust does not have to fulfill the ordinary requirements of trust law. In the case of the deemed trust in s. 227(4.1), there is no identifiable trust property and therefore no certainty of subject matter. Moreover, without specific property being transferred to the trust patrimony, s. 227(4.1) does not satisfy the requirements of an autonomous patrimony contemplated by the *Civil Code of Québec* in arts. 1260, 1261 and 1278. As a result, s. 227(4.1) traces the value of the unremitted source deductions, capping the Crown’s

qui ne pourvoit pas au paiement intégral prévu au par. 6(3) ne modifie d’aucune façon la fiducie présumée créée par le par. 227(4.1). Quoi qu’il en soit, le par. 6(3) ne s’applique qu’à l’issue de la procédure de la LACC, lorsque les parties cherchent à faire homologuer par le tribunal leur arrangement ou leur transaction.

Enfin, que Sa Majesté soit ou non un « créancier garanti » au sens de la LACC, la possibilité de rendre des ordonnances plus spécifiques n’a pas pour effet de restreindre le vaste pouvoir conféré au tribunal de surveillance par l’art. 11. Même si les art. 11.2, 11.51 et 11.52 de la LACC peuvent se rattacher uniquement aux biens de la compagnie débitrice, aucune restriction de ce genre ne figure à l’art. 11. Cela dit, les tribunaux devraient tout de même reconnaître le caractère distinct de l’intérêt de Sa Majesté et n’accorder une charge ayant priorité sur la fiducie réputée que dans les cas où c’est nécessaire.

Les juges Karakatsanis et Martin : Il n’existe aucun conflit entre les dispositions de la LIR et celles de la LACC en cause dans le présent pourvoi. Le vaste pouvoir discrétionnaire conféré par l’art. 11 de la LACC permet au tribunal de faire passer les charges super prioritaires devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l’égard des retenues à la source non versées.

Le paragraphe 227(4.1) de la LIR prévoit qu’une fiducie réputée s’attache aux biens de l’employeur jusqu’à concurrence de la valeur des retenues à la source non versées « malgré toute autre garantie sur ces biens » et « [m]algré [. . .] tout autre texte législatif fédéral ». Bien que la disposition indique clairement que le droit de la Couronne s’applique malgré toute autre garantie, la teneur de ce droit dans un contexte d’insolvabilité ne peut être déduite uniquement du texte de la LIR. Le paragraphe 227(4.1) précise que la Couronne a un « droit de bénéficiaire » sur le montant des retenues à la source non versées, mais ce terme n’a pas de signification établie dans la doctrine, et ce paragraphe modifie même les caractéristiques qui sont généralement associées à ce droit de bénéficiaire dans la common law.

Tirant son origine de la législation, la fiducie réputée créée par la loi n’a pas à satisfaire aux exigences ordinaires du droit des fiducies. Dans le cas de la fiducie réputée au par. 227(4.1), les biens de la fiducie ne sont pas identifiables et il n’y a donc aucune certitude quant à sa matière. De plus, sans transfert de biens précis au patrimoine fiduciaire, le par. 227(4.1) ne satisfait pas aux conditions d’un patrimoine autonome prévues aux art. 1260, 1261 et 1278 du *Code civil du Québec*. Par conséquent, le par. 227(4.1) permet d’établir la valeur des retenues à la

right at that value, and the specific property that constitutes the debtor's estate remains unchanged, with the debtor continuing to have control over it.

The *Bankruptcy and Insolvency Act* (“*BIA*”) and the *CCAA* each give the deemed trust meaning for their own purposes. The purpose of a *BIA* liquidation is to give the debtor a fresh start and pay out creditors to the extent possible. To realize these goals, the *BIA* is strictly rules-based and has a comprehensive scheme for the liquidation process. In the *BIA*, the deemed trust for unremitted source deductions appears in s. 67(3). Section 67(1)(a) excludes property held in trust by the bankrupt from property of the bankrupt that is divisible among creditors. Section 67(2) provides an exception for deemed trusts that are not true trusts. Section 67(3) provides a further exception by stating that s. 67(2) does not apply in respect of the Crown's deemed trust for unremitted source deductions under the *ITA* and other statutes. The result of this scheme is that the debtor's estate — to the extent of the unremitted source deductions — is not “property of a bankrupt divisible among his creditors”, as required by s. 67(1) of the *BIA*. Section 67 therefore gives content to the Crown's right of beneficial ownership under s. 227(4.1) of the *ITA*: the amount of the unremitted source deductions is taken out of the pool of money that is distributed to creditors in a *BIA* liquidation.

In contrast, the purpose of the *CCAA* is remedial; it provides a means for companies to avoid the devastating social and economic consequences of commercial bankruptcies. Due to its remedial nature, the *CCAA* is famously skeletal in nature and there is no rigid formula for the division of assets. When a debtor's restructuring is on the table, the goal pivots, and interim financing is introduced to facilitate restructuring. Entitlements and priorities shift to accommodate the presence of the interim lender — a new and necessary player who is absent from the liquidation scheme under the *BIA*.

The Crown's right to unremitted source deductions in a *CCAA* restructuring is protected by both ss. 37(2) and 6(3) of the *CCAA*. Section 37(2) provides that the Crown continues to beneficially own the debtor's property equal in value to the unremitted source deductions; the unremitted source deductions “shall . . . be regarded as being held

source non versées, limitant automatiquement le droit de la Couronne à cette valeur, et les biens précis qui constituent le patrimoine du débiteur ne changent pas, le débiteur en conservant la maîtrise.

La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (« *LFI* ») et la *LACC* donnent chacune à la fiducie réputée le sens qui convient à leurs fins. L'objectif d'une liquidation sous le régime de la *LFI* est de permettre au débiteur de prendre un nouveau départ et de rembourser ses créanciers dans la mesure du possible. Pour réaliser ces objectifs, la *LFI* repose strictement sur des règles et elle établit un régime complet pour le processus de liquidation. Dans la *LFI*, la fiducie réputée créée à l'égard des retenues à la source non versées figure au par. 67(3). L'alinéa 67(1)a exclut du patrimoine attribué aux créanciers du failli les biens détenus par le failli en fiducie. Le paragraphe 67(2) prévoit une exception pour les fiducies réputées qui ne sont pas des fiducies véritables. Le paragraphe 67(3) établit une autre exception en mentionnant que le par. 67(2) ne s'applique pas à la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées prévues par la *LIR* et par d'autres lois. Il en résulte que le patrimoine du débiteur — jusqu'à concurrence du montant des retenues à la source non versées — ne fait pas partie des « biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers », comme l'exige le par. 67(1) de la *LFI*. L'article 67 détermine donc la teneur du droit de bénéficiaire de la Couronne prévu au par. 227(4.1) de la *LIR* : le montant des retenues à la source non versées est soustrait des fonds qui sont distribués aux créanciers dans le cadre d'une liquidation sous le régime de la *LFI*.

En revanche, la *LACC* est de nature réparatrice; elle fournit aux compagnies un moyen d'éviter les effets dévastateurs, tant sur le plan social qu'économique, d'une faillite commerciale. Étant donné son caractère réparateur, la *LACC* est notoirement schématique par nature, et il n'existe pas de formule stricte de répartition des actifs. Lorsqu'il est question de restructurer les affaires d'un débiteur, l'objectif change, et le financement temporaire est introduit pour faciliter la restructuration. Les droits et les priorités changent du fait de l'entrée en scène d'un acteur essentiel, le prêteur temporaire, lequel ne joue aucun rôle dans la liquidation aux termes de la *LFI*.

Le droit de la Couronne sur les retenues à la source non versées dans le cadre d'une restructuration sous le régime de la *LACC* est protégé tant par le par. 37(2) que par le par. 6(3) de la *LACC*. Le paragraphe 37(2) prévoit que la Couronne conserve un droit de bénéficiaire sur les biens du débiteur jusqu'à concurrence du montant des retenues

in trust for Her Majesty”. Although this signals that, unlike deemed trusts captured by s. 37(1), the Crown’s deemed trust continues and confers a stronger right, s. 37(2) does not explain what to do with that right for the purposes of a *CCAA* proceeding. It does not, for example, provide that trust property should be put aside, as it would be in the *BIA* context. Section 6(3) gives specific effect to the Crown’s right by requiring that a plan of compromise provide for payment in full of the Crown’s deemed trust claims within six months of the plan’s approval. As such, the Crown can demand to be paid in full in priority to all “security interests”, including priming charges. The remedial goal of the *CCAA* is at the forefront of providing flexibility in preserving the Crown’s right to unremitted source deductions in s. 37(2), and in giving a concrete effect to that right in s. 6(3) of the *CCAA*. The fact that the Crown’s right under s. 227(4.1) of the *ITA* is treated differently between the two statutes is consistent with the different schemes and purposes of the *BIA* and *CCAA*.

Sections 11.2, 11.51 and 11.52 of the *CCAA*, which allow the court to order priming charges over a company’s property, do not give the court the authority to rank priming charges ahead of the Crown’s deemed trust for unremitted source deductions. Instead, that authority comes from s. 11 of the *CCAA*. Section 11 allows the court to make any order that it considers appropriate in the circumstances, subject to the requirements of good faith and due diligence on the part of the applicant. It can be used to rank priming charges ahead of the Crown’s deemed trust for unremitted source deductions for two reasons. First, ranking a priming charge ahead of the Crown’s deemed trust does not conflict with the *ITA* provision. So long as the Crown is paid in full under a plan of compromise, the Crown’s right under s. 227(4.1) remains intact “notwithstanding any security interest” in the amount of the unremitted source deductions. Second, depending on the circumstances, such an order may further the remedial objectives of the *CCAA*. Interim financing is often crucial to the restructuring process. If there is evidence that interim lending cannot be obtained without ranking the interim loan ahead of the Crown’s deemed trust, such an order could further the *CCAA*’s remedial goals. In general, the court should have flexibility to order super-priority charges in favour of parties whose function is to facilitate

à la source non versées, lesquelles sont « assimil[ées] à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté ». Bien que cela indique que, contrairement aux fiducies réputées visées par le par. 37(1), la fiducie réputée de la Couronne est maintenue et confère un droit plus fort, le par. 37(2) n’explique pas quoi faire de ce droit dans le cadre d’une procédure engagée sous le régime de la *LACC*. Il ne prévoit pas, par exemple, que les biens de la fiducie devraient être écartés, comme ce serait le cas dans le contexte de la *LFI*. Le paragraphe 6(3) donne un effet précis au droit de la Couronne en exigeant que le plan de transaction prévoie le paiement intégral des créances de la Couronne visées par la fiducie réputée dans les six mois suivant l’homologation du plan. Par conséquent, la Couronne peut exiger que le plan prévoie le paiement intégral de sa créance par priorité sur toutes les « garanties », y compris les charges super prioritaires. L’objectif réparateur de la *LACC* joue un rôle de premier plan lorsqu’il s’agit de prévoir la souplesse nécessaire pour protéger le droit que le par. 37(2) confère à la Couronne sur les retenues à la source non versées et pour donner concrètement effet à ce droit prévu au par. 6(3) de la *LACC*. Le fait que les deux lois traitent différemment le droit que confère à la Couronne le par. 227(4.1) de la *LIR* est conforme aux régimes et aux objectifs différents de la *LFI* et de la *LACC*.

Les articles 11.2, 11.51 et 11.52 de la *LACC*, aux termes desquels un tribunal peut, par ordonnance, déclarer que les biens d’une compagnie sont grevés de charges super prioritaires, ne confèrent pas au tribunal le pouvoir de faire passer les charges super prioritaires devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l’égard des retenues à la source non versées. Ce pouvoir provient plutôt de l’art. 11 de la *LACC*. L’article 11 permet au tribunal de rendre toute ordonnance qu’il estime indiquée, sous réserve du respect par le demandeur des exigences de bonne foi et de diligence voulue. Cette disposition peut, pour deux raisons, être utilisée pour faire passer toute charge super prioritaire devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l’égard des retenues à la source non versées. Premièrement, le fait de faire passer une charge super prioritaire devant la fiducie réputée de la Couronne n’entre pas en conflit avec la disposition de la *LIR*. Dès lors que les sommes qui lui sont dues lui sont payées intégralement dans le cadre d’un plan de transaction, le droit que possède la Couronne en vertu du par. 227(4.1) demeure intact « malgré toute autre garantie » sur le montant des retenues à la source non versées. Deuxièmement, selon les circonstances, une telle ordonnance peut favoriser la réalisation des objectifs réparateurs de la *LACC*. Le financement temporaire est souvent crucial

the proposal of a plan of compromise that, in any event, will be required to pay the Crown in full.

Per Abella, Brown and Rowe JJ. (dissenting): The appeal should be allowed. The text, context, and purpose of s. 227(4.1) of the *ITA* support the conclusion that s. 227(4.1) and the related deemed trust provisions under the *ITA*, the *CPP*, and the *EIA* (collectively, the “Fiscal Statutes”) bear only one plausible interpretation: the Crown’s deemed trust enjoys priority over all other claims, including priming charges granted under the *CCAA*. Parliament’s intention when it amended and expanded s. 227(4) and 227(4.1) of the *ITA* was clear and unmistakable: it granted this unassailable priority by employing the unequivocal language of “notwithstanding any . . . enactment of Canada”. This is a blanket paramountcy clause; it prevails over all other statutes. No similar “notwithstanding” provision appears in the *CCAA*. Indeed, it is quite the opposite: unlike most deemed trusts which are nullified in *CCAA* proceedings by the operation of s. 37(1) of the *CCAA*, s. 37(2) preserves the deemed trusts of the Fiscal Statutes.

The Fiscal Statutes give absolute priority to the deemed trusts for source deductions over all security interests notwithstanding the *CCAA*, and the priming charges provisions in ss. 11.2(1), 11.51(1) and 11.52(1) of the *CCAA* fall under the definition of “security interest”, because they are “interests in the debtor’s property securing payment or performance of an obligation”, i.e. the payment of the monitor, the interim lender, and directors. As the definition of “security interest” in the *ITA* includes “encumbrances of any kind, whatever, however or whenever arising, created, deemed to arise or otherwise provided for”, there is no reason that the definition would preclude the inclusion of an interest that is designed to operate to the benefit of all creditors. This is sufficient to decide the appeal.

This finding does not leave the deemed trust provisions in the Fiscal Statutes in conflict with the *CCAA*. Section 11

pour le processus de restructuration. S’il est démontré que le financement temporaire ne peut être obtenu sans que le prêt temporaire prenne rang devant la fiducie réputée de la Couronne, pareille ordonnance pourrait favoriser la réalisation des objectifs réparateurs de la *LACC*. En général, les tribunaux devraient disposer de la latitude nécessaire pour ordonner des charges super prioritaires en faveur des parties dont la fonction est de faciliter la proposition d’un plan de transaction qui, dans tous les cas, devra prévoir le paiement intégral des sommes dues à la Couronne.

Les juges Abella, Brown et Rowe (dissidents) : Le pourvoi devrait être accueilli. Le texte, le contexte et l’objectif du par. 227(4.1) de la *LIR* appuient la conclusion selon laquelle il n’existe qu’une seule interprétation plausible de ce paragraphe et des dispositions connexes concernant la fiducie réputée qui figurent dans la *LIR*, le *RPC* et la *LAE* (collectivement, les « lois fiscales ») : la fiducie réputée de la Couronne a préséance sur toute autre réclamation, y compris sur les charges super prioritaires accordées en vertu de la *LACC*. Lorsque le législateur a modifié les par. 227(4) et 227(4.1) de la *LIR* et élargi leur portée, son intention était claire et sans équivoque. Il a accordé cette priorité inattaquable en employant ces termes non équivoques : « [m]algré [. . .] tout autre texte législatif fédéral . . . » Il s’agit d’une disposition générale attributive de préséance; elle a préséance sur toute autre loi. Aucune disposition dérogoratoire semblable ne figure dans la *LACC*. En fait, c’est tout l’inverse : contrairement à la plupart des fiducies réputées qui sont neutralisées dans le cadre de procédures engagées sous le régime de la *LACC* par l’application du par. 37(1) de la *LACC*, le par. 37(2) préserve la fiducie réputée prévue par les lois fiscales.

Les lois fiscales donnent à la fiducie réputée créée à l’égard des retenues à la source priorité absolue sur toute garantie malgré la *LACC*, et les dispositions relatives aux charges super prioritaires figurant aux par. 11.2(1), 11.51(1) et 11.52(1) de la *LACC* entrent dans la définition de « garantie », puisqu’elles constituent un « [i]ntérêt [. . .] sur un bien qui garantit l’exécution d’une obligation, notamment un paiement », par exemple le paiement du contrôleur, du prêteur temporaire et des dirigeants. Comme la définition de « garantie » énoncée dans la *LIR* englobe les « charges, quelle qu’en soit la nature, de quelque façon ou à quelque date qu’elles soient créées, réputées exister ou prévues par ailleurs », il n’y a aucune raison pour laquelle la définition permettrait d’exclure une garantie conçue pour fonctionner au profit de tous les créanciers. Il n’en faut pas davantage pour trancher le pourvoi.

Cette conclusion n’a pas pour effet de créer de conflit entre les dispositions relatives à la fiducie réputée

of the *CCAA* contains a grant of broad supervisory discretion and the power to “make any order that it considers appropriate in the circumstances”, but that grant of authority is not unlimited. Parliament avoided any conflict between the *CCAA* and the *ITA* by imposing three restrictions that are significant here. First, although s. 37(1) of the *CCAA* provides that “property of the debtor company shall not be regarded as being held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision”, s. 37(2) provides for the continued operation of the deemed trusts under the Fiscal Statutes in a *CCAA* proceeding. In addition, while the deemed trusts are not “true trusts” and the commingling of assets renders the money subject to the deemed trusts untraceable, tracing has no application to s. 227(4.1). Second, the unremitted source deductions are deemed not to form part of the property of the debtor’s company. If there is a default in remittances, the Crown is deemed to obtain beneficial ownership in the tax debtor’s property in the amount of the unremitted source deductions that it can collect “notwithstanding” any other enactment or security interest. However, priming charges can attach only to the debtor’s property, so the Crown’s interest under the deemed trust is not subject to the Priming Charges. Third, under the definition of “secured creditor” in s. 2 of the *CCAA*, the Crown is not a “secured creditor” in respect of its deemed trust claims under the Fiscal Statutes. That definition must be read as “secured creditor means . . . a holder of any bond of the debtor company secured by . . . a trust in respect of, all or any property of the debtor company”, which makes it manifestly clear that the Crown is not a “secured creditor” in respect of its deemed trust claims under the Fiscal Statutes.

Giving effect to Parliament’s clear intent to grant absolute priority to the deemed trust does not render s. 6(3) or s. 11.09 of the *CCAA* meaningless. To the contrary, s. 6(3) and s. 11.09 respect the ultimate priority of the deemed trusts by allowing for the ultimate priority of the Crown claim to persist, while not frustrating the remedial purpose of the *CCAA*. Section 6(3) of the *CCAA*, which protects the Crown’s claims under the deemed trusts as well as claims not subject to the deemed trusts under the Fiscal Statutes, operates only where there is an arrangement or compromise put to the court. In contrast, the deemed trusts

contenues dans les lois fiscales et la *LACC*. L’article 11 de la *LACC* confère au tribunal un vaste pouvoir discrétionnaire de surveillance ainsi que le pouvoir de « rendre toute ordonnance qu’il estime indiquée », mais les pouvoirs conférés ne sont pas sans limites. Le législateur a évité tout conflit entre la *LACC* et la *LIR* en imposant trois restrictions qui importent en l’espèce. Premièrement, même si le par. 37(1) de la *LACC* précise qu’« aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme [un bien détenu en fiducie pour Sa Majesté] par le seul effet d’une telle disposition », le par. 37(2) prévoit le maintien en vigueur de la fiducie réputée créée par les lois fiscales dans le cadre d’une procédure engagée sous le régime de la *LACC*. Qui plus est, bien que les fiducies réputées ne soient pas des « fiducie[s] véritable[s] » et que le regroupement des biens rende non identifiable le montant assujéti à la fiducie réputée, le retraçage de l’origine du montant ne s’applique pas au par. 227(4.1). Deuxièmement, les retenues à la source non versées sont réputées ne pas faire partie des biens de la compagnie débitrice. En cas de non-versement, la Couronne est réputée obtenir un droit de bénéficiaire sur les biens du débiteur fiscal jusqu’à concurrence du montant des retenues à la source non versées, droit dont elle peut se prévaloir « malgré » tout autre texte législatif ou toute autre garantie. Toutefois, les charges super prioritaires ne peuvent se rattacher qu’aux biens du débiteur, de telle sorte que l’intérêt de la Couronne au titre de la fiducie réputée n’est pas subordonné aux charges super prioritaires. Troisièmement, selon la définition de « créancier garanti » énoncée à l’art. 2 de la *LACC*, la Couronne n’est pas un « créancier garanti » à l’égard de ses réclamations relatives à une fiducie réputée créée par les lois fiscales. Cette définition de « créancier garanti » inclut donc un « détenteur de quelque obligation d’une compagnie débitrice garantie par [. . .] une fiducie à [l’égard de l’ensemble ou d’une partie des biens de la compagnie débitrice] », ce qui indique de façon tout à fait claire que la Couronne ne peut être considérée comme tel au regard des réclamations relatives à la fiducie réputée que lui accordent les lois fiscales.

Donner effet à l’intention claire du législateur d’accorder la priorité absolue à la fiducie réputée ne rend pas le par. 6(3) ou l’art. 11.09 de la *LACC* dénué de sens. Au contraire, le par. 6(3) et l’art. 11.09 respectent la priorité absolue de la fiducie réputée en permettant le maintien de la priorité absolue de la réclamation de la Couronne sans contrecarrer l’objet réparateur de la *LACC*. Le paragraphe 6(3) de la *LACC*, qui protège les réclamations de la Couronne au titre d’une fiducie réputée ainsi que les réclamations qui ne sont pas assujétiées à une fiducie réputée créée par les lois fiscales, s’applique seulement si une

arise immediately and operate continuously from the time the amount was deducted or withheld from employee's remuneration, and apply to only unremitted source deductions. Without s. 6(3), the Crown would be guaranteed entitlement only to unremitted source deductions when the court sanctions a compromise or arrangement, and not to its other claims under s. 224(1.2) of the *ITA*, because most of the Crown's claims rank as unsecured under s. 38 of the *CCAA*. However, s. 6(3) does not explain the survival of the deemed trust or the rights conferred on the Crown under the deemed trust. Their survival is explained by s. 37(2), which continues the operation of s. 227(4.1), or by s. 227(4.1), which provides that the proceeds of the trust property "shall be paid to the Receiver General in priority to all such security interests". Finally, s. 6(3) protects different interests than those captured by the deemed trusts, and the right not to have to compromise under s. 6(3) is a right independent of the Crown's right under deemed trusts.

Section 11.09 of the *CCAA*, which permits the court to stay the Crown's enforcement of its claims under the deemed trust claims, can apply to the Crown's deemed trust claims, but it does not remove the priority granted by the deemed trusts.

Further, no concerns regarding certainty of subject matter or autonomous patrimony arise here. The deemed trust is not a "true" trust and it does not confer an ownership interest or the rights of a beneficiary to the Crown as they are understood at common law or within the meaning of the *Civil Code of Québec*. The requirements of "true" trusts of civil and common law are irrelevant to ascertaining the operation of a statutorily deemed trust as the deemed trust is a legal fiction with *sui generis* characteristics that are described in s. 227(4) and (4.1) of the *ITA*.

Finally, concluding that the deemed trusts under the Fiscal Statutes have priority over the priming charges would not lead to absurd consequences. The conclusion that interim financing would simply end was not supported by the record, and there are usually enough funds available to satisfy both the Crown claim and the court-ordered priming charges. Equally unfounded is the claim that confirming the priority of the deemed trusts would inject an unacceptable level of uncertainty into the insolvency

transaction ou un arrangement est soumis au tribunal. En revanche, la fiducie réputée s'applique immédiatement et de façon continue à compter du moment où le montant est déduit ou retenu sur le salaire d'un employé, et elle s'applique uniquement aux retenues à la source non versées. En l'absence du par. 6(3), les réclamations de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées seraient garanties une fois que le tribunal aurait homologué une transaction ou un arrangement, mais pas ses autres réclamations visées par le par. 224(1.2) de la *LIR*, étant donné que la plupart des réclamations de la Couronne prennent rang comme réclamations non garanties en application de l'art. 38 de la *LACC*. Toutefois, le par. 6(3) n'explique ni la survie de la fiducie réputée ni les droits conférés à la Couronne au titre de la fiducie réputée. Leur survie s'explique par le par. 37(2), qui maintient l'application du par. 227(4.1), ou par le par. 227(4.1), lequel précise que le produit des biens de la fiducie « est payé au receveur général par priorité sur une telle garantie ». Enfin, le par. 6(3) protège des droits différents de ceux visés par la fiducie réputée, et le droit de ne pas avoir à transiger qu'accorde le par. 6(3) est indépendant du droit de la Couronne au titre de la fiducie réputée.

L'article 11.09 de la *LACC*, qui permet au tribunal de suspendre l'exercice par la Couronne de ses droits à l'égard de ses réclamations relatives à une fiducie réputée, peut s'appliquer à ces réclamations de la Couronne, mais il n'écarte pas la priorité accordée par la fiducie réputée.

En outre, il n'existe en l'espèce aucune préoccupation concernant la certitude quant à la matière ou le patrimoine autonome. La fiducie réputée n'est pas une fiducie « véritable » et elle ne confère pas à la Couronne un intérêt propriétaire ou des droits de bénéficiaire tels qu'on les entend en common law ou au sens du *Code civil du Québec*. Les conditions des fiducies « véritables » en droit civil et en common law ne sont d'aucune utilité pour déterminer le fonctionnement d'une fiducie réputée créée en application de la loi, puisque la fiducie réputée est une fiction juridique assortie de caractéristiques *sui generis* décrites aux par. 227(4) et 227(4.1) de la *LIR*.

Enfin, le fait de conclure que la fiducie réputée créée par les lois fiscales a préséance sur les charges super prioritaires n'entraînerait pas de conséquences absurdes. La conclusion selon laquelle le financement temporaire prendrait tout simplement fin n'était pas étayée par le dossier, et les fonds disponibles suffisent généralement à couvrir la réclamation de la Couronne et les charges super prioritaires ordonnées par le tribunal. Est également sans fondement l'affirmation suivant laquelle le fait de

process. Interim lenders can rely on the company's financial statements to evaluate the risk of providing financing.

Per Moldaver J. (dissenting): There is substantial agreement with the analysis and conclusions of Brown and Rowe JJ. However, there are two points to be addressed. First, the question of the nature of the Crown's interest should be left to another day. This is because, properly interpreted, the relevant provisions of the *CCAA* and *ITA* work in harmony to direct that the Crown's interest under s. 227(4.1) of the *ITA* — in whatever form it takes — must be given priority over court-ordered priming charges. This conclusion is sufficient to dispose of the appeal.

Second, while there is agreement that s. 37(2) of the *CCAA* can be interpreted as an internal restriction on s. 11, if this interpretation is mistaken, s. 11 is nonetheless restricted by s. 227(4.1), as Parliament has expressly indicated the supremacy of s. 227(4.1) over the provisions of the *CCAA*. The Crown's deemed trust claim must thus take priority over all court-ordered priming charges, whether they arise under the specific priming charge provisions, or under the court's discretionary authority. A necessary consequence of the absolute supremacy of the Crown's deemed trust claim is that the Crown's interest under s. 227(4.1) cannot be given effect by s. 6(3) of the *CCAA*. Unlike s. 227(4.1), which is focused on ensuring the priority of the Crown's claim, s. 6(3) merely establishes a six-month timeframe for payment to the Crown in the event that the debtor company succeeds in staying viable as a going concern. Accordingly, if s. 6(3) gave effect to the Crown's interest, the Crown could be ranked last, so long as it is paid within six months of any arrangement. Such an outcome would be plainly inconsistent with the absolute priority of the Crown's claim. Further, as s. 6(3) does not apply where a liquidation occurs under the *CCAA*, the Crown would be deprived of its priority over security interests in such circumstances.

It cannot be doubted that Parliament considered the potential consequences of its legislative actions, including any consequences for *CCAA* proceedings. If circumstances do arise in which the priority of the Crown's claim threatens the viability of a particular restructuring, it clearly lies with the Crown to be flexible so as to avoid

confirmer la priorité de la fiducie réputée introduirait un niveau d'incertitude inacceptable dans le processus de faillite. Les prêteurs temporaires peuvent se fonder sur les états financiers de la compagnie pour évaluer le risque d'offrir un financement.

Le juge Moldaver (dissident) : Il y a accord, pour l'essentiel, avec l'analyse et les conclusions des juges Brown et Rowe. Toutefois, deux points doivent être abordés. En premier lieu, l'examen de la nature du droit de la Couronne devrait être remis à une autre occasion. C'est le cas parce que, correctement interprétées, les dispositions pertinentes de la *LACC* et de la *LIR* s'harmonisent de façon à ce que l'intérêt que possède la Couronne en vertu du par. 227(4.1) de la *LIR* — quel qu'il soit — ait priorité sur les charges super prioritaires d'origine judiciaire. Cette conclusion suffit pour trancher le pourvoi.

En deuxième lieu, bien qu'il y ait accord pour dire que le par. 37(2) de la *LACC* peut être interprété comme une restriction interne à l'art. 11, si cette interprétation est inexacte, la portée de l'art. 11 est néanmoins restreinte par le par. 227(4.1), étant donné que le législateur a expressément indiqué que ce paragraphe a priorité sur les dispositions de la *LACC*. La réclamation de la Couronne au titre d'une fiducie réputée a donc priorité sur toutes les charges super prioritaires d'origine judiciaire, peu importe que celles-ci aient été créées en vertu des dispositions expresses à cet effet ou en vertu du pouvoir discrétionnaire du tribunal. Une conséquence nécessaire de la primauté absolue dont jouit la réclamation de la Couronne au titre d'une fiducie présumée est que le par. 6(3) de la *LACC* ne permet pas de donner effet à l'intérêt conféré à la Couronne par le par. 227(4.1). À l'inverse du par. 227(4.1), qui vise à accorder priorité à la réclamation de la Couronne, le par. 6(3) établit simplement un délai de six mois pour payer la Couronne au cas où la compagnie débitrice parviendrait à assurer sa viabilité. Par conséquent, si le par. 6(3) donnait effet à l'intérêt de la Couronne, celle-ci pourrait être reléguée au dernier rang pourvu qu'elle soit payée dans les six mois suivant tout arrangement. Un tel résultat serait de toute évidence incompatible avec la priorité absolue accordée à la réclamation de la Couronne. De plus, puisque le par. 6(3) ne s'applique pas en cas de liquidation sous le régime de la *LACC*, la Couronne perdrait alors sa priorité au profit d'autres garanties.

Il ne fait aucun doute que le législateur a réfléchi aux conséquences possibles de ses mesures législatives, y compris sur les procédures engagées sous le régime de la *LACC*. S'il devait arriver que la priorité accordée à la réclamation de la Couronne menace la viabilité d'une restructuration, c'est de toute évidence à la Couronne

any consequences that would undermine the remedial purposes of the CCAA.

Cases Cited

By Côté J.

Distinguished: *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; **considered:** *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720; *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24; *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond v. Canada*, 2009 SCC 29, [2009] 2 S.C.R. 94; **referred to:** *Temple City Housing Inc., Re*, 2007 ABQB 786, 42 C.B.R. (5th) 274; *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; 9354-9186 *Québec inc. v. Callidus Capital Corp.*, 2020 SCC 10, [2020] 1 S.C.R. 521; *Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 72 B.C.L.R. (2d) 368; *Grant Forest Products Inc., Re* (2009), 57 C.B.R. (5th) 128; *Timminco Ltd., Re*, 2012 ONSC 506, 85 C.B.R. (5th) 169; *In the Matter of a Plan of Compromise or Arrangement of Green Growth Brands Inc.*, 2020 ONSC 3565, 84 C.B.R. (6th) 146; *Ernst & Young Inc. v. Essar Global Fund Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1; *First Leaside Wealth Management Inc. (Re)*, 2012 ONSC 1299; *Triton Électronique inc. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 1202; *Chef Ready Foods Ltd. v. Hongkong Bank of Can.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84; *Canada (Attorney General) v. Caisse populaire d'Amos*, 2004 FCA 92, 324 N.R. 31; *Bank of Nova Scotia v. Thibault*, 2004 SCC 29, [2004] 1 S.C.R. 758; *Valard Construction Ltd. v. Bird Construction Co.*, 2018 SCC 8, [2018] 1 S.C.R. 224; *Pecore v. Pecore*, 2007 SCC 17, [2007] 1 S.C.R. 795; *Csak v. Aumon* (1990), 69 D.L.R. (4th) 567; *Dauphin Plains Credit Union Ltd. v. Xyloid Industries Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 1182; *National Bank of Greece (Canada) v. Katsikonouris*, [1990] 2 S.C.R. 1029; *McDiarmid Lumber Ltd. v. God's Lake First Nation*, 2006 SCC 58, [2006] 2 S.C.R. 846; *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715.

By Karakatsanis J.

Considered: *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; *Quebec (Revenue) v. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 SCC 49, [2009]

qu'il appartient de faire preuve de souplesse afin d'éviter toute conséquence qui compromettrait l'objet réparateur de la LACC.

Jurisprudence

Citée par la juge Côté

Distinction d'avec l'arrêt : *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; **arrêts examinés :** *First Vancouver Finance c. M.N.R.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720; *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271; *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24; *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*, 2009 CSC 29, [2009] 2 R.C.S. 94; **arrêts mentionnés :** *Temple City Housing Inc., Re*, 2007 ABQB 786, 42 C.B.R. (5th) 274; *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; 9354-9186 *Québec inc. c. Callidus Capital Corp.*, 2020 CSC 10, [2020] 1 R.C.S. 521, [2020] 1 R.C.S. 521; *Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 72 B.C.L.R. (2d) 368; *Grant Forest Products Inc., Re* (2009), 57 C.B.R. (5th) 128; *Timminco Ltd., Re*, 2012 ONSC 506, 85 C.B.R. (5th) 169; *In the Matter of a Plan of Compromise or Arrangement of Green Growth Brands Inc.*, 2020 ONSC 3565, 84 C.B.R. (6th) 146; *Ernst & Young Inc. c. Essar Global Fund Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1; *First Leaside Wealth Management Inc. (Re)*, 2012 ONSC 1299; *Triton Électronique inc. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 1202; *Chef Ready Foods Ltd. c. Hongkong Bank of Can.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84; *Canada (Procureur général) c. Caisse populaire d'Amos*, 2004 CAF 92, 324 N.R. 31; *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*, 2004 CSC 29, [2004] 1 R.C.S. 758; *Valard Construction Ltd. c. Bird Construction Co.*, 2018 CSC 8, [2018] 1 R.C.S. 224; *Pecore c. Pecore*, 2007 CSC 17, [2007] 1 R.C.S. 795; *Csak c. Aumon* (1990), 69 D.L.R. (4th) 567; *Dauphin Plains Credit Union Ltd. c. Xyloid Industries Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 1182; *Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029; *McDiarmid Lumber Ltd. c. Première Nation de God's Lake*, 2006 CSC 58, [2006] 2 R.C.S. 846; *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715.

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêts examinés : *First Vancouver Finance c. M.N.R.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; *Québec (Revenu) c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 CSC 49, [2009]

3 S.C.R. 286; **referred to:** *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271; *Saulnier v. Royal Bank of Canada*, 2008 SCC 58, [2008] 3 S.C.R. 166; *Wotherspoon v. Canadian Pacific Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 952; *Town of Lunenburg v. Municipality of Lunenburg*, [1932] 1 D.L.R. 386; *R. v. D.L.W.*, 2016 SCC 22, [2016] 1 S.C.R. 402; *Canada (Attorney General) v. Caisse populaire d'Amos*, 2004 FCA 92, 324 N.R. 31; *Guarantee Company of North America v. Royal Bank of Canada*, 2019 ONCA 9, 144 O.R. (3d) 225; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24; *Friends of Toronto Public Cemeteries Inc. v. Public Guardian and Trustee*, 2020 ONCA 282, 59 E.T.R. (4th) 174; *Bank of Nova Scotia v. Thibault*, 2004 SCC 29, [2004] 1 S.C.R. 758; *Rawluk v. Rawluk*, [1990] 1 S.C.R. 70; *Foskett v. McKeown*, [2001] 1 A.C. 102; *9354-9186 Québec inc. v. Callidus Capital Corp.*, 2020 SCC 10, [2020] 1 S.C.R. 521; *Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 1 O.R. (3d) 289; *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5; *U.S. Steel Canada Inc., Re*, 2016 ONCA 662, 402 D.L.R. (4th) 450; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Canada (Superintendent of Bankruptcy) v. 407 ETR Concession Company Ltd.*, 2013 ONCA 769, 118 O.R. (3d) 161; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 7 C.B.R. (4th) 293; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314; *Urbancorp Cumberland 2 GP Inc. (Re)*, 2020 ONCA 197, 444 D.L.R. (4th) 273; *Temple City Housing Inc., Re*, 2007 ABQB 786, 42 C.B.R. (5th) 274.

By Brown and Rowe JJ. (dissenting)

Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp., [1997] 1 S.C.R. 411; *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720; *Canada (Attorney General) v. Caisse populaire d'Amos*, 2004 FCA 92, 324 N.R. 31; *Bank of Nova Scotia v. Thibault*, 2004 SCC 29, [2004] 1 S.C.R. 758; *R. v. Verette*, [1978] 2 S.C.R. 838; *Toronto-Dominion Bank v. Canada*, 2020 FCA 80, [2020] 3 F.C.R. 201; *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; *Merk v. International Association of Bridge, Structural, Ornamental and Reinforcing Iron Workers, Local 771*, 2005 SCC 70, [2005] 3 S.C.R. 425; *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond v. Canada*, 2009 SCC 29, [2009] 2 S.C.R. 94; *DaimlerChrysler Financial Services (Debis) Canada Inc. v. Mega Pets Ltd.*, 2002 BCCA 242, 1 B.C.L.R. (4th) 237; *Minister of National Revenue v. Schwab Construction Ltd.*, 2002 SKCA 6, 213 Sask. R. 278; *Temple City Housing Inc., Re*, 2007 ABQB 786, 42 C.B.R. (5th) 274; *9354-9186 Québec inc. v. Callidus*

3 R.C.S. 286; **arrêts mentionnés :** *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallous*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271; *Saulnier c. Banque Royale du Canada*, 2008 CSC 58, [2008] 3 R.C.S. 166; *Wotherspoon c. Canadien Pacifique Ltée*, [1987] 1 R.C.S. 952; *Town of Lunenburg c. Municipality of Lunenburg*, [1932] 1 D.L.R. 386; *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402; *Canada (Procureur général) c. Caisse populaire d'Amos*, 2004 CAF 92, 324 N.R. 31; *Guarantee Company of North America c. Royal Bank of Canada*, 2019 ONCA 9, 144 O.R. (3d) 225; *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24; *Friends of Toronto Public Cemeteries Inc. c. Public Guardian and Trustee*, 2020 ONCA 282, 59 E.T.R. (4th) 174; *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*, 2004 CSC 29, [2004] 1 R.C.S. 758; *Rawluk c. Rawluk*, [1990] 1 R.C.S. 70; *Foskett c. McKeown*, [2001] 1 A.C. 102; *9354-9186 Québec inc. c. Callidus Capital Corp.*, 2020 CSC 10, [2020] 1 R.C.S. 521, [2020] 1 R.C.S. 521; *Elan Corp. c. Comiskey* (1990), 1 O.R. (3d) 289; *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5; *U.S. Steel Canada Inc., Re*, 2016 ONCA 662, 402 D.L.R. (4th) 450; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Canada (Superintendent of Bankruptcy) c. 407 ETR Concession Company Ltd.*, 2013 ONCA 769, 118 O.R. (3d) 161; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 7 C.B.R. (4th) 293; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314; *Urbancorp Cumberland 2 GP Inc. (Re)*, 2020 ONCA 197, 444 D.L.R. (4th) 273; *Temple City Housing Inc., Re*, 2007 ABQB 786, 42 C.B.R. (5th) 274.

Citée par les juges Brown et Rowe (dissidents)

Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp., [1997] 1 R.C.S. 411; *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720; *Canada (Procureur général) c. Caisse populaire d'Amos*, 2004 CAF 92, 324 N.R. 31; *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*, 2004 CSC 29, [2004] 1 R.C.S. 758; *R. c. Verette*, [1978] 2 R.C.S. 838; *Banque Toronto-Dominion c. Canada*, 2020 CAF 80, [2020] 3 R.C.F. 201; *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; *Merk c. Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural, ornemental et d'armature, section locale 771*, 2005 CSC 70, [2005] 3 R.C.S. 425; *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*, 2009 CSC 29, [2009] 2 R.C.S. 94; *DaimlerChrysler Financial Services (Debis) Canada Inc. c. Mega Pets Ltd.*, 2002 BCCA 242, 1 B.C.L.R. (4th) 237; *Minister of National Revenue c. Schwab Construction Ltd.*, 2002 SKCA 6, 213 Sask. R. 278; *Temple City Housing Inc., Re*, 2007 ABQB 786, 42 C.B.R. (5th) 274; *9354-9186 Québec inc.*

Capital Corp., 2020 SCC 10, [2020] 1 S.C.R. 521; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533; *Baxter Student Housing Ltd. v. College Housing Co-operative Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 475; *R. v. Caron*, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78; *Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 SCC 14, [2007] 1 S.C.R. 591; *Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 1 O.R. (3d) 289; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686.

By Moldaver J. (dissenting)

9354-9186 *Québec inc. v. Callidus Capital Corp.*, 2020 SCC 10, [2020] 1 S.C.R. 521; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5.

Statutes and Regulations Cited

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 43(1), 50.4(1), 67, 81.1, 81.2, 86(3).
Canada Pension Plan, R.S.C. 1985, c. C-8, s. 23(3), (4).
Civil Code of Québec, arts. 1260, 1261, 1278, 1306, 1313.
Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 2(1) "secured creditor", 3(1), 6(3), 10(2)(c), 11, 11.09, 11.2, 11.4, 11.51, 11.52, 36, 37 to 39.
Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, ss. 23(4), 86(2), (2.1).
Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 222(3).
Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 18(5) "security interest", 116, 153(1), Part XII.5, Part XIII, 222, 223(1) to (3), (5), (6), 224(1), (1.2), (1.3) "secured creditor", "security interest", 227(4), (4.1), (4.2), (9), (9.2), (9.3), (9.4), (10.1), (10.2).
Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, s. 2201.
Income War Tax Act, R.S.C. 1927, c. 97 [previously S.C. 1917, c. 28], s. 92(6), (7) [ad. 1942-43, c. 28, s. 31].
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, ss. 8.1, 8.2.
Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/99-322, *Canada Gazette*, Part II, vol. 133, No. 17, August 18, 1999, pp. 2041-42.
Winding-up and Restructuring Act, R.S.C. 1985, c. W-11, s. 6(1).

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 11th ed., by Bryan A. Garner. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2019, "beneficial owner".

c. Callidus Capital Corp., 2020 CSC 10, [2020] 1 R.C.S. 521, [2020] 1 R.C.S. 521; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5; *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533; *Baxter Student Housing Ltd. c. College Housing Co-operative Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 475; *R. c. Caron*, 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78; *Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 CSC 14, [2007] 1 R.C.S. 591; *Elan Corp. c. Comiskey* (1990), 1 O.R. (3d) 289; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686.

Citée par le juge Moldaver (dissident)

9354-9186 *Québec inc. c. Callidus Capital Corp.*, 2020 CSC 10, [2020] 1 R.C.S. 521; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, art. 1260, 1261, 1278, 1306, 1313.
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 8.1, 8.2.
Loi de l'impôt de guerre sur le revenu, S.R.C. 1927, c. 97 [auparavant S.C. 1917, c. 28], art. 92(6), (7) [aj. 1942-1943, c. 28, art. 31].
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.), art. 18(5) « garantie », 116, 153(1), partie XII.5, partie XIII, 222, 223(1) à (3), (5), (6), 224(1), (1.2), (1.3) « créancier garanti », « garantie », 227(4), (4.1), (4.2), (9), (9.2), (9.3), (9.4), (10.1), (10.2).
Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, c. 23, art. 23(4), 86(2), (2.1).
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 43(1), 50.4(1), 67, 81.1, 81.2, 86(3).
Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, c. E-15, art. 222(3).
Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36, art. 2(1) « créancier garanti », 3(1), 6(3), 10(2)(c), 11, 11.09, 11.2, 11.4, 11.51, 11.52, 36, 37 à 39.
Loi sur les liquidations et les restructurations, L.R.C. 1985, c. W-11, art. 6(1).
Régime de pensions du Canada, L.R.C. 1985, c. C-8, art. 23(3), (4).
Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C. c. 945, art. 2201.
Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, DORS/99-322, *Gazette du Canada*, partie II, vol. 133, n^o 17, 18 août 1999, p. 2041-2042.

Doctrine et autres documents cités

Black's Law Dictionary, 11th ed., by Bryan A. Garner, St. Paul (Minn.), Thomson Reuters, 2019, « *beneficial owner* ».

- Brender, Mark D. “Beneficial Ownership in Canadian Income Tax Law: Required Reform and Impact on Harmonization of Quebec Civil Law and Federal Legislation” (2003), 51 *Can. Tax J.* 311.
- Brown, Catherine. “Beneficial Ownership and the Income Tax Act” (2003), 51 *Can. Tax J.* 401.
- Canada. Canada Revenue Agency. *Tax collections policies* (online: <https://www.canada.ca/en/revenue-agency/services/forms-publications/publications/ic98-1/tax-collections-policies.html>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC30_1_eng.pdf).
- Canada. Department of Finance. *Unremitted Source Deductions and Unpaid GST*. Ottawa, April 7, 1997.
- Cuming, Ronald C. C., Catherine Walsh, and Roderick J. Wood. *Personal Property Security Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012.
- Duggan, Anthony, and Jacob Ziegel. “Justice Iacobucci and the Canadian Law of Deemed Trusts and Chattel Security” (2007), 57 *U.T.L.J.* 227.
- Gillese, Eileen E. *The Law of Trusts*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2014.
- Grenon, Aline. “Common Law and Statutory Trusts: In Search of Missing Links” (1995), 15 *Est. & Tr. J.* 109. *Halsbury’s Laws of Canada — Bankruptcy and Insolvency*, 2017 Reissue, contributed by Michael J. Hanlon. Toronto: LexisNexis, 2017.
- Hanlon, Michael J., Vicki Tickle, and Emily Csiszar. “Conflicting Case Law, Competing Statutes, and the Confounding Priority Battle of the Interim Financing Charge and the Crown’s Deemed Trust for Source Deductions”, in Janis P. Sarra et al., eds., *Annual Review of Insolvency Law 2018*. Toronto: Thomson Reuters, 2019, 897.
- Houlden, L. W., G. B. Morawetz, and Janis Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 4, 4th ed. rev. Toronto: Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated 2021, release 3).
- Lamer, Francis L. *Priority of Crown Claims in Insolvency*. Toronto: Thomson Reuters, 2021 (loose-leaf updated 2021, release 2).
- Lamoureux, Martin. *The Harmonization of Tax Legislation Dissociation: A Mechanism of Exception Part III* (online: <https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/harmonization/lamou/harm3.html>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC30_2_eng.pdf).
- Le Robert* (online: <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/particulier>), “en particulier”.
- McFarlane, Ben, and Robert Stevens. “The nature of equitable property” (2010), 4 *J. Eq.* 1.
- Brender, Mark D. « Propriété effective dans la législation fiscale canadienne : Réforme nécessaire et incidences sur l’harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil du Québec » (2003), 51 *Rev. fisc. can.* 355.
- Brown, Catherine. « Propriété effective et Loi de l’impôt sur le revenu » (2003), 51 *Rev. fisc. can.* 454.
- Canada. Agence du revenu du Canada. *Politiques de recouvrement de l’impôt* (en ligne : <https://www.canada.ca/fr/agence-revenu/services/formulaires-publications/publications/ic98-1/politiques-recouvrement-impot.html>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC30_1_fra.pdf).
- Canada. Ministère des Finances. *Retenues à la source non versées et TPS impayée*, Ottawa, 7 avril 1997.
- Cuming, Ronald C. C., Catherine Walsh, and Roderick J. Wood. *Personal Property Security Law*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2012.
- Duggan, Anthony, and Jacob Ziegel. « Justice Iacobucci and the Canadian Law of Deemed Trusts and Chattel Security » (2007), 57 *U.T.L.J.* 227.
- Gillese, Eileen E. *The Law of Trusts*, 3rd ed., Toronto, Irwin Law, 2014.
- Grenon, Aline. « Common Law and Statutory Trusts : In Search of Missing Links » (1995), 15 *Est. & Tr. J.* 109. *Halsbury’s Laws of Canada — Bankruptcy and Insolvency*, 2017 Reissue, contributed by Michael J. Hanlon, Toronto, LexisNexis, 2017.
- Hanlon, Michael J., Vicki Tickle, and Emily Csiszar. « Conflicting Case Law, Competing Statutes, and the Confounding Priority Battle of the Interim Financing Charge and the Crown’s Deemed Trust for Source Deductions », in Janis P. Sarra et al., eds., *Annual Review of Insolvency Law 2018*, Toronto, Thomson Reuters, 2019, 897.
- Houlden, L. W., G. B. Morawetz, and Janis Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 4, 4th ed. rev., Toronto, Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated 2021, release 3).
- Lamer, Francis L. *Priority of Crown Claims in Insolvency*, Toronto, Thomson Reuters, 2021 (loose-leaf updated 2021, release 2).
- Lamoureux, Martin. *L’harmonisation des lois fiscales — La dissociation : un mécanisme d’exception Partie III* (en ligne : <https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/harmonization/lamou/harm3.html>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC30_2_fra.pdf).
- Le Robert* (en ligne : <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/particulier>), « en particulier ».
- McFarlane, Ben, and Robert Stevens. « The nature of equitable property » (2010), 4 *J. Eq.* 1.

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

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

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

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

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

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

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

Kelly J. Bourassa, for the intervener the Insolvency Institute of Canada.

Randal Van de Mosselaer, for the intervener the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals.

The reasons of Wagner C.J. and Côté and Kasirer JJ. were delivered by

CÔTÉ J. —

I. Overview

[1] The *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 ("CCAA"), has a long and storied history. From its origins in the Great Depression to its revival and reinvention during the 1970s and 1980s, the CCAA has played an important role in Canada's economy. Today, the CCAA provides an opportunity for insolvent companies with more than \$5,000,000 in liabilities to restructure their affairs through a plan of arrangement. The goal of the CCAA process is to avoid bankruptcy and maximize value for all stakeholders.

[2] In order to facilitate the restructuring process, courts supervising CCAA restructurings may

2017 CarswellAlta 1631 (WL Can.). Pourvoi rejeté, les juges Abella, Moldaver, Brown et Rowe sont dissidents.

Michael Taylor et Louis L'Heureux, pour l'appelante.

Darren R. Bieganek, c.r., et *Brad Angove*, pour les intimées Canada North Group Inc., Canada North Camps Inc., Campcorp Structures Ltd., DJ Catering Ltd., 816956 Alberta Ltd., 1371047 Alberta Ltd., 1919209 Alberta Ltd. et Ernst & Young Inc. en sa qualité de contrôleur.

Jeffrey Oliver et Mary I. A. Buttery, c.r., pour l'intimée la Banque de développement du Canada.

Kelly J. Bourassa, pour l'intervenant l'Institut d'insolvabilité du Canada.

Randal Van de Mosselaer, pour l'intervenante l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation.

Version française des motifs du juge en chef Wagner et des juges Côté et Kasirer rendus par

LA JUGE CÔTÉ —

I. Vue d'ensemble

[1] L'histoire de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36 (« LACC »), est longue et mouvementée. Depuis ses origines, à l'époque de la Grande Dépression, jusqu'à sa renaissance et sa métamorphose dans les années 1970 et 1980, la LACC n'a jamais cessé de jouer un rôle important dans l'économie canadienne. De nos jours, elle offre aux compagnies insolubles dont le passif excède cinq millions de dollars la possibilité de restructurer leurs affaires au moyen d'un plan d'arrangement. Le processus qu'elle prévoit a pour but d'éviter la faillite et de maximiser la valeur pour toutes les parties prenantes.

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

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

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

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

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

[3] La Couronne fait valoir deux arguments en raison desquels un juge surveillant ne devrait pas pouvoir subordonner l'intérêt de Sa Majesté à des charges super prioritaires. En premier lieu, la Couronne affirme que le par. 227(4.1) crée un intérêt à titre de propriétaire dans les biens du débiteur et que le tribunal ne peut pas grever d'une charge super prioritaire les biens faisant l'objet d'un intérêt de Sa Majesté. En second lieu, la Couronne affirme que, même si le par. 227(4.1) ne crée pas d'intérêt à titre de propriétaire, il crée, en vertu de la loi, une garantie qui a priorité sur toutes les autres garanties, y compris les charges super prioritaires.

[4] Ces deux arguments doivent être rejetés. Ainsi que notre Cour l'a déjà jugé, la *LACC* habilite de façon générale les juges surveillants à ordonner des charges super prioritaires qui ont priorité sur toutes les autres créances, y compris celles qui sont protégées par des fiducies réputées. Chaque fois qu'il est en présence d'une fiducie réputée, le juge surveillant doit déterminer la nature du droit conféré par le texte de loi habilitant, et il ne peut se fonder uniquement sur cette notion de fiducie réputée. En l'espèce, lorsqu'on examine les dispositions pertinentes de la *LIR* dans leur intégralité, il est évident que la *LIR* ne crée pas d'intérêt à titre de propriétaire, parce que la créance de Sa Majesté ne se rattache à aucun bien spécifique. De plus, il n'y a pas de conflit entre la *LIR* et l'ordonnance rendue en vertu de la *LACC*, étant donné que la fiducie réputée créée en vertu de la *LIR* n'a priorité que sur un ensemble bien précis de garanties. La charge super prioritaire constituée en vertu de l'art. 11 de la *LACC* ne répond pas à cette définition. Pour les motifs qui suivent, je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Background

[5] Canada North Group and six related corporations (“Debtors”) initiated restructuring proceedings under s. 50.4(1) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“BIA”), but soon changed course and sought to restructure under the CCAA. In their initial CCAA application, they requested a package of relief standard to CCAA proceedings, including a thirty-day stay on all proceedings against them, the appointment of a monitor and the creation of three super-priority charges. The first charge they requested was an administration charge of up to \$1,000,000 in favour of counsel, a monitor and a chief restructuring officer for the fees they incurred. The second was a \$1,000,000 financing charge in favour of an interim lender. The third was a \$150,000 directors’ charge protecting their directors and officers against liabilities incurred after the commencement of the proceedings. The Debtors included in their initial motion an affidavit from one of their directors attesting to a \$1,140,000 debt to Her Majesty The Queen for source deductions and Goods and Services Tax (“GST”).

[6] Justice Nielsen of the Court of Queen’s Bench heard the motion together with a cross-motion by the Debtors’ primary lender, Canadian Western Bank, seeking the appointment of a receiver. Justice Nielsen granted an initial order in favour of the Debtors on the terms requested in the initial application, aside from a \$500,000 reduction in the administration charge (*Alta. Q.B.*, No. 1703-12327, July 5, 2017 (“Initial Order”). The terms of that order included the following with regard to priority:

Each of the Directors’ Charge, Administration Charge and the Interim Lender’s Charge (all as constituted and defined herein) shall constitute a charge on the Property

II. Contexte

[5] Canada North Group et six sociétés liées (« débitrices ») ont entamé, en vertu du par. 50.4(1) de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3 (« LFI »), un processus de restructuration, mais ont rapidement changé de cap pour tenter de se restructurer sous le régime de la LACC. Dans la demande initiale qu’elles ont présentée en vertu de la LACC, elles réclamaient une série de mesures habituellement demandées dans le cadre des instances introduites sous ce régime, y compris les mesures suivantes : une suspension de trente jours de toutes les procédures engagées contre elles, la désignation d’un contrôleur et la création de trois charges super prioritaires. La première charge demandée visait des frais administratifs d’un million de dollars et devait être constituée en faveur des avocats, du contrôleur et du directeur de la restructuration pour les frais qu’ils ont engagés. La deuxième était une charge de financement d’un million de dollars en faveur d’un prêteur temporaire. La troisième était une garantie de 150 000 \$ constituée en faveur des administrateurs en vue de les protéger ainsi que les dirigeants contre les obligations contractées après l’introduction de l’instance. Les débitrices ont joint à leur demande initiale un affidavit de l’un de leurs administrateurs pour attester l’existence d’une dette de 1 140 000 \$ envers Sa Majesté la Reine pour des retenues à la source et pour la taxe sur les produits et services (« TPS »).

[6] Le juge Nielsen, de la Cour du Banc de la Reine, a instruit la requête, ainsi que la requête incidente présentée par le principal prêteur des débitrices, la Banque canadienne de l’Ouest, en vue d’obtenir la nomination d’un séquestre. Le juge Nielsen a rendu, en faveur des débitrices, une ordonnance initiale conforme aux modalités de leur demande initiale (hormis une réduction de 500 000 \$ de la charge au titre des frais administratifs) (*B.R. Alb.*, n° 1703-12327, 5 juillet 2017 (« ordonnance initiale »)). Cette ordonnance prévoyait notamment ce qui suit au sujet de l’ordre de priorité :

[TRADUCTION] Chacune des charges relatives à l’administration, aux administrateurs et au prêteur temporaire (constituées et définies aux présentes) grèvent les biens et,

and subject always to section 34(11) of the CCAA such Charges shall rank in priority to all other security interests, trusts, liens, charges and encumbrances, claims of secured creditors, statutory or otherwise (collectively, “Encumbrances”) in favour of any Person. [Emphasis deleted; para. 44.]

Justice Nielsen further ordered that these charges “shall not otherwise be limited or impaired in any way by . . . (d) the provisions of any federal or provincial statutes” (para. 46).

[7] Three weeks after the Initial Order was granted, the Debtors sought supplementary orders extending the stay of proceedings and increasing the interim financing to \$2,500,000. Canadian Western Bank again filed a motion to appoint a receiver. At the hearing of the three motions, counsel for Her Majesty appeared in order to advise that Her Majesty would be filing a motion to vary the Initial Order on the ground that the order failed to recognize Her priority interest in unremitted source deductions (the portion of remuneration that employers are required to withhold from employees and remit directly to the Canada Revenue Agency (“CRA”)).

[8] The Crown filed the motion soon after. Its argument for variance was grounded in the nature of Her Majesty’s interest in the Debtors’ property. It argued that the nature of Her Majesty’s interest is determined by s. 227(4.1) of the *ITA* and that that provision creates a proprietary interest:

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

sous réserve du paragraphe 34(11) de la LACC, toutes ces charges ont priorité sur tous les autres privilèges, garanties, fiducies, charges et sûretés, créances de créanciers garantis, d’origine législative ou autre (collectivement « les sûretés ») détenus par quiconque. [Caractères gras omis; par. 44.]

Le juge Nielsen a également précisé que les charges en question [TRADUCTION] « ne sont pas autrement limitées ou compromises de quelque façon que ce soit par [. . .] (d) les dispositions de toute loi fédérale ou provinciale » (par. 46).

[7] Trois semaines après le prononcé de l’ordonnance initiale, les débitrices ont demandé des ordonnances supplémentaires pour prolonger la suspension de l’instance et faire passer à 2,5 millions de dollars le financement temporaire. La Banque canadienne de l’Ouest a de nouveau déposé une requête en nomination d’un séquestre. Durant l’instruction de ces trois requêtes, l’avocat de Sa Majesté a comparu afin d’annoncer que celle-ci s’appêtait à déposer une requête pour faire modifier l’ordonnance initiale au motif que cette ordonnance ne reconnaissait pas sa priorité sur les retenues à la source non versées (la partie de la rémunération que les employeurs ont l’obligation de retenir auprès de leurs employés et de remettre directement à l’Agence du revenu du Canada (« ARC »)).

[8] La Couronne a déposé sa requête peu de temps après. L’argument qu’elle invoquait pour justifier sa demande de modification de l’ordonnance initiale reposait sur la nature du droit que possédait Sa Majesté sur les biens des débitrices. Elle a fait valoir que la nature du droit de Sa Majesté était déterminée par le par. 227(4.1) de la *LIR*, qui créait un intérêt à titre de propriétaire :

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

(4.1) Notwithstanding any other provision of this Act, the *Bankruptcy and Insolvency Act* (except sections 81.1 and 81.2 of that Act), any other enactment of Canada, any enactment of a province or any other law, where at any time an amount deemed by subsection 227(4) to be held by a person in trust for Her Majesty is not paid to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act, property of the person and property held by any secured creditor (as defined in subsection 224(1.3)) of that person that but for a security interest (as defined in subsection 224(1.3)) would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust is deemed

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

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

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

III. Judgments Below

A. *Court of Queen's Bench, 2017 ABQB 550, 60 Alta. L.R. (6th) 103*

[9] Justice Topolniski heard Her Majesty's motion to vary the Initial Order. Despite the delay between the Initial Order and the motion to vary, Topolniski J. found that she had jurisdiction to hear the motion based on the discretion and flexibility conferred by the CCAA. However, she dismissed the motion on the ground that s. 227(4.1) of the *ITA* creates a security interest that can be subordinated to court-ordered super-priority charges.

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

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

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

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

III. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Cour du Banc de la Reine, 2017 ABQB 550, 60 Alta. L.R. (6th) 103*

[9] La juge Topolniski a instruit la requête présentée par Sa Majesté en vue de faire modifier l'ordonnance initiale. Malgré le délai écoulé entre l'ordonnance initiale et la requête en modification, la juge Topolniski a estimé qu'elle avait compétence pour entendre la requête vu le pouvoir discrétionnaire et la marge de manœuvre que lui confère la *LACC*. Elle a toutefois rejeté la requête au motif que le par. 227(4.1) de la *LIR* créait une garantie qui pouvait être subordonnée à des charges super prioritaires d'origine judiciaire.

[10] Justice Topolniski relied upon *Temple City Housing Inc., Re*, 2007 ABQB 786, 42 C.B.R. (5th) 274, and *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720, to conclude that the deemed trust created by s. 227(4.1) of the *ITA* is not a proprietary interest. Rather, the *ITA* creates something similar to a floating charge over all the debtor's assets, which permits the debtor to alienate property subject to the deemed trust. These characteristics are inconsistent with a proprietary interest, and thus s. 227(4.1) does not create such an interest.

[11] Justice Topolniski also considered whether s. 227(4.1) creates a security interest that requires Her Majesty's interest to take priority over court-ordered charges. She acknowledged that the *CCAA* preserves the operation of the deemed trust, but she found that it also authorizes the reorganization of priorities by court order. Because each of the charges included in the Initial Order was critical to the restructuring process, they were necessarily required by the *CCAA* regime.

B. *Leave to Appeal*, 2017 ABCA 363, 54 C.B.R. (6th) 5

[12] Following the dismissal of the Crown's motion, the Debtors determined that there were sufficient assets in the estate to satisfy both Her Majesty and the beneficiaries of the three court-ordered super-priority charges in full. However, the Crown sought and obtained leave to appeal in order to seek appellate guidance on the nature of Her Majesty's priority.

C. *Court of Appeal of Alberta*, 2019 ABCA 314, 93 Alta. L.R. (6th) 29

[13] The Court of Appeal dismissed the appeal. It was divided as to whether the super-priority charges had priority over Her Majesty's claim. Justice Rowbotham wrote for the majority and agreed with the motion judge that s. 227(4.1) of the *ITA* creates a security interest, in accordance with this Court's earlier finding in *First Vancouver* that the deemed

[10] La juge Topolniski s'est appuyée sur les arrêts *Temple City Housing Inc., Re*, 2007 ABQB 786, 42 C.B.R. (5th) 274, et *First Vancouver Finance c. M.N.R.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720, pour conclure que la fiducie réputée créée en application du par. 227(4.1) de la *LIR* ne conférait pas d'intérêt à titre de propriétaire. Selon elle, la *LIR* crée plutôt une sorte de charge flottante sur l'ensemble des actifs du débiteur, ce qui permet à ce dernier d'aliéner ses biens sous réserve de la fiducie réputée. Ces caractéristiques sont incompatibles avec un intérêt à titre de propriétaire, de sorte que le par. 227(4.1) ne crée pas un tel intérêt.

[11] La juge Topolniski s'est également demandé si le par. 227(4.1) crée une garantie qui exige que l'intérêt détenu par Sa Majesté prenne rang devant les charges d'origine judiciaire. Elle a reconnu que la *LACC* ne fait pas obstacle à la fiducie réputée, mais elle a estimé que cette loi autorise cependant le tribunal à réaménager l'ordre de priorité par ordonnance. Étant donné que chacune des charges énumérées dans l'ordonnance initiale était essentielle au processus de restructuration, elles étaient indispensables au bon fonctionnement du régime de la *LACC*.

B. *Autorisation d'appel*, 2017 ABCA 363, 54 C.B.R. (6th) 5

[12] Suite au rejet de la requête de la Couronne, les débitrices ont déterminé que les actifs du patrimoine étaient suffisants pour payer intégralement Sa Majesté et les bénéficiaires des trois charges super prioritaires d'origine judiciaire. Toutefois, la Couronne a demandé et obtenu l'autorisation d'interjeter appel afin d'obtenir des directives de la Cour d'appel quant à la nature de la priorité de Sa Majesté.

C. *Cour d'appel de l'Alberta*, 2019 ABCA 314, 93 Alta. L.R. (6th) 29

[13] La Cour d'appel a rejeté l'appel. Elle était divisée sur la question de savoir si les charges super prioritaires prenaient rang devant la créance de Sa Majesté. La juge Rowbotham a écrit au nom de la majorité et s'est dite d'accord avec le juge de première instance pour affirmer que le par. 227(4.1) de la *LIR* crée une garantie, conformément à la conclusion

trust is like a “floating charge over all of the assets of the tax debtor in the amount of the default” (*First Vancouver*, at para. 40). She found further support for this in the fact that the deemed trust also falls squarely within the *ITA*’s definition of “security interest” in s. 224(1.3).

[14] After determining that Her Majesty’s interest in the Debtors’ property was a security interest, Rowbotham J.A. turned to the question of whether the deemed trust could be subordinated to the court-ordered super-priority charges. She found that “while a conflict may appear to exist at the level of the ‘black letter’ wording” of the *ITA* and the *CCAA*, “the presumption of statutory coherence require[d] that the provisions be read to work together” (para. 45). A deemed trust that could not be subordinated to super-priority charges would undermine both Acts’ objectives because fewer restructurings could succeed and thus less tax revenue could be collected. If the Crown’s position prevailed, then absurd consequences could follow. Approximately 75 percent of restructurings require interim lenders. Without the assurance that they would be repaid in priority, these lenders would not come forward, nor would monitors or directors. The reality is that all of these services are provided in reliance on super priorities. Without these priorities, *CCAA* restructurings may be severely curtailed or at least delayed until Her Majesty’s exact claim could be ascertained, by which point the company might have totally collapsed.

[15] Justice Wakeling dissented. In his view, none of the arguments raised by the majority could overcome the text of the *ITA*. On his reading, the text of s. 227(4.1) is clear: Her Majesty is the beneficial owner of the amounts deemed to be held separate and apart from the debtor’s property, and these amounts must be paid to Her Majesty notwithstanding any

tirée par notre Cour dans l’arrêt *First Vancouver* selon laquelle la fiducie réputée est assimilable à une « charge flottante grevant, jusqu’à concurrence du montant en souffrance, l’ensemble des éléments d’actif du débiteur fiscal » (*First Vancouver*, par. 40). Elle s’est dite confortée dans son opinion par le fait que la fiducie réputée entre carrément dans la définition que la *LIR* donne de la « garantie » au par. 224(1.3).

[14] Après avoir conclu que le droit de Sa Majesté sur les biens des débitrices constituait une garantie, la juge Rowbotham s’est penchée sur la question de savoir si la fiducie réputée pouvait être subordonnée à des charges super prioritaires d’origine judiciaire. Elle a conclu que [TRADUCTION] « bien que, si l’on s’en tient rigoureusement à leur libellé respectif, il puisse sembler exister un conflit » entre la *LIR* et la *LACC*, « la présomption de cohérence entre les lois exige[ait] que l’on interprète ces dispositions en considérant qu’elles s’appliquent de concert » (par. 45). Une fiducie réputée qui ne pourrait être subordonnée à des charges super prioritaires irait à l’encontre de l’objectif des deux lois en question parce qu’il serait plus difficile de mener à bien une restructuration et que cela diminuerait par conséquent les recettes fiscales. L’acceptation de la thèse de la Couronne entraînerait selon elle des conséquences absurdes. Environ 75 p. 100 des compagnies qui se restructurent font appel à des prêteurs temporaires. Sans l’assurance d’être remboursés en priorité, ces prêteurs refuseraient de s’engager, tout comme les contrôleurs et les administrateurs. La réalité est que tous ces services sont fournis sur la foi de l’existence de super priorités. Sans elles, les restructurations effectuées sous le régime de la *LACC* risqueraient d’être fortement compromises, ou à tout le moins retardées, jusqu’à ce qu’on puisse établir le montant exact de la créance de Sa Majesté, alors que la compagnie se serait peut-être déjà totalement effondrée.

[15] Le juge Wakeling a exprimé sa dissidence. À son avis, aucun des arguments soulevés par la majorité ne permettait de faire abstraction du texte de la *LIR*. Selon lui, le libellé du par. 227(4.1) est sans équivoque : Sa Majesté a un droit de bénéficiaire sur les sommes réputées être détenues de façon distincte et séparée des biens du débiteur, et

type of security interest, including super-priority charges. In his view, nothing in the *CCAA* overrides this proprietary interest. Section 11 of the *CCAA* cannot permit discretion to be exercised without regard for s. 227(4.1) of the *ITA*, nor can ss. 11.2, 11.51 and 11.52 of the *CCAA* be used, as they only allow a court to make orders regarding “all or part of the company’s property” (s. 11.2(1)). In conclusion, since no part of the *CCAA* authorizes a court to override s. 227(4.1), a court must give effect to the clear text of s. 227(4.1) and cannot subordinate Her Majesty’s claims to super-priority charges.

IV. Issue

[16] The central issue in this appeal is whether the *CCAA* authorizes courts to grant super-priority charges with priority over a deemed trust created by s. 227(4.1) of the *ITA*. In order to answer this question, I proceed in three stages. First, I assess the nature of the *CCAA* regime and the power of supervising courts to order such charges. Given that supervising courts generally have the authority to order super-priority charges with priority over all other claims, I then turn to s. 227(4.1) of the *ITA* to determine whether it gives Her Majesty an interest that cannot be subordinated to super-priority charges. Here I assess the Crown’s two arguments as to why s. 227(4.1) provides for an exception to the general rule, namely that Her Majesty has a proprietary or ownership interest in the insolvent company’s assets and that, even if Her Majesty does not have such an interest, s. 227(4.1) provides Her with a security interest that has absolute priority over all claims. I conclude by assessing how courts should exercise their authority to order super-priority charges where Her Majesty has a claim against an insolvent company protected by a s. 227(4.1) deemed trust.

ces sommes doivent être payées à Sa Majesté, peu importe le type de garantie, y compris les charges super prioritaires. À son avis, rien dans le libellé de la *LACC* ne permettait d’écarter cet intérêt à titre de propriétaire. L’article 11 de la *LACC* ne saurait permettre au tribunal d’exercer son pouvoir discrétionnaire sans tenir compte du par. 227(4.1) de la *LIR*, et les art. 11.2, 11.51 et 11.52 de la *LACC* ne sauraient non plus être utilisés à cette fin, car ils permettent uniquement au tribunal de rendre des ordonnances concernant « la totalité ou une partie des biens de la compagnie » (par. 11.2(1)). En conclusion, comme aucune des dispositions de la *LACC* ne lui permet d’écarter le par. 227(4.1), le tribunal doit donner effet au texte clair du par. 227(4.1) et il ne peut subordonner les créances de Sa Majesté à des charges super prioritaires.

IV. Question en litige

[16] La principale question à trancher dans le présent pourvoi est celle de savoir si la *LACC* autorise les tribunaux à constituer des charges super prioritaires ayant priorité sur une fiducie réputée créée en vertu du par. 227(4.1) de la *LIR*. Pour répondre à cette question, je vais procéder en trois étapes. D’abord, je vais examiner la nature du régime de la *LACC* et le pouvoir des tribunaux de surveillance d’ordonner pareilles charges. Étant donné que les tribunaux de surveillance ont généralement le pouvoir d’ordonner des charges super prioritaires qui ont priorité sur toutes les autres créances, je vais ensuite examiner le par. 227(4.1) de la *LIR* pour déterminer s’il confère à Sa Majesté un intérêt qui ne peut être subordonné à une charge super prioritaire. Je vais passer en revue les deux arguments invoqués par la Couronne pour affirmer que le par. 227(4.1) prévoit une exception à la règle générale, à savoir que Sa Majesté possède un intérêt à titre de propriétaire dans les actifs de la compagnie insolvable et que, même si elle ne possède pas un tel intérêt, le par. 227(4.1) lui confère une garantie qui a priorité absolue sur toutes les créances. Je vais conclure mon analyse en indiquant comment les tribunaux devraient exercer leur pouvoir d’ordonner des charges super prioritaires lorsque Sa Majesté fait valoir, contre la compagnie insolvable, une réclamation protégée par une fiducie réputée créée en vertu du par. 227(4.1).

V. Analysis

[17] In order to determine whether the *CCAA* empowers a court to order super-priority charges over assets subject to a deemed trust created by s. 227(4.1) of the *ITA*, we must understand both the *CCAA* regime and the nature of the interest created by s. 227(4.1).

A. *CCAA Regime*

[18] The *CCAA* is part of Canada's system of insolvency law, which also includes the *BIA* and the *Winding-up and Restructuring Act*, R.S.C. 1985, c. W-11, s. 6(1), for banks and other specified institutions. Although both the *CCAA* and the *BIA* create reorganization regimes, what distinguishes the *CCAA* regime is that it is restricted to companies with liabilities of more than \$5,000,000 and “offers a more flexible mechanism with greater judicial discretion, making it more responsive to complex reorganizations” (*Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, at para. 14).

[19] The *CCAA* works by creating breathing room for an insolvent debtor to negotiate a way out of insolvency. Upon an initial application, the supervising judge makes an order that ordinarily preserves the status quo by freezing claims against the debtor while allowing it to remain in possession of its assets in order to continue carrying on business. During this time, it is hoped that the debtor will negotiate a plan of arrangement with creditors and other stakeholders. The goal is to enable the parties to reach a compromise that allows the debtor to reorganize and emerge from the *CCAA* process as a going concern (*Century Services*, at para. 18).

[20] The view underlying the entire *CCAA* regime is thus that debtor companies retain more value as going concerns than in liquidation scenarios

V. Analyse

[17] Afin de déterminer si la *LACC* habilite un tribunal à ordonner des charges super prioritaires sur des biens assujettis à une fiducie réputée au titre du par. 227(4.1) de la *LIR*, il nous faut comprendre à la fois le régime de la *LACC* et la nature du droit créé par le par. 227(4.1).

A. *Le régime de la LACC*

[18] La *LACC* fait partie de la législation canadienne en matière d'insolvabilité, qui comprend également la *LFI* et la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, L.R.C. 1985, c. W-11, par. 6(1), laquelle s'applique aux banques et à d'autres institutions déterminées. Bien que la *LACC* et la *LFI* instaurent toutes deux un régime de réorganisation, ce qui distingue le régime de la *LACC* est le fait qu'il est réservé aux compagnies dont le passif dépasse cinq millions de dollars et qu'il « établit un mécanisme plus souple, dans lequel les tribunaux disposent d'un plus grand pouvoir discrétionnaire, ce qui rend le mécanisme mieux adapté aux réorganisations complexes » (*Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, par. 14).

[19] La *LACC* vise à accorder au débiteur insolvable la latitude nécessaire pour négocier avec ses créanciers afin de trouver une issue à son insolvabilité. À la suite d'une demande initiale, le juge surveillant rend une ordonnance aux termes de laquelle il préserve habituellement le statu quo en suspendant les réclamations qui visent le débiteur tout en permettant à ce dernier de conserver la possession de ses actifs afin de poursuivre ses activités. Dans l'intervalle, on espère que le débiteur négociera un plan d'arrangement avec ses créanciers et les autres parties prenantes. L'objectif est de permettre aux parties de parvenir à un compromis qui donne au débiteur la possibilité de se réorganiser et de poursuivre ses activités à l'issue du processus de la *LACC* (*Century Services*, par. 18).

[20] La vision sous-jacente au régime de la *LACC* est donc qu'une compagnie débitrice possède une plus grande valeur lorsqu'elle poursuit ses

(*Century Services*, at para. 18). The survival of a going-concern business is ordinarily the result with the greatest net benefit. It often enables creditors to maximize returns while simultaneously benefiting shareholders, employees, and other firms that do business with the debtor company (para. 60). Thus, this Court recently held that the CCAA embraces “the simultaneous objectives of maximizing creditor recovery, preservation of going-concern value where possible, preservation of jobs and communities affected by the firm’s financial distress . . . and enhancement of the credit system generally” (9354-9186 *Québec inc. v. Callidus Capital Corp.*, 2020 SCC 10, [2020] 1 S.C.R. 521, at para. 42, quoting J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2nd ed. 2013), at p. 14).

[21] The most important feature of the CCAA — and the feature that enables it to be adapted so readily to each reorganization — is the broad discretionary power it vests in the supervising court (*Callidus Capital*, at paras. 47-48). Section 11 of the CCAA confers jurisdiction on the supervising court to “make any order that it considers appropriate in the circumstances”. This power is vast. As the Chief Justice and Moldaver J. recently observed in their joint reasons, “[o]n the plain wording of the provision, the jurisdiction granted by s. 11 is constrained only by restrictions set out in the CCAA itself, and the requirement that the order made be ‘appropriate in the circumstances’” (*Callidus Capital*, at para. 67). Keeping in mind the centrality of judicial discretion in the CCAA regime, our jurisprudence has developed baseline requirements of appropriateness, good faith and due diligence in order to exercise this power. The supervising judge must be satisfied that the order is appropriate and that the applicant has acted in good faith and with due diligence (*Century Services*, at para. 69). The judge must also be satisfied as to appropriateness, which is assessed by considering whether the order would advance the policy and remedial objectives of the CCAA (para. 70). For instance, given that the purpose of the CCAA is to facilitate the survival of going concerns, when crafting an initial order, “[a] court must first of all

activités que lorsqu’elle est liquidée (*Century Services*, par. 18). La survie d’une entreprise en activité est généralement le résultat qui présente le plus grand avantage net. Elle permet souvent aux créanciers de maximiser leur rendement, tout en profitant aux actionnaires, aux employés et aux autres entreprises qui font affaire avec la compagnie débitrice (par. 60). Ainsi, notre Cour a récemment jugé que la LACC a « comme objectifs simultanés de maximiser le recouvrement au profit des créanciers, de préserver la valeur d’exploitation dans la mesure du possible, de protéger les emplois et les collectivités touchées par les difficultés financières de l’entreprise [. . .] et d’améliorer le système de crédit de manière générale » (9354-9186 *Québec inc. c. Callidus Capital Corp.*, 2020 CSC 10, [2020] 1 R.C.S. 521, par. 42, citant J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2^e éd. 2013), p. 14).

[21] La caractéristique la plus importante de la LACC — et celle qui la rend assez souple pour s’adapter si aisément à chaque réorganisation — est le vaste pouvoir discrétionnaire qu’elle confère au tribunal de surveillance (*Callidus Capital*, par. 47-48). L’article 11 de la LACC accorde au tribunal le pouvoir de « rendre [. . .] toute ordonnance qu’il estime indiquée ». Ce pouvoir est vaste. Comme le juge en chef et le juge Moldaver l’ont récemment fait observer dans leurs motifs conjoints, « [s]elon le libellé clair de la disposition, le pouvoir conféré par l’art. 11 n’est limité que par les restrictions imposées par la LACC elle-même, ainsi que par l’exigence que l’ordonnance soit “indiquée” dans les circonstances » (*Callidus Capital*, par. 67). Étant donné le rôle essentiel que le pouvoir discrétionnaire judiciaire joue dans le cadre du régime de la LACC, notre jurisprudence a mis au point les exigences de base encadrant l’exercice de ce pouvoir : l’opportunité, la bonne foi et la diligence. Le juge doit être convaincu que l’ordonnance est indiquée et que le demandeur a agi de bonne foi et avec la diligence voulue (*Century Services*, par. 69). Le juge doit également être convaincu de l’opportunité de rendre l’ordonnance sollicitée en se demandant si elle favorisera la réalisation des objectifs réparateurs et de politique générale de la LACC (par. 70). Par exemple, étant donné que la LACC a pour objet de

provide the conditions under which the debtor can attempt to reorganize” (para. 60).

[22] On review of a supervising judge’s order, an appellate court should be cognizant that supervising judges have been given this broad discretion in order to fulfill their difficult role of continuously balancing conflicting and changing interests. Appellate courts should also recognize that orders are generally temporary or interim in nature and that the restructuring process is constantly evolving. These considerations require not only that supervising judges be endowed with a broad discretion, but that appellate courts exercise particular caution before interfering with orders made in accordance with that discretion (*Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 72 B.C.L.R. (2d) 368 (C.A.), at paras. 30-31).

[23] In addition to s. 11, there are more specific powers in some of the provisions following that section. They include the power to order a super-priority security or charge on all or part of a company’s assets in favour of interim financiers (s. 11.2), critical suppliers (s. 11.4), the monitor and financial, legal or other experts (s. 11.52), or indemnification of directors or officers (s. 11.51). Each of these provisions empowers the court to “order that the security or charge rank in priority over the claim of any secured creditor of the company” (ss. 11.2(2), 11.4(4), 11.51(2) and 11.52(2)).

[24] As this Court held in *Century Services*, at para. 70, the general language of s. 11 is not restricted by the availability of these more specific orders. In fact, courts regularly grant super-priority charges in favour of persons not specifically referred to in the aforementioned provisions, including through orders that have priority over orders made under the specific provisions. These include, for example, key employee retention plan charges (*Grant Forest Products Inc., Re* (2009), 57 C.B.R. (5th) 128 (Ont.

faciliter la survie des entreprises en leur permettant de poursuivre leurs activités, lorsqu’il rend son ordonnance initiale, « [l]e tribunal doit d’abord créer les conditions propres à permettre au débiteur de tenter une réorganisation » (par. 60).

[22] Lorsqu’une cour d’appel révisé l’ordonnance d’un juge surveillant, elle ne doit pas oublier que ce vaste pouvoir discrétionnaire a été confié aux juges surveillants afin qu’ils assument le rôle difficile de concilier sans cesse des intérêts conflictuels et fluctuants. La cour d’appel doit également reconnaître que les ordonnances ont généralement un caractère temporaire ou provisoire, et que le processus de restructuration évolue constamment. Ces considérations nécessitent non seulement que les juges surveillants soient investis d’un large pouvoir discrétionnaire, mais aussi que les cours d’appel fassent preuve d’une déférence particulière avant de modifier des ordonnances rendues en vertu de ce pouvoir discrétionnaire (*Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 72 B.C.L.R. (2d) 368 (C.A.), par. 30-31).

[23] En plus de l’art. 11, on trouve dans certaines des dispositions qui le suivent des pouvoirs plus spécifiques, dont celui d’ordonner une sûreté ou une charge super prioritaire grevant tout ou partie des actifs de la compagnie débitrice en faveur de prêteurs temporaires (art. 11.2), de fournisseurs essentiels (art. 11.4), du contrôleur et des experts — notamment en finance et en droit — (art. 11.52), ou afin d’indemniser les dirigeants ou administrateurs (art. 11.51). Chacune de ces dispositions habilite le tribunal à « préciser, dans l’ordonnance, que la charge ou sûreté a priorité sur toute réclamation des créanciers garantis de la compagnie » (par. 11.2(2), 11.4(4), 11.51(2) et 11.52(2)).

[24] Ainsi que notre Cour l’a jugé dans l’arrêt *Century Services*, par. 70, la possibilité pour le tribunal de rendre ces ordonnances plus spécifiques n’a pas pour effet de restreindre la portée des termes généraux employés à l’art. 11. En fait, les tribunaux constituent régulièrement des charges super prioritaires en faveur de personnes qui ne sont pas expressément mentionnées dans les dispositions susmentionnées, y compris au moyen d’ordonnances ayant préséance sur les ordonnances rendues en

S.C.J.); *Timminco Ltd., Re*, 2012 ONSC 506, 85 C.B.R. (5th) 169, and bid protection charges (*In the Matter of a Plan of Compromise or Arrangement of Green Growth Brands Inc.*, 2020 ONSC 3565, 84 C.B.R. (6th) 146).

[25] In *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271, at para. 60, quoting the amended initial order in that case, this Court confirmed that a court-ordered financing charge with priority over “all other security interests, trusts, liens, charges and encumbrances, statutory or otherwise”, had priority over a deemed trust established by the *Personal Property Security Act*, R.S.O. 1990, c. P.10 (“PPSA”), to protect employee pensions. Justice Deschamps wrote for a unanimous Court on this point. She found that the existence of a deemed trust did not preclude orders granting first priority to financiers: “This will be the case only if the provincial priorities provided for in s. 30(7) of the PPSA ensure that the claim of the Salaried Plan’s members has priority over the [debtor-in-possession (“DIP”)] charge” (para. 48).

[26] Justice Deschamps first assessed the supervising judge’s order to determine whether it had truly been necessary to give the financing charge priority over the deemed trust. Even though the supervising judge had not specifically considered the deemed trust in the order authorizing a super-priority charge, he had found that there was no alternative but to make the order. Financing secured by a super priority was necessary if the company was to remain a going concern (para. 59). Justice Deschamps rejected the suggestion “that the DIP lenders would have accepted that their claim ranked below claims resulting from the deemed trust”, because “[t]he harsh reality is that lending is governed by the commercial imperatives of the lenders, not by the interests of

vertu de ces dispositions. Songeons, par exemple, aux charges relatives aux plans de rétention des employés clés (*Grant Forest Products Inc., Re* (2009), 57 C.B.R. (5th) 128 (C.S.J. Ont.); *Timminco Ltd., Re*, 2012 ONSC 506, 85 C.B.R. (5th) 169), et aux charges relatives à la protection des offres (*In the Matter of a Plan of Compromise or Arrangement of Green Growth Brands Inc.*, 2020 ONSC 3565, 84 C.B.R. (6th) 146).

[25] Dans l’arrêt *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271, par. 60, citant l’ordonnance initiale modifiée dans cette affaire, notre Cour a confirmé que la charge de financement d’origine judiciaire qui devait prendre rang devant [TRADUCTION] « toutes les autres sûretés, y compris les fiducies, privilèges, charges et grèvements, d’origine législative ou autre » prenait effectivement rang devant la fiducie réputée qui avait été établie par la *Loi sur les sûreté mobilières*, L.R.O. 1990, c. P.10 (« LSM »), dans le but de protéger les régimes de retraite des employés. La juge Deschamps s’est exprimée sur ce point au nom d’une Cour unanime. Elle a conclu que l’existence d’une fiducie réputée ne faisait pas obstacle au prononcé d’ordonnances accordant une priorité aux bailleurs de fonds : « Ce sera le cas seulement si la priorité de rang accordée par la province aux participants au régime des salariés, au par. 30(7) de la *LSM*, fait en sorte que leur réclamation a préséance sur la charge [débiteur-exploitant (« DE »)] » (par. 48).

[26] La juge Deschamps a tout d’abord examiné l’ordonnance du juge surveillant afin de déterminer si celle-ci était véritablement nécessaire pour que la charge de financement ait priorité sur la fiducie réputée. Même s’il ne s’était pas expressément penché sur la fiducie réputée dans l’ordonnance aux termes de laquelle il avait constitué la charge super prioritaire, le juge surveillant avait conclu qu’il n’avait d’autre choix que de rendre l’ordonnance. Le financement devait être garanti par une super priorité pour que la compagnie demeure en activité (par. 59). La juge Deschamps a rejeté l’idée « que les prêteurs DE auraient accepté que leur réclamation soit subordonnée à celles fondées sur la fiducie réputée », étant donné que « [l]a dure réalité est que l’octroi de prêts est

the plan members or the policy considerations that lead provincial governments to legislate in favour of pension fund beneficiaries” (para. 59).

[27] After determining that the order was necessary, she turned to the statute creating the deemed trust’s priority. Section 30(7) of the *PPSA* provided that the deemed trust would have priority over all security interests. In her view, this created a conflict between the court-ordered super priority and the statutory priority of the claim protected by the deemed trust. The super priority therefore prevailed by virtue of federal paramountcy (para. 60).

[28] There are also practical considerations that explain why supervising judges must have the discretion to order other charges with priority over deemed trusts. Restructuring under the *CCAA* often requires the assistance of many professionals. As Wagner C.J. and Moldaver J. recently recognized for a unanimous Court, the role the monitor plays in a *CCAA* proceeding is critical: “The monitor is an independent and impartial expert, acting as ‘the eyes and the ears of the court’ throughout the proceedings The core of the monitor’s role includes providing an advisory opinion to the court as to the fairness of any proposed plan of arrangement and on orders sought by parties, including the sale of assets and requests for interim financing” (*Callidus Capital*, at para. 52, quoting *Ernst & Young Inc. v. Essar Global Fund Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1, at para. 109). In the words of Morawetz J. (as he then was), “[i]t is not reasonable to expect that professionals will take the risk of not being paid for their services, and that directors and officers will remain if placed in a compromised position” (*Timminco*, at para. 66).

régi par les impératifs commerciaux des prêteurs, et non par les intérêts des participants ou par les considérations de politique générale qui ont incité les législateurs provinciaux à protéger les bénéficiaires de caisses de retraite » (par. 59).

[27] Après avoir décidé que l’ordonnance était nécessaire, la juge Deschamps a examiné la loi accordant la priorité à la fiducie réputée. Le paragraphe 30(7) de la *LSM* prévoyait que la fiducie réputée prenait rang devant toutes les garanties, ce qui, à son avis, créait un conflit entre la super priorité d’origine judiciaire et la priorité légale accordée à la créance protégée par la fiducie réputée. La super priorité avait donc préséance sur la fiducie réputée en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale (par. 60).

[28] Il existe aussi des considérations d’ordre pratique qui expliquent pourquoi les juges surveillants doivent disposer du pouvoir discrétionnaire d’ordonner des charges ayant priorité sur les fiducies réputées. Pour restructurer une compagnie sous le régime de la *LACC*, il faut souvent obtenir l’aide de nombreux professionnels. Ainsi que le juge en chef Wagner et le juge Moldaver l’ont récemment reconnu au nom d’une Cour unanime, le contrôleur joue un rôle crucial dans une instance introduite sous le régime de la *LACC* : « Le contrôleur est un expert indépendant et impartial qui agit comme [TRADUCTION] “les yeux et les oreilles du tribunal” tout au long de la procédure [. . .] Il a essentiellement pour rôle de donner au tribunal des avis consultatifs sur le caractère équitable de tout plan d’arrangement proposé et sur les ordonnances demandées par les parties, y compris celles portant sur la vente d’actifs et le financement provisoire » (*Callidus Capital*, par. 52, citant *Ernst & Young Inc. c. Essar Global Fund Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1, par. 109). Comme l’a dit le juge Morawetz (maintenant juge en chef de la Cour supérieure de justice de l’Ontario), [TRADUCTION] « [o]n ne peut raisonnablement s’attendre à ce que des professionnels prennent le risque de ne pas être payés pour leurs services et à ce que les administrateurs et les dirigeants demeurent en poste s’ils se retrouvent dans une position délicate » (*Timminco*, par. 66).

[29] This Court has similarly found that financing is critical as “case after case has shown that ‘the priming of the DIP facility is a key aspect of the debtor’s ability to attempt a workout’” (*Indalex*, at para. 59, quoting J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2007), at p. 97). As lower courts have affirmed, “[p]rofessional services are provided, and DIP funding is advanced, in reliance on super-priorities contained in initial orders. To ensure the integrity, predictability and fairness of the CCAA process, certainty must accompany the granting of such super-priority charges” (*First Leaside Wealth Management Inc. (Re)*, 2012 ONSC 1299, at para. 51 (CanLII)).

[30] Super-priority charges in favour of the monitor, financiers and other professionals are required to derive the most value for the stakeholders. They are beneficial to all creditors, including those whose claims are protected by a deemed trust. The fact that they require super priority is just a part of “[t]he harsh reality . . . that lending is governed by the commercial imperatives of the lenders” (*Indalex*, at para. 59). It does not make commercial sense to act when there is a high level of risk involved. For a monitor and financiers to put themselves at risk to restructure and develop assets, only to later discover that a deemed trust supersedes all claims, smacks of unfairness. As McLachlin J. (as she then was) said, granting a deemed trust absolute priority where it does not amount to a trust under general principles of law would “defy fairness and common sense” (*British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24, at p. 33).

[31] It is therefore clear that, in general, courts supervising a CCAA reorganization have the authority to order super-priority charges to facilitate the restructuring process. Similarly, courts have ensured that the CCAA is given a liberal construction to

[29] Notre Cour a pareillement conclu que le financement est essentiel, étant donné qu’il « a été démontré maintes et maintes fois que [TRADUCTION] “la priorité accordée au financement DE constitue un élément clé de la capacité du débiteur de tenter de conclure un arrangement” » (*Indalex*, par. 59, citant J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2007), p. 97). Ainsi que les juridictions inférieures l’ont affirmé, [TRADUCTION] « [I]es services professionnels sont fournis et le financement DE est avancé sur la foi des charges super prioritaires contenues dans les ordonnances initiales. Pour assurer l’intégrité, la prévisibilité et l’équité du processus de la LACC, la certitude doit caractériser l’octroi de ces charges super prioritaires » (*First Leaside Wealth Management Inc. (Re)*, 2012 ONSC 1299, par. 51 (CanLII)).

[30] Pour que les parties prenantes bénéficient d’une valorisation maximale, il est nécessaire de constituer des charges super prioritaires en faveur du contrôleur, des bailleurs de fonds et d’autres professionnels. Ces mesures profitent à l’ensemble des créanciers, y compris ceux dont les créances sont protégées par une fiducie réputée. Le fait qu’ils aient besoin d’une super priorité n’est qu’un des aspects de « [l]a dure réalité [. . .] que l’octroi de prêts est régi par les impératifs commerciaux des prêteurs » (*Indalex*, par. 59). Il n’est pas sensé, au plan commercial, de s’engager en présence d’un risque élevé. Il n’y a rien d’équitable dans la situation où, pour aider une entreprise à se restructurer et à se développer, un contrôleur et des prêteurs s’exposent à des risques, et découvrent par la suite qu’une fiducie réputée prévaut sur l’ensemble des créances. Comme la juge McLachlin (plus tard juge en chef) l’a dit, accorder la priorité absolue à une fiducie réputée — alors qu’elle ne constitue pas une fiducie selon les principes généraux du droit — serait « contrair[e] à l’équité et au bon sens » (*Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24, p. 33).

[31] Il est donc évident qu’en général, les tribunaux chargés de surveiller les restructurations sous le régime de la LACC ont le pouvoir d’ordonner des charges super prioritaires afin de faciliter le processus de restructuration. Dans la même veine, les

fulfill its broad purpose and to prevent this purpose from being neutralized by other statutes: [TRANSLATION] “As the courts have ruled time and again, the purpose of the *CCAA* and orders made under it cannot be affected or neutralized by another [Act], whether of public order or not” (*Triton Électronique inc. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 1202, at para. 35 (CanLII)). “This case is not so much about the rights of employees as creditors, but the right of the court under the [*CCAA*] to serve not the special interests of the directors and officers of the company but the broader constituency referred to in *Chef Ready Foods Ltd. [v. Hongkong Bank of Can. (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84 (C.A.)]* . . . Such a decision may inevitably conflict with provincial legislation, but the broad purposes of the [*CCAA*] must be served” (*Pacific National Lease Holding*, at para. 28). Courts have been particularly cautious when interpreting security interests so as to ensure that the *CCAA*’s important purpose can be fulfilled. For instance, in *Chef Ready Foods*, Gibbs J.A. observed that if a bank’s rights under the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46, were to be interpreted as being immune from the provisions of the *CCAA*, then the benefits of *CCAA* proceedings would be “largely illusory” (p. 92). “There will be two classes of debtor companies: those for whom there are prospects for recovery under the [*CCAA*]; and those for whom the [*CCAA*] may be irrelevant dependent upon the whim of the [creditor]” (p. 92). It is important to keep in mind that *CCAA* proceedings operate for the benefit of the creditors as a group and not for the benefit of a single creditor. Without clear and direct instruction from Parliament, we cannot countenance the possibility that it intended to create a security interest that would limit or eliminate the prospect of reorganization and recovery under the *CCAA* for some companies. To do so would turn the *CCAA* into a dead letter. With this in mind, I turn to the specific provision at issue in this appeal.

tribunaux se sont assurés que la *LACC* reçoive une interprétation libérale pour être capable d’en réaliser l’objectif général tout en évitant que cet objectif ne soit neutralisé par d’autres lois : « Ce que les tribunaux ont décidé à maintes reprises, c’est que la finalité de la *LACC* et les ordonnances qui en découlent ne sauraient être affectées, ni neutralisées par une autre loi, fut-elle d’ordre public ou non » (*Triton Électronique inc. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 1202, par. 35 (CanLII)). [TRADUCTION] « L’affaire qui nous occupe concerne moins les droits des employés en tant que créanciers que le droit accordé par la [*LACC*] au tribunal de servir non pas les intérêts spéciaux des dirigeants et administrateurs de la compagnie, mais l’ensemble plus large d’intéressés dont il est question dans *Chef Ready Foods Ltd. [c. Hongkong Bank of Can. (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84 (C.A.)]* [. . .] Pareille décision risque d’entrer en conflit avec la législation provinciale, mais il faut atteindre les objectifs généraux de la [*LACC*] » (*Pacific National Lease Holding*, par. 28). Les tribunaux se sont montrés particulièrement vigilants au moment d’interpréter les garanties, pour veiller à ce que l’important objectif de la *LACC* puisse être réalisé. Par exemple, dans l’arrêt *Chef Ready Foods*, le juge d’appel Gibbs a fait remarquer que, s’il fallait considérer que les droits conférés à une banque par la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, c. 46, étaient à l’abri des dispositions de la *LACC*, les avantages des procédures intentées sous le régime de cette loi seraient [TRADUCTION] « en grande partie illusoirs » (p. 92). « Il y aura deux groupes de compagnies débitrices : celles qui peuvent se rétablir sous le régime de la [*LACC*], et celles à l’égard de qui la pertinence de la [*LACC*] varierait selon le caprice du [créancier] » (p. 92). Il importe de garder à l’esprit que ces procédures sont engagées au bénéfice de l’ensemble des créanciers, et non au bénéfice d’un seul d’entre eux. En l’absence de directives claires et expresses, nous ne saurions supposer que le Parlement ait voulu créer une garantie de nature à suggérer que, sous le régime de la *LACC*, la perspective de réorganisation et de rétablissement de certaines compagnies sera limitée, voire inexistante. La *LACC* deviendrait alors lettre morte. En gardant ces principes à l’esprit, je me tourne à présent vers la disposition en litige dans la présente affaire.

B. *Nature of the Interest Created by Section 227(4.1) of the ITA*

[32] The Crown argues that, despite the authority a supervising court may have to order super-priority charges, Her Majesty's claim to unremitted source deductions is protected by a deemed trust, and that ordering charges with priority over the deemed trust is contrary to s. 227(4.1) of the *ITA*. To determine whether this is true, we must begin by understanding how the deemed trust comes about.

[33] Section 153(1) of the *ITA* requires employers to withhold income tax from employees' gross pay and forward the amounts withheld to the CRA. When an employer withholds income tax from its employees in accordance with the *ITA*, it assumes its employees' liability for those amounts (s. 227(9.4)). As a result, Her Majesty cannot have recourse to the employees if the employer fails to remit the withheld amounts. Instead, Her Majesty's interest is protected by a deemed trust. Section 227(4) of the *ITA* provides that amounts withheld are deemed to be held separate and apart from the employer's assets and in trust for Her Majesty. If an employer fails to remit the amounts withheld in the manner provided by the *ITA*, s. 227(4.1) extends the trust to all of the employer's assets. In this case, the Debtors failed to remit the amounts withheld to the CRA, bringing s. 227(4.1) into operation.

[34] When a company seeks protection under the *CCAA*, s. 37(1) of the *CCAA* provides that most of Her Majesty's deemed trusts are nullified (unless the property in question would be regarded as held in trust in the absence of the statutory provision creating the deemed trust). However, s. 37(2) of the *CCAA* exempts the deemed trusts created by s. 227(4) and (4.1) of the *ITA* from the nullification provided for in s. 37(1). These deemed trusts continue to operate throughout the *CCAA* process (*Century Services*, at para. 45). In my view, this preservation by the *CCAA* of the deemed trusts created by the *ITA* does not modify the characteristics of these trusts. They

B. *Nature de l'intérêt créé par le paragraphe 227(4.1) de la LIR*

[32] La Couronne soutient que, même si le tribunal de surveillance peut ordonner des charges super prioritaires, la créance de Sa Majesté sur les retenues à la source non versées est protégée par une fiducie réputée, et que la constitution de charges prenant rang devant la fiducie réputée va à l'encontre du par. 227(4.1) de la *LIR*. Pour déterminer le bien-fondé de cette position, il faut d'abord comprendre l'origine de la fiducie réputée.

[33] Le paragraphe 153(1) de la *LIR* oblige les employeurs à retenir l'impôt sur le salaire brut de leurs employés et à transmettre les sommes retenues à l'ARC. L'employeur qui retient l'impôt sur le revenu de ses employés conformément à la *LIR* devient responsable des sommes dues à ce titre par ses employés (par. 227(9.4)). Par conséquent, Sa Majesté ne peut exercer de recours contre les employés si l'employeur fait défaut de verser les montants qu'il a retenus. L'intérêt de Sa Majesté est protégé par une fiducie réputée. Le paragraphe 227(4) de la *LIR* prévoit que les montants retenus sont réputés détenus en fiducie pour Sa Majesté, séparément des propres biens de l'employeur. Si l'employeur fait défaut de verser les retenues conformément aux modalités prévues par la *LIR*, le par. 227(4.1) étend la fiducie à l'ensemble des biens de l'employeur. En l'espèce, les débitrices ont fait défaut de verser les retenues à l'ARC, ce qui a entraîné l'application du par. 227(4.1).

[34] Lorsqu'une compagnie cherche à se prévaloir de la protection de la *LACC*, le par. 37(1) de cette loi prévoit que la plupart des fiducies réputées de Sa Majesté sont annulées (à moins que les biens en question eussent été assimilés à des biens détenus en fiducie même en l'absence de la disposition législative créant la fiducie réputée). Toutefois, le par. 37(2) de la *LACC* soustrait les fiducies réputées créées en vertu des par. 227(4) et (4.1) de la *LIR* à l'annulation prévue au par. 37(1). Ces fiducies réputées continuent de produire leur effet tout au long du processus de la *LACC* (*Century Services*, par. 45). À mon avis, le fait que la *LACC* permet aux fiducies

continue to operate as they would have if the insolvent company had not sought CCAA protection. Therefore, the Crown's arguments must be assessed by reviewing the nature of the interest created by s. 227(4.1) of the *ITA*.

[35] Before doing so, and while it is not strictly speaking required of me given the reasons I set out below, I pause here to clarify the role of s. 6(3) of the CCAA, which provides as follows:

(3) Unless Her Majesty agrees otherwise, the court may sanction a compromise or arrangement only if the compromise or arrangement provides for the payment in full to Her Majesty in right of Canada or a province, within six months after court sanction of the compromise or arrangement, of all amounts that were outstanding at the time of the application for an order under section 11 or 11.02 and that are of a kind that could be subject to a demand under

(a) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* . . .

[36] Section 6(3) merely grants Her Majesty the right to insist that a compromise or arrangement not be sanctioned by a court unless it provides for payment in full to Her Majesty of certain claims within six months after court sanction. Section 6(3) does not say that it modifies the deemed trust created by s. 227(4.1) of the *ITA* in any way, and it comes into operation only at the end of the CCAA process when parties seek court approval of their arrangement or compromise. Section 6(3) also applies to numerous claims that are not protected by the deemed trust, including penalties, interest, withholdings on non-resident dispositions and certain retirement contributions (see ss. 224(1.2) and 227(10.1) of the *ITA*, the latter of which refers to amounts payable under ss. 116, 227(9), (9.2), (9.3), (9.4) and (10.2), Part XII.5 and Part XIII). Equating the deemed trust with the right under s. 6(3) renders s. 37(2) of the CCAA and the deemed trust meaningless. I therefore proceed, as this Court did in *Indalex*, by assessing

réputées créées par la *LIR* de continuer à produire leurs effets ne modifie en rien les caractéristiques de ces fiducies. Elles continuent à produire leur effet comme si la compagnie insolvable n'avait pas demandé la protection de la *LACC*. Par conséquent, il faut examiner les arguments de la Couronne en tenant compte de la nature du droit découlant du par. 227(4.1) de la *LIR*.

[35] Mais avant de procéder à cet examen, et bien que cela ne soit pas à proprement parler nécessaire vu les motifs que j'expose ci-dessous, j'ouvre une parenthèse pour clarifier le rôle du par. 6(3) de la *LACC*, dont voici le texte :

(3) Le tribunal ne peut, sans le consentement de Sa Majesté, homologuer la transaction ou l'arrangement qui ne prévoit pas le paiement intégral à Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province, dans les six mois suivant l'homologation, de toutes les sommes qui étaient dues lors de la demande d'ordonnance visée aux articles 11 ou 11.02 et qui pourraient, de par leur nature, faire l'objet d'une demande aux termes d'une des dispositions suivantes :

a) le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* . . .

[36] Le paragraphe 6(3) accorde simplement à Sa Majesté le droit d'insister auprès du tribunal afin qu'il refuse d'homologuer la transaction ou l'arrangement qui ne prévoit pas le paiement intégral de certaines créances de Sa Majesté dans un délai de six mois suivant l'homologation. Le paragraphe 6(3) ne dit pas qu'il modifie la fiducie présumée créée par le par. 227(4.1) de la *LIR* de quelque façon que ce soit, et il ne s'applique qu'à l'issue de la procédure de la *LACC* lorsque les parties cherchent à faire homologuer par le tribunal leur arrangement ou leur transaction. Le paragraphe 6(3) s'applique également à de nombreuses créances qui ne sont pas protégées par la fiducie réputée, y compris les pénalités, les intérêts, les retenues sur les dispositions relatives aux non-résidents et certaines cotisations de retraite (voir les par. 224(1.2) et 227(10.1) de la *LIR*, le deuxième faisant état des sommes payables en application de l'art. 116 et des par. 227(9), (9.2), (9.3), (9.4) et (10.2), à la partie XII.5 et à la partie XIII). Assimiler

the interest created by s. 227(4.1) of the *ITA* without regard to the *CCAA* (*Indalex*, at para. 48).

[37] Section 227(4.1) provides:

(4.1) Notwithstanding any other provision of this Act, the *Bankruptcy and Insolvency Act* (except sections 81.1 and 81.2 of that Act), any other enactment of Canada, any enactment of a province or any other law, where at any time an amount deemed by subsection 227(4) to be held by a person in trust for Her Majesty is not paid to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act, property of the person and property held by any secured creditor (as defined in subsection 224(1.3)) of that person that but for a security interest (as defined in subsection 224(1.3)) would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust is deemed

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

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

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

(1) Does Section 227(4.1) of the *ITA* Create a Proprietary or Ownership Interest in the Debtor's Assets?

[38] This appeal — like previous appeals to this Court — does not require the Court to exhaustively

la fiducie réputée au droit prévu au par. 6(3) vide de leur sens le par. 37(2) de la *LACC* et la fiducie présumée. La démarche que je vais suivre consiste donc, à l'instar de celle suivie par notre Cour dans l'affaire *Indalex*, à évaluer l'intérêt créé par le par. 227(4.1) de la *LIR* en faisant abstraction de la *LACC* (*Indalex*, par. 48).

[37] Le paragraphe 227(4.1) dispose :

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

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

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

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

(1) Le paragraphe 227(4.1) de la *LIR* crée-t-il un intérêt à titre de propriétaire dans l'actif du débiteur?

[38] Le présent pourvoi — comme certains pourvois précédents devant notre Cour — n'oblige pas

define the nature and content of the interest created by s. 227(4.1) of the *ITA* (*Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411, and *First Vancouver*). All that is necessary is to determine whether s. 227(4.1) confers upon Her Majesty an interest in the debtor's property that precludes a court from ordering charges with priority over Her Majesty's claim. The Crown argues that s. 227(4.1) does so by giving Her Majesty a proprietary interest in the debtor's assets, which "causes those assets to become the property of the Crown" (A.F., at para. 46). The Crown rests this argument on the wording of the section. First, it says that property equal in value to the amount deemed to be held in trust by a person is deemed to be held "separate and apart from the property of the person". Second, it says that the property deemed to be held in trust is deemed "to form no part of the estate or property of the person". Third, it says that the property deemed to be held in trust "is property beneficially owned by Her Majesty notwithstanding any security interest in such property". The Crown submits that, as a result of Her Majesty's proprietary interest, amounts subject to the deemed trust cannot be considered assets of the debtor in *CCAA* proceedings.

[39] In order to determine whether s. 227(4.1) confers a proprietary or ownership interest upon Her Majesty, we must look at the nature of the rights afforded to Her Majesty by the deemed trust and compare them to the rights ordinarily afforded to an owner. To begin with, it is clear that the statute does not purport to transfer legal title to any property to Her Majesty. Instead, the Crown's argument places considerable weight on the common law meaning of the words "beneficially owned by Her Majesty" and "in trust". Trusts and beneficial ownership are equitable concepts that are part of the common law. As in all cases of statutory interpretation, the meaning of these words is a question of parliamentary intent. In the interpretation of a federal statute that uses concepts of property and civil rights, reference

la Cour à définir de façon exhaustive la nature et le contenu de l'intérêt créé par le par. 227(4.1) de la *LIR* (*Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411, et *First Vancouver*). Il suffit de déterminer si le par. 227(4.1) confère à Sa Majesté un intérêt dans les actifs du débiteur de nature à empêcher un tribunal d'ordonner des charges ayant priorité sur la réclamation de Sa Majesté. La Couronne soutient que c'est ce que fait le par. 227(4.1) en accordant à Sa Majesté un intérêt à titre de propriétaire dans les actifs du débiteur, de sorte que [TRADUCTION] « ces actifs deviennent des biens de la Couronne » (m.a., par. 46). L'argument de la Couronne repose sur le libellé de la disposition. Premièrement, elle affirme que des biens d'une valeur égale au montant réputé détenu en fiducie par une personne sont réputés détenus « séparés des propres biens de la personne ». Deuxièmement, elle affirme que les biens qui sont réputés détenus en fiducie sont réputés « ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne ». Troisièmement, elle fait valoir que les biens qui sont réputés détenus en fiducie « sont des biens dans lesquels Sa Majesté a un droit de bénéficiaire malgré toute autre garantie sur ces biens ». La Couronne soutient qu'en raison de l'intérêt que possède Sa Majesté à titre de propriétaire, les montants assujettis à la fiducie réputée ne peuvent être considérés comme des actifs du débiteur dans le cadre de procédures intentées sous le régime de la *LACC*.

[39] Afin de déterminer si le par. 227(4.1) confère à Sa Majesté un intérêt à titre de propriétaire, il nous faut examiner la nature des droits que la fiducie réputée confère à Sa Majesté et comparer ces droits à ceux habituellement accordés à un propriétaire. D'entrée de jeu, il est évident que la loi ne vise pas à transférer à Sa Majesté le titre en common law de quelque bien que ce soit. Au soutien de sa thèse, la Couronne table beaucoup sur le sens que la common law donne aux termes « biens dans lesquels Sa Majesté a un droit de bénéficiaire » et « en fiducie ». La fiducie et la propriété bénéficiaire sont des concepts d'equity qui font partie de la common law. Comme pour tous les cas d'interprétation des lois, le sens de ces termes dépend de l'intention du législateur. Dans l'interprétation d'une loi fédérale

must be had to ss. 8.1 and 8.2 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21. These sections provide:

8.1 Both the common law and the civil law are equally authoritative and recognized sources of the law of property and civil rights in Canada and, unless otherwise provided by law, if in interpreting an enactment it is necessary to refer to a province's rules, principles or concepts forming part of the law of property and civil rights, reference must be made to the rules, principles and concepts in force in the province at the time the enactment is being applied.

8.2 Unless otherwise provided by law, when an enactment contains both civil law and common law terminology, or terminology that has a different meaning in the civil law and the common law, the civil law terminology or meaning is to be adopted in the Province of Quebec and the common law terminology or meaning is to be adopted in the other provinces.

[40] In other words, where Parliament uses a private law expression and is silent as to its meaning, courts must refer to the applicable provincial private law. This is known as the principle of complementarity. However, as both these sections also make clear, Parliament is free to derogate from provincial private law and create a uniform rule across all provinces (see R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at pp. 158-59).

[41] In this case, Parliament has expressly chosen to dissociate itself from provincial private law. Section 227(4.1) says that it operates “[n]otwithstanding any other provision of this Act, the Bankruptcy and Insolvency Act (except sections 81.1 and 81.2 of that Act), any other enactment of Canada, any enactment of a province or any other law”. In *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond v. Canada*, 2009 SCC 29, [2009] 2 S.C.R. 94, the majority found that, through these words, Parliament has created a standalone scheme of uniform application across all provinces (paras. 11-13). The nature of the deemed trust created by s. 227(4.1) must thus be understood on its own terms.

qui fait appel à des notions de propriété et de droits civils, il faut se référer aux art. 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21. Ces articles sont ainsi libellés :

8.1 Le droit civil et la common law font pareillement autorité et sont tous deux sources de droit en matière de propriété et de droits civils au Canada et, s'il est nécessaire de recourir à des règles, principes ou notions appartenant au domaine de la propriété et des droits civils en vue d'assurer l'application d'un texte dans une province, il faut, sauf règle de droit s'y opposant, avoir recours aux règles, principes et notions en vigueur dans cette province au moment de l'application du texte.

8.2 Sauf règle de droit s'y opposant, est entendu dans un sens compatible avec le système juridique de la province d'application le texte qui emploie à la fois des termes propres au droit civil de la province de Québec et des termes propres à la common law des autres provinces, ou qui emploie des termes qui ont un sens différent dans l'un et l'autre de ces systèmes.

[40] En d'autres termes, lorsque le législateur utilise une expression de droit privé et qu'il n'en précise pas le sens, les tribunaux doivent se référer au droit privé provincial applicable. C'est ce qu'on appelle le principe de complémentarité. Toutefois, comme ces deux articles l'indiquent clairement, il est loisible au législateur de déroger au droit privé provincial et de créer une règle uniforme applicable dans toutes les provinces (voir R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 158-159).

[41] En l'espèce, le législateur a délibérément choisi de se dissocier du droit privé provincial. Le paragraphe 227(4.1) indique qu'il s'applique « [m]algré les autres dispositions de la présente loi, la Loi sur la faillite et l'insolvabilité (sauf ses articles 81.1 et 81.2), tout autre texte législatif fédéral ou provincial ou toute règle de droit ». Dans l'arrêt *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*, 2009 CSC 29, [2009] 2 R.C.S. 94, la majorité a conclu que, par ces termes, le législateur a créé un régime autonome d'application uniforme dans toutes les provinces (par. 11-13). La nature de la fiducie réputée créée par le par. 227(4.1) doit donc être comprise d'après les termes de cette disposition.

[42] With that said, it is also clear that Parliament has chosen to use terms with established legal meanings in constructing the deemed trust. While the meaning of these terms is not to be based on their precise meaning under Alberta common law, it is difficult to attempt to understand s. 227(4.1) without any reference to how these concepts generally operate. Despite the protestations of my colleagues Justices Brown and Rowe, I do not see how we could begin to understand the meaning of the words “deemed trust”, “held in trust” or “beneficially owned” without reference to the civil law or common law. The law of trusts in both civil law and common law thus provides critical context for understanding Parliament’s intent. From a civil law perspective, some courts have found it awkward to apply the idea of beneficial ownership under s. 227(4.1) in Quebec “on the ground that it is a concept that is obviously derived from the common law” (*Canada (Attorney General) v. Caisse populaire d’Amos*, 2004 FCA 92, 324 N.R. 31, at para. 48). I agree with the following observation by Noël J.A. (as he then was):

It is not the task of the judiciary to determine whether it is appropriate for Parliament to use common law concepts in Quebec (or to use civil law concepts elsewhere in Canada) for the purpose of giving effect to federal legislation. The task of the courts is limited to discovering Parliament’s intention and giving effect to it. [para. 49]

[43] Under Quebec civil law, it is clear that s. 227(4.1) does not establish a trust within the meaning of the *Civil Code of Québec* (“C.C.Q.”). Articles 1260 and 1261 C.C.Q. provide the following:

1260. A trust results from an act whereby a person, the settlor, transfers property from his patrimony to another patrimony constituted by him which he appropriates to a particular purpose and which a trustee undertakes, by his acceptance, to hold and administer.

1261. The trust patrimony, consisting of the property transferred in trust, constitutes a patrimony by appropriation, autonomous and distinct from that of the settlor, trustee or beneficiary and in which none of them has any real right.

[42] Cela dit, il est également clair que le législateur a choisi d’employer des termes qui possèdent une signification juridique bien établie pour constituer la fiducie réputée. Bien que le sens de ces termes ne doive pas être fondé sur le sens précis qu’ils ont selon la common law de l’Alberta, on peut difficilement analyser le par. 227(4.1) sans tenir compte de la façon dont ces concepts opèrent généralement. Malgré les protestations de mes collègues les juges Brown et Rowe, je ne vois pas comment l’on pourrait chercher à comprendre le sens des mots « fiducie réputée », « détenus en fiducie » ou « droit de bénéficiaire » sans tenir compte du droit civil ou de la common law. Le droit des fiducies tant en droit civil qu’en common law fournit donc un contexte essentiel pour comprendre la volonté de législateur. Du point de vue du droit civil, certains tribunaux ont trouvé difficile d’appliquer au Québec le concept de « droit de bénéficiaire » énoncé au par. 227(4.1), « au motif qu’il s’agit d’un concept évidemment issu de la common law » (*Canada (Procureur général) c. Caisse populaire d’Amos*, 2004 CAF 92, 324 N.R. 31, par. 48). Je souscris à la remarque suivante du juge Noël (maintenant juge en chef) :

La question de savoir s’il est opportun pour le législateur fédéral d’utiliser au Québec des concepts de common law (ou d’utiliser ailleurs au Canada des concepts de droit civil) pour donner effet aux lois fédérales ne relève pas du pouvoir judiciaire. La tâche des tribunaux se limite à déceler l’intention du législateur et [à] y donner effet. [par. 49]

[43] En droit civil québécois, il est clair que le par. 227(4.1) ne crée pas de fiducie au sens du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. »). Les articles 1260 et 1261 C.c.Q. prévoient ce qui suit :

1260. La fiducie résulte d’un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu’il constitue, des biens qu’il affecte à une fin particulière et qu’un fiduciaire s’oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer.

1261. Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d’affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d’entre eux n’a de droit réel.

As this Court held in *Bank of Nova Scotia v. Thibault*, 2004 SCC 29, [2004] 1 S.C.R. 758, at para. 31, “[t]hree requirements must therefore be met in order for a trust to be constituted [under Quebec civil law]: property must be transferred from an individual’s patrimony to another patrimony by appropriation; the property must be appropriated to a particular purpose; and the trustee must accept the property.”

[44] Under s. 227(4.1) of the *ITA*, however, no specific property is transferred to a trust patrimony. Indeterminacy remains as to which assets are subject to the deemed trust, *ergo*, as to which assets left the settlor’s patrimony and entered the trust’s patrimony. Although s. 227(4.1) provides that the assets are deemed to be held “separate and apart from the property of the person” and “to form no part of the estate or property of the person”, this is not sufficient to constitute an autonomous patrimony such as the one contemplated by the civilian trust regime. It flows from the autonomous nature of the trust patrimony that assets held in trust must be property in which none of the settlor, trustee or beneficiary has any property right. But this runs afoul of the interest created by s. 227(4.1), because nothing in that provision deprives the person whose assets are subject to a deemed trust of property rights in these assets. Therefore, the main element of a civilian trust is absent in the deemed trust established by s. 227(4.1): there is no autonomous patrimony to which specific property is transferred.

[45] Furthermore, under s. 227(4.1), the person whose assets are subject to the deemed trust would act as trustee. Again, this is inconsistent with the definition of a trustee in civil law. The person whose assets are subject to a deemed trust pursuant to s. 227(4.1) does not “undertak[e], by his acceptance, to hold and administer” a trust patrimony (art. 1260 *C.C.Q.*). But most importantly, the fact that assets subject to the deemed trust are indeterminate makes the trustee’s role effectively impossible to play. The *C.C.Q.* provides that the trustee “has the control and the exclusive administration of the trust patrimony” and “acts as the administrator of the property of others charged with full administration” (art. 1278).

Comme l’a statué notre Cour dans *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*, 2004 CSC 29, [2004] 1 R.C.S. 758, par. 31, « [t]rois conditions sont donc nécessaires pour la constitution d’une fiducie [en droit civil québécois] : le transfert de biens du patrimoine d’une personne à un patrimoine d’affectation, l’affectation des biens à une fin particulière et l’acceptation par un fiduciaire. »

[44] Toutefois, selon le par. 227(4.1) de la *LIR*, aucun bien précis n’est transféré au patrimoine fiduciaire. L’incertitude demeure quant aux biens assujettis à la fiducie réputée et, partant, quant aux actifs qui ont quitté le patrimoine du constituant pour entrer dans celui de la fiducie. Bien que le par. 227(4.1) dispose que les biens soient réputés détenus « séparés des propres biens de la personne » et « ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne », cela ne suffit pas pour constituer un patrimoine autonome tel que celui envisagé par le régime civiliste de fiducie. Il découle du caractère autonome du patrimoine fiduciaire que les actifs détenus en fiducie doivent être des biens sur lesquels ni le constituant, ni le fiduciaire, ni le bénéficiaire n’a de droit de propriété. Cela va toutefois à l’encontre de l’intérêt créé en vertu du par. 227(4.1), parce que rien dans cette disposition ne prive la personne dont les actifs sont sujets à une fiducie réputée de droits de propriété sur ces actifs. Par conséquent, on ne retrouve pas l’élément principal d’une fiducie civiliste dans la fiducie réputée créée en application du par. 227(4.1) : il n’existe aucun patrimoine autonome auquel sont transférés des biens précis.

[45] En outre, selon le par. 227(4.1), la personne dont les actifs sont assujettis à la fiducie réputée agirait comme fiduciaire. Là encore, cela ne cadre pas avec la définition d’un fiduciaire en droit civil. La personne dont les actifs sont assujettis à une fiducie réputée en application du par. 227(4.1) ne « s’oblige [pas], par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer » le patrimoine fiduciaire (art. 1260 *C.c.Q.*). Mais plus important encore, le fait que les actifs assujettis à la fiducie réputée sont indéterminés empêche carrément le fiduciaire de jouer son rôle. Aux termes du *C.c.Q.*, celui-ci « a la maîtrise et l’administration exclusive du patrimoine fiduciaire » et « exerce tous les droits afférents au

Thus, the trustee under s. 227(4.1) would be required to administer its own property — or at least an indefinite part of it — in the interest of Her Majesty (art. 1306 *C.C.Q.*). The trustee would be subject to obligations impossible to fulfill, such as the obligation not to mingle the administered property with its own (art. 1313 *C.C.Q.*). Obviously, one cannot act as an administrator of the property of others with respect to one's own property. It is therefore clear that the interest created by s. 227(4.1) has little, if anything, in common with the trust in civil law.

[46] In the common law, a trust arises when legal ownership and beneficial ownership of a particular property are separated (see *Valard Construction Ltd. v. Bird Construction Co.*, 2018 SCC 8, [2018] 1 S.C.R. 224, at para. 18). “Because a trust divides legal and beneficial title to property between a trustee and a beneficiary, respectively, the ‘hallmark’ characteristic of a trust is the fiduciary relationship existing between the trustee and the beneficiary, by which the trustee is to hold the trust property solely for the beneficiary’s enjoyment” (para. 17 (footnote omitted)). As Rothstein J. wrote, because of this fiduciary relationship, “[t]he beneficial owner of property has been described as ‘the real owner of property even though it is in someone else’s name’” (*Pecore v. Pecore*, 2007 SCC 17, [2007] 1 S.C.R. 795, at para. 4, quoting *Csak v. Aumon* (1990), 69 D.L.R. (4th) 567 (Ont. H.C.J.), at p. 570).

[47] While the precise rights given to a beneficial owner may vary according to the terms of the trust and the principles of equity, I agree with the Crown that, where this type of interest exists, it will generally be inappropriate for the supervising judge to order a super-priority charge over the property subject to the interest, although the broad power conferred on the court by s. 11 of the *CCAA* would enable it to do so. Property held in trust cannot be said to belong to the trustee because “in equity, it belongs to another person” (*Henfrey*, at p. 31). However, a close

patrimoine et peut prendre toute mesure propre à en assurer l’affectation » (art. 1278). Ainsi, le fiduciaire visé au par. 227(4.1) serait tenu d’administrer ses propres biens — ou à tout le moins une partie indéterminée de ceux-ci — dans l’intérêt de Sa Majesté (art. 1306 *C.c.Q.*). Le fiduciaire serait assujéti à des obligations impossibles à remplir, comme celle de ne pas confondre les biens administrés avec ses propres biens (art. 1313 *C.c.Q.*). De toute évidence, une personne ne saurait agir en tant qu’administrateur des biens d’autrui à l’égard de ses propres biens. Il est donc clair que l’intérêt créé en vertu du par. 227(4.1) n’a pas grand-chose, sinon rien, en commun avec la fiducie en droit civil.

[46] En common law, une fiducie est constituée lorsque la propriété en common law et la propriété bénéficiaire d’un bien en particulier sont dissociées (voir *Valard Construction Ltd. c. Bird Construction Co.*, 2018 CSC 8, [2018] 1 R.C.S. 224, par. 18). « Étant donné que la fiducie divise le titre de propriété en common law et le titre bénéficiaire sur un bien entre un fiduciaire et un bénéficiaire, respectivement, la caractéristique [TRADUCTION] “distinctive” d’une fiducie réside dans la relation fiduciaire qui existe entre le fiduciaire et le bénéficiaire et suivant laquelle le premier doit détenir les biens en fiducie uniquement pour que le second puisse en jouir » (par. 17 (note en bas de page omise)). Ainsi que le juge Rothstein l’a écrit, du fait de cette relation fiduciaire, « [l]e propriétaire bénéficiaire d’un bien est [TRADUCTION] “le véritable propriétaire du bien même si ce dernier n’est pas à son nom” » (*Pecore c. Pecore*, 2007 CSC 17, [2007] 1 R.C.S. 795, par. 4, citant *Csak c. Aumon* (1990), 69 D.L.R. (4th) 567 (H.C.J. Ont.), p. 570).

[47] Bien que les droits précis conférés au propriétaire bénéficiaire puissent varier selon les modalités de la fiducie et les principes d’equity, je suis d’accord avec la Couronne pour dire que, lorsque la propriété bénéficiaire existe, il n’est généralement pas indiqué que le juge surveillant grève d’une charge super-prioritaire les biens faisant l’objet de l’intérêt, encore que le vaste pouvoir conféré au tribunal par l’art. 11 de la *LACC* lui permettrait de le faire. On ne peut pas dire que les biens détenus en fiducie appartiennent au fiduciaire parce qu’« en equity, ils appartiennent

examination of the nature of the interest created by s. 227(4.1) of the *ITA* reveals that it does not create this type of interest because “[t]he employer is not actually required to hold the money separate and apart, the usual fiduciary obligations of a trustee are absent, and the trust exists without a *res*. The law of tracing is similarly corrupted” (R. J. Wood and R. T. G. Reeson, “The Continuing Saga of the Statutory Deemed Trust: *Royal Bank v. Tuxedo Transportation Ltd.*” (2000), 15 *B.F.L.R.* 515, at p. 532). In other words, the key attributes that allow the common law to refer to beneficial ownership as being a proprietary interest are missing.

[48] According to the common law understanding of a trust, the legal owner or trustee owes a fiduciary duty to the equitable owner or beneficiary. The fiduciary relationship impresses the office of trustee with three fundamental duties: the trustee must act honestly and with reasonable skill and prudence, the trustee cannot delegate the office, and the trustee cannot personally profit from its dealings with the trust property or its beneficiaries (see *Valard*, at para. 17). This severely restricts what the trustee may do with trust property and creates a relationship significantly different from the one between a debtor and a creditor. For instance, while a debtor may attempt to reduce its debt or reach a compromise, a trustee cannot, since it must always act in the best interest of the beneficiary and cannot consider its own interests. Similarly, while a debtor is liable to a creditor until the debt is repaid, a trustee is not liable to a beneficial owner where property is lost, unless it was lost through a breach of the standard of care owed (see E. E. Gillese, *The Law of Trusts* (3rd ed. 2014), at p. 14). In the case of the deemed trust, however, Parliament did not create such a fiduciary relationship. Parliament expressly contemplated a potential compromise between Her Majesty and the debtor in s. 6(3) of the *CCAA*. In addition, the terms of the *ITA* do not require that the debtor actually keep the property subject to the deemed trust separate and use it solely for the benefit of Her Majesty. In fact, Her Majesty does not enjoy the benefit of Her interest in the property while the property is held by

à une autre personne » (*Henfrey*, p. 31). Toutefois, un examen attentif de la nature de l’intérêt créé par le par. 227(4.1) de la *LIR* révèle que ce dernier ne crée pas de propriété bénéficiaire parce que [TRANSDUCTION] « [l]’employeur n’est pas réellement tenu de détenir l’argent séparément, les obligations fiduciaires habituelles d’un fiduciaire sont absentes et la fiducie n’est associée à aucun bien spécifique. Le droit de retraçage s’en trouve lui aussi vicié » (R. J. Wood et R. T. G. Reeson, « The Continuing Saga of the Statutory Deemed Trust : *Royal Bank v. Tuxedo Transportation Ltd.* » (2000), 15 *B.F.L.R.* 515, p. 532). En d’autres termes, on ne retrouve pas les caractéristiques essentielles qui permettent en common law de qualifier la propriété bénéficiaire d’intérêt à titre de propriétaire.

[48] Selon la conception que l’on se fait de la fiducie en common law, le propriétaire en common law ou le fiduciaire a une obligation fiduciaire envers le propriétaire en equity ou envers le propriétaire bénéficiaire. La relation fiduciaire attribue à la charge de fiduciaire trois devoirs fondamentaux : le fiduciaire doit agir honnêtement et de façon habile et prudente; le fiduciaire ne peut déléguer sa charge à autrui et le fiduciaire ne peut tirer un avantage personnel des opérations qu’il mène à l’égard des biens de la fiducie ou de ses rapports avec ses bénéficiaires (voir *Valard*, par. 17). Cela limite considérablement la marge de manœuvre du fiduciaire à l’égard des biens visés par la fiducie et crée une relation très différente de celle qui existe entre un débiteur et un créancier. Par exemple, si un débiteur peut chercher à réduire sa dette ou à trouver un compromis, un fiduciaire doit toujours agir dans l’intérêt supérieur du bénéficiaire et ne peut tenir compte de ses propres intérêts. De même, alors que le débiteur est redevable envers le créancier tant qu’il n’a pas remboursé sa dette, le fiduciaire n’est pas redevable envers le propriétaire bénéficiaire en cas de perte des biens, à moins que cette perte ne soit attribuable à l’inobservation de la norme de diligence à laquelle il était tenu (voir E. E. Gillese, *The Law of Trusts* (3^e éd. 2014), p. 14). Dans le cas de la fiducie réputée, cependant, le législateur n’a pas créé une telle relation fiduciaire. Il a explicitement envisagé un compromis potentiel entre Sa Majesté et le débiteur au par. 6(3) de la *LACC*. En outre, le libellé de la *LIR* n’oblige pas le débiteur à

the debtor. Instead, Parliament contemplated that the debtor would continue to use and dispose of the property subject to the trust for its own business purposes (see *First Vancouver*, at paras. 42-46).

[49] Another core attribute of beneficial ownership is certainty as to the property that is subject to the trust (see Gillese, at p. 39). Many deemed trusts fail to provide for certainty of subject matter. For instance, in *Henfrey*, the Court considered the deemed trust created by the British Columbia *Social Service Tax Act*, R.S.B.C. 1979, c. 388. Like s. 227(4.1) of the *ITA*, the *Social Service Tax Act* provided that tax collected but not remitted was deemed to be held in trust for Her Majesty. It further provided that unremitted amounts were deemed to be held separate and apart from and form no part of the assets or estate of the tax collector. While McLachlin J. found that the property was identifiable at the time the tax was collected, she noted that “[t]he difficulty in this, as in most cases, is that trust property soon ceases to be identifiable. The tax money is mingled” (p. 34). Therefore, she concluded that there was no trust under general principles of equity. The legislature’s attempt to resolve this problem by deeming the amounts to be separate from and form no part of the tax debtor’s property was merely a tacit acknowledgment that “the reality is that after conversion the statutory trust bears little resemblance to a true trust. There is no property which can be regarded as being impressed with a trust” (p. 34).

[50] In *First Vancouver*, this Court examined the nature of the interest created by s. 227(4.1) of the *ITA*. Writing for the Court, Iacobucci J. held that this provision creates a charge which “is in principle similar to a floating charge over all the assets of the tax debtor in the amount of the default” (para. 40). He concluded that Parliament specifically intended to create a charge with fluidity, a charge that could

scinder effectivement les biens assujettis à la fiducie réputée et à les utiliser uniquement au profit de Sa Majesté. En fait, Sa Majesté ne bénéficie pas de l’intérêt qu’elle possède dans le bien tant que celui-ci est détenu par le débiteur. Le législateur a plutôt envisagé que le débiteur continuerait à utiliser et à aliéner les biens assujettis à la fiducie à ses propres fins commerciales (voir *First Vancouver*, par. 42-46).

[49] Une autre caractéristique essentielle de la propriété bénéficiaire est la certitude quant aux biens assujettis à la fiducie (voir Gillese, p. 39). Bon nombre de fiducies réputées ne satisfont pas au critère de la certitude quant à l’objet. Par exemple, dans l’affaire *Henfrey*, la Cour examinait une fiducie réputée créée en vertu de la *Social Service Tax Act*, R.S.B.C. 1979, c. 388, de la Colombie-Britannique. À l’instar du par. 227(4.1) de la *LIR*, la *Social Service Tax Act* prévoyait que l’impôt perçu, mais non versé, était réputé détenu en fiducie pour Sa Majesté. Elle prévoyait également que les montants non versés étaient réputés détenus séparément et ne pas faire partie du patrimoine ou des biens du percepteur d’impôt. Bien que la juge McLachlin ait conclu que le bien en fiducie était identifiable au moment de la perception de la taxe, elle a souligné que « [l]a difficulté que présente l’espèce, qui est la même que dans la plupart des autres cas, vient de ce que le bien en fiducie cesse bientôt d’être identifiable. Le montant de la taxe est confondu avec d’autres sommes » (p. 34). Elle a donc conclu qu’il n’y avait pas de fiducie selon les principes généraux de l’équité. La tentative de la législature de résoudre ce problème en déclarant que ce montant serait réputé détenu séparément du patrimoine du débiteur fiscal n’était qu’une reconnaissance tacite du fait qu’« en réalité, après l’affectation de la somme, la fiducie légale ressemble peu à une fiducie véritable. Il n’y a pas de bien qu’on puisse considérer comme sujet à la fiducie » (p. 34).

[50] Dans l’affaire *First Vancouver*, notre Cour s’est penchée sur la nature de l’intérêt créé par le par. 227(4.1) de la *LIR*. S’exprimant au nom de la Cour, le juge Iacobucci a conclu que cette disposition crée une charge « s’apparentant, sur le plan des principes, à une charge flottante grevant, jusqu’à concurrence du montant en souffrance, l’ensemble des éléments d’actif du débiteur fiscal » (par. 40). Il

readily float over all of the debtor's assets rather than attach to a particular one (para. 33). Parliament's intention was to capture any property that comes into the possession of the tax debtor whilst simultaneously allowing any asset to be alienated and the proceeds of disposition to be captured (para. 5).

[51] This lack of certainty as to the subject matter of the trust is even starker in the present case than in *Henfrey* or in *Sparrow Electric*, where there was certainty as to the assets until they were mingled. Section 227(4.1) purports to bring all assets owned by the debtor within its reach. Despite the wording of the section, this interest — one of the same nature as a “floating charge” — has no particular property to which it attaches. Without certainty of subject matter, equity cannot know which property the debtor has a fiduciary obligation to maintain in the beneficiary's interest and thus “[t]he notion of a trust without a *res* simply cannot be made sensible or coherent” (Wood and Reeson, at pp. 532-33 (footnote omitted); see also *Sparrow Electric*, at para. 31).

[52] Parliament's decision to avoid certainty of subject matter was an intentional modification to the deemed trust following this Court's decision in *Dauphin Plains Credit Union Ltd. v. Xyloid Industries Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 1182. In *Dauphin Plains*, the Court refused to enforce Her Majesty's claim because the Crown had failed to establish that the moneys purported to be deducted actually existed or were kept in such a way as to be traceable (p. 1197). Traceability is another key aspect of a beneficial interest, since it allows the beneficial owner to enjoy the benefits of ownership, such as income from the property. It also ensures that the beneficial owner is responsible for the costs of ownership. By choosing not to attach Her Majesty's claim to any particular asset, Parliament has protected Her Majesty from the risks associated with asset ownership, including damage, depreciation and loss. I agree with Gonthier J., who, speaking of the predecessor to s. 227(4.1) (albeit in dissent), said

a conclu que le législateur souhaitait expressément créer une charge qui se caractériserait par une certaine fluidité et qui grèverait d'emblée la totalité des biens du débiteur plutôt qu'un bien en particulier (par. 33). L'intention du législateur était de viser tout bien se retrouvant en la possession du débiteur fiscal tout en permettant à ce dernier de se départir de tout bien et d'assujettir à la fiducie réputée le produit de la disposition de ce bien (par. 5).

[51] Cette incertitude quant à l'objet de la fiducie est encore plus frappante en l'espèce que dans l'affaire *Henfrey* ou dans l'affaire *Sparrow Electric*, où il y avait certitude quant aux biens jusqu'au moment où ils avaient été confondus avec d'autres biens. Le paragraphe 227(4.1) a vocation de faire entrer dans son champ d'application tous les biens appartenant au débiteur. Malgré le libellé de la disposition, cet intérêt — qui participe de la nature d'une « charge flottante » — n'est associé à aucun bien spécifique. Sans certitude quant à l'objet, l'equity ne peut savoir sur quels biens porte l'obligation fiduciaire du débiteur stipulée au profit du bénéficiaire, de sorte qu'on [TRADUCTION] « ne peut tout simplement pas justifier l'idée d'une fiducie qui n'est associée à aucun bien précis » (Wood et Reeson, p. 532-533 (note en bas de page omise); voir aussi *Sparrow Electric*, par. 31).

[52] La décision du législateur de dispenser de l'obligation de démontrer la certitude quant à l'objet est une modification intentionnelle qu'il a apportée à la fiducie réputée à la suite de la décision rendue par notre Cour dans *Dauphin Plains Credit Union Ltd. c. Xyloid Industries Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 1182. Dans l'arrêt *Dauphin Plains*, la Cour a refusé de rendre exécutoire la réclamation de Sa Majesté parce que la Couronne n'avait pas établi que les sommes censées être retenues existaient bel et bien ou qu'elles avaient été conservées de façon à pouvoir être retracées (p. 1197). La possibilité de retracer l'origine des biens est un autre aspect essentiel de l'intérêt bénéficiaire puisqu'elle permet au propriétaire bénéficiaire de profiter des avantages de la propriété, comme les revenus tirés du bien. Elle garantit également que le propriétaire bénéficiaire est responsable des coûts de la propriété. En décidant de n'associer la créance de Sa Majesté à aucun bien en particulier, le législateur a protégé Sa Majesté des risques que comporte la

that “this subsection is antithetical to tracing in the traditional sense, to the extent that it requires no link at all between the subject matter of the trust and the fund or asset which the subject matter is being traced into” (*Sparrow Electric*, at para. 37). Had Parliament wanted to confer a beneficial ownership interest upon Her Majesty, it would have had to impose these associated risks as well.

[53] For the same reason as in *Henfrey*, the statement that property is deemed to be removed from the debtor’s estate is equally ineffective at preventing a judge from ordering super priorities over the debtor’s property. Because the deemed trust does not attach to specific property and the debtor remains free to alienate any of its assets, no property is actually removed from the debtor’s estate.

[54] This interpretation is supported by the existence of s. 227(4.2) of the *ITA*, which specifically anticipates other interests taking priority over the deemed trust (something that would be impossible if there were an ownership interest). It states that “[f]or the purposes of subsections 227(4) and 227(4.1), a security interest does not include a prescribed security interest”. In the *Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945, s. 2201(1), the Governor in Council has defined “prescribed security interest” as a registered mortgage “that encumbers land or a building, where the mortgage is registered . . . before the time the amount is deemed to be held in trust by the person”. Therefore, in certain situations, mortgage holders take priority over Her Majesty.

[55] I reiterate that, without specific property to attach to, there can be no trust. The fact that s. 227(4.1) specifically anticipates that the character of assets will change over time and automatically releases any assets that the debtor chooses to alienate from the deemed trust means that Parliament had in mind something different from beneficial ownership in the

propriété d’un bien, y compris l’endommagement, la dépréciation et la perte. Je suis d’accord avec le juge Gonthier, qui (même s’il était dissident), déclarait au sujet du prédécesseur du par. 227(4.1) : « . . . ce paragraphe est à l’opposé du sens traditionnel du mot “retracer”, dans la mesure où il ne nécessite aucun lien entre l’objet de la fiducie et le fonds ou l’actif auquel on rattache cet objet . . . » (*Sparrow Electric*, par. 37). Mais, si le législateur avait voulu conférer un intérêt de propriété bénéficiaire à Sa Majesté, il lui aurait fallu aussi faire supporter à cette dernière les risques qui y sont associés.

[53] Pour la même raison que dans l’affaire *Henfrey*, l’énoncé selon lequel des biens sont réputés soustraits au patrimoine du débiteur est tout aussi inefficace pour empêcher un juge de grever les biens du débiteur de charges super prioritaires. Puisque la fiducie réputée n’est associée à aucun bien spécifique, et que le débiteur reste libre d’aliéner n’importe lequel de ses biens, aucun bien n’est soustrait en fait de son patrimoine.

[54] Cette interprétation est appuyée par l’existence du par. 227(4.2) de la *LIR*, qui prévoit expressément que d’autres intérêts prennent rang devant la fiducie réputée (ce qui serait impossible s’il existait un intérêt à titre de propriétaire). Il dispose que « [p]our l’application des paragraphes (4) et (4.1), n’est pas une garantie celle qui est visée par règlement ». Dans le *Règlement de l’impôt sur le revenu*, C.R.C., c. 945, par. 2201(1), le gouverneur en conseil a défini comme suit la garantie visée par règlement : « . . . hypothèque garantissant l’exécution d’une obligation de la personne qui greve un fonds de terre ou un bâtiment, à condition que l’hypothèque soit enregistrée [. . .] avant le moment où la personne est réputée détenir le montant en fiducie ». Par conséquent, dans certaines situations, les créanciers hypothécaires ont priorité sur Sa Majesté.

[55] Je répète qu’il ne peut y avoir de fiducie si aucun bien précis n’y est associé. Le fait que le par. 227(4.1) prévoit expressément que la nature des biens change avec le temps, et ce, indépendamment des biens que le débiteur choisit de soustraire à la fiducie réputée, démontre que le législateur avait autre chose en tête que la propriété bénéficiaire au sens où

common law sense of the word. I tend to agree with Noël J.A.’s assessment of s. 227(4.1): “The deemed trust mechanism, whether applied in Quebec or elsewhere, effectively creates in favour of the Crown a security interest . . .” (*Caisse populaire d’Amos*, at para. 46).

[56] Other scholars agree that s. 227(4.1) “merely secures payment or performance of an obligation” (R. J. Wood, “Irresistible Force Meets Immovable Object: *Canada v. Canada North Group Inc.*” (2020), 63 *Can. Bus. L.J.* 85, at p. 95; see also A. Duggan and J. Ziegel, “Justice Iacobucci and the Canadian Law of Deemed Trusts and Chattel Security” (2007), 57 *U.T.L.J.* 227, at pp. 245-46). Wood and Reeson reach the particularly damning conclusion that “[t]he concept of a trust is used in the legislation, but in virtually every respect the characteristics of a trust are lacking” and thus “the use of inappropriate legal concepts” has led to the creation of a “statutory provision [that] is deeply flawed” (pp. 531-32). They “suspec[t] that the intention of the drafters was that Revenue Canada should obtain a charge on all the assets of the debtor”, and they state that “the statutory deemed trust is nothing more than a legislative mechanism that is intended to create a non-consensual security interest in the assets of the employer” (p. 533).

[57] Nonetheless, for our purposes it is not necessary to conclusively determine whether the interest created by s. 227(4.1) should be characterized as a security interest. What is clear is that s. 227(4.1) does not create a beneficial interest that can be considered a proprietary interest. Like the deemed trust at issue in *Henfrey*, it “does not give [the Crown] the same property interest a common law trust would” (p. 35). Without attaching to specific property, creating the usual right to the enjoyment of property or the fiduciary obligations of a trustee, the interest created by s. 227(4.1) lacks the qualities that allow a court to refer to a beneficiary as a beneficial owner. Therefore, I do not accept the Crown’s argument that Her Majesty has a proprietary interest in a debtor’s property that is adequate to prevent the exercise of a

l’entend la common law. Je suis portée à souscrire à l’avis du juge Noël sur le par. 227(4.1) : « Le mécanisme de la fiducie réputée, qu’il soit appliqué au Québec ou ailleurs, a comme effet de créer en faveur de la Couronne une garantie . . . » (*Caisse populaire d’Amos*, par. 46).

[56] D’autres universitaires sont d’accord pour dire que le par. 227(4.1) [TRADUCTION] « garantit simplement le paiement ou l’exécution d’une obligation » (R. J. Wood, « Irresistible Force Meets Immovable Object : *Canada v. Canada North Group Inc.* » (2020), 63 *Rev. can. dr. comm.* 85, p. 95; voir aussi A. Duggan et J. Ziegel, « Justice Iacobucci and the Canadian Law of Deemed Trusts and Chattel Security » (2007), 57 *U.T.L.J.* 227, p. 245-246). Wood et Reeson en arrivent à la conclusion particulièrement accablante que [TRADUCTION] « [l]a loi utilise le concept de fiducie, mais à presque tous les égards, les caractéristiques de la fiducie sont absentes », de sorte que « le recours à des concepts juridiques inadaptés » a mené à la création d’une « disposition législative profondément déficiente » (p. 531-532). Ils [TRADUCTION] « soupçonne[nt] que l’intention des rédacteurs était que Revenu Canada se voit conférer une charge grevant l’ensemble du patrimoine du débiteur », et ajoutent que « la fiducie réputée créée par la loi n’est rien de plus qu’un mécanisme législatif visant à créer une garantie non consensuelle grevant les biens de l’employeur » (p. 533).

[57] Néanmoins, pour nos besoins, il n’est pas nécessaire de trancher de façon définitive la question de savoir si l’intérêt créé par le par. 227(4.1) doit être qualifié de garantie. Ce qui est clair, en revanche, c’est que le par. 227(4.1) ne crée pas un droit de bénéficiaire qui peut être considéré comme un intérêt à titre de propriétaire. À l’instar de la fiducie réputée dont il était question dans l’affaire *Henfrey*, le par. 227(4.1) « ne confère pas [à la Couronne] le même droit de propriété qu’une fiducie de *common law* » (p. 35-36). N’étant associé à aucun bien précis, ce qui conférerait à son titulaire le droit habituel à la jouissance du bien ou imposerait les obligations d’un fiduciaire, l’intérêt créé par le par. 227(4.1) ne possède pas les attributs qui permettent à un tribunal de qualifier le bénéficiaire de propriétaire bénéficiaire.

supervising judge’s discretion to order super-priority charges under s. 11 of the *CCAA* or any of the sections that follow it.

(2) Does Section 227(4.1) of the *ITA* Create a Super Priority That Conflicts With a Court-Ordered Super-Priority Charge?

[58] The Crown also refers to the part of s. 227(4.1) which states that the Receiver General shall be paid the proceeds of a debtor’s property “in priority to all such security interests”, as defined in s. 224(1.3). In the Crown’s view, court-ordered super-priority charges under s. 11 of the *CCAA* or any of the sections that follow it are security interests within the meaning of s. 224(1.3) and therefore Her Majesty’s interest has priority over them.

[59] My colleagues Justices Brown and Rowe point to the legislative history of s. 227(4.1) as evidence that Parliament intended Her Majesty’s deemed trust to have “absolute priority” over all other security interests (para. 201). In particular, they rely upon Justice Iacobucci’s comment in *Sparrow Electric* that “it is open to Parliament to step in and assign absolute priority to the deemed trust” by using the words “shall be paid to the Receiver General in priority to any such security interest” (para. 202, citing *Sparrow Electric*, at para. 112). They further rely upon the press release accompanying the amendments, which stated that the deemed trust was to have absolute priority.

[60] With respect, I disagree with this reasoning. *Sparrow Electric* dealt with a type of interest very different from the one before us now. In *Sparrow Electric*, this Court held that a fixed and specific charge over the tax debtor’s inventory had priority over Her Majesty’s deemed trust created by the *ITA*. Thus the purpose of the amendments was to “clarify that the deemed trusts for unremitted source

Par conséquent, je n’accepte pas l’argument de la Couronne selon lequel Sa Majesté a un intérêt à titre de propriétaire dans les biens du débiteur qui suffit à empêcher le juge surveillant d’ordonner des charges super prioritaires en vertu du pouvoir discrétionnaire que lui confère l’art. 11 de la *LACC* ou l’un ou l’autre des articles qui le suivent.

(2) Le paragraphe 227(4.1) de la *LIR* crée-t-il une super priorité qui entre en conflit avec une charge super prioritaire d’origine judiciaire?

[58] La Couronne s’appuie également sur la partie du par. 227(4.1) suivant laquelle le receveur général reçoit le produit découlant des biens du débiteur « par priorité sur une telle garantie », au sens du par. 224(1.3). De l’avis de la Couronne, les charges super prioritaires ordonnées par le tribunal en vertu de l’art. 11 de la *LACC* ou de l’un ou l’autre des articles qui le suivent sont des garanties au sens du par. 224(1.3) et, partant, l’intérêt de Sa Majesté a priorité sur elles.

[59] Mes collègues les juges Brown et Rowe invoquent l’historique législatif du par. 227(4.1) comme preuve que le législateur voulait que la fiducie réputée de Sa Majesté ait une « priorité absolue » sur toutes les autres garanties (par. 201). Ils s’appuient en particulier sur le commentaire du juge Iacobucci dans l’arrêt *Sparrow Electric* selon lequel « il est loisible au législateur d’intervenir et d’accorder la priorité absolue à la fiducie réputée » en employant les mots « doi[vent] être payée[s] au receveur général par priorité sur toute autre garantie au titre de ce[s] somme[s] » (par. 202, citant *Sparrow Electric*, par. 112). Ils s’appuient également sur le communiqué de presse accompagnant les modifications qui indiquait que la fiducie réputée devait avoir priorité absolue.

[60] Avec égards, je ne suis pas d’accord avec ce raisonnement. L’affaire *Sparrow Electric* portait sur un type d’intérêt très différent de celui dont nous avons à traiter aujourd’hui. Dans l’arrêt *Sparrow Electric*, notre Cour a jugé qu’une charge fixe et spécifique grevant les stocks du débiteur fiscal avait priorité sur la fiducie réputée que la *LIR* constitue en faveur de Sa Majesté. Les modifications cherchaient

deductions and GST apply whether or not other security interests have been granted in respect of the inventory or trade receivables of a business” (Department of Finance Canada, *Unremitted Source Deductions and Unpaid GST* (April 7, 1997), at p. 2). If Parliament had intended that the deemed trust have absolute priority, it would not have enacted s. 227(4.2) at the same time. As noted above, s. 227(4.2) provides that “a security interest does not include a prescribed security interest”, and thus specifically envisions that the deemed trust will not have absolute priority. In my view, by using the words “in priority to all such security interests” in s. 227(4.1), Parliament intended that the priority be absolute not over all possible interests, but only over security interests as defined in s. 224(1.3). What must therefore be determined is whether a court-ordered super-priority charge under the *CCAA* falls within that definition.

[61] Section 224(1.3) reads as follows:

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

[62] This definition is expansive. However, the list of illustrative security interests makes it clear that a super-priority charge created under the *CCAA* cannot fall within its meaning. Court-ordered super-priority charges are utterly different from any of the interests listed. These super-priority charges are granted, not for the sole benefit of the holder of the charge, but to facilitate restructuring in furtherance of the interests of all stakeholders. In this way, they benefit the creditors as a group. The fact that Parliament chose to provide a list of examples whose nature is so unlike that of a court-ordered super-priority charge demonstrates that it must have had a very different type of interest in mind when drafting s. 224(1.3). I

donc à « préciser que les fiducies [réputées] relatives aux retenues à la source non versées et à la TPS impayée s’appliquent indépendamment du fait que d’autres garanties aient été consenties à l’égard des stocks ou des comptes clients d’une entreprise » (Ministère des Finances du Canada, *Retenues à la source non versées et TPS impayée* (7 avril 1997), p. 2). Si le législateur avait voulu que la fiducie réputée ait priorité absolue, il n’aurait pas adopté simultanément le par. 227(4.2). Comme je l’ai mentionné plus haut, le par. 227(4.2) prévoit que « n’est pas une garantie celle qui est visée par règlement », et il envisage donc expressément que la fiducie réputée ne bénéficie pas d’une priorité absolue. À mon avis, en utilisant les mots « par priorité sur une telle garantie » au par. 227(4.1), le législateur voulait que la priorité soit absolue non pas sur toutes les garanties possibles, mais seulement sur les garanties au sens où on l’entend au par. 224(1.3). Il faut donc déterminer si une charge super prioritaire ordonnée par le tribunal en vertu de la *LACC* répond à cette définition.

[61] Voici la version anglaise du par. 224(1.3) :

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

[62] Cette définition est large. Il ressort toutefois de la liste d’exemples de garanties qu’une charge super prioritaire créée en vertu de la *LACC* n’y répond pas. Les charges super prioritaires d’origine judiciaire sont radicalement différentes de n’importe quel des intérêts énumérés. Ces charges super prioritaires sont constituées non pas au seul bénéfice de leur détenteur, mais pour faciliter la restructuration dans l’intérêt de toutes les parties prenantes. Elles bénéficient ainsi à l’ensemble des créanciers. Le fait que le législateur a choisi de dresser une liste d’exemples de nature tellement différente d’une charge super prioritaire démontre qu’il avait sûrement à l’esprit une garantie fort différente au moment où il a rédigé

could not agree more with Professor Wood about the limited class of interests that Parliament had in mind:

[Court-ordered super-priority charges] are fundamentally different in nature from security interests that arise by way of agreement between the parties and from non-consensual security interests that arise by operation of law. Court-ordered charges are unlike conventional consensual and non-consensual security interests in that they are integrally connected to insolvency proceedings that operate for the benefit of the creditors as a group. Given the fundamentally different character of court-ordered charges, it would be reasonable to expect that they would be specifically mentioned in the ITA definition of a security interest if they were to be included. [Emphasis added; p. 98.]

[63] My colleagues Brown and Rowe JJ. allege that this interpretation of s. 224(1.3) is contrary to our Court’s decision in *Caisse populaire Desjardins de l’Est de Drummond*, where Rothstein J. wrote that the provided examples “do not diminish the broad scope of the words ‘any interest in property’ (para. 15; see also para. 14). With respect, I disagree with my colleagues. As Justice Rothstein explained at para. 40, his comments were made in response to the argument that the list of examples of security interests was exhaustive. I agree with him that the list of examples provided is not exhaustive. However, the examples remain illustrative of the types of interests that Parliament had in mind and are clearly united by a common theme or class because Parliament employed a compound “means . . . and includes” structure to establish its definition: “*security interest means any interest in, or for civil law any right in, property that secures payment or performance of an obligation and includes . . .*”. In my view, this structure evidences Parliament’s intent that the list have limiting effect, such that only the instruments enumerated and instruments that are similar in nature fall within the definition. The critical difference between the listed security interests and super-priority charges ordered under s. 11 of the CCAA or any of the sections that follow it explains both why the latter are excluded from the list of specific instruments and why there can be no suggestion that they may be included in the broader term “encumbrance” at

le par. 224(1.3). Je suis tout à fait d’accord avec le professeur Wood au sujet du nombre limité de garanties qu’avait en tête le législateur :

[TRADUCTION] [Les charges super prioritaires d’origine judiciaire] sont d’une nature radicalement différente de celle des garanties résultant de l’accord intervenu entre les parties ou des garanties non consensuelles découlant de l’application de la loi. Elles se distinguent des garanties consensuelles et non consensuelles classiques en ce qu’elles sont intimement liées aux procédures d’insolvabilité qui se déroulent au profit de l’ensemble des créanciers. Étant donné le caractère radicalement différent des charges d’origine judiciaire, il serait raisonnable de s’attendre à ce qu’elles soient expressément mentionnées dans la définition de « garantie » qui figure dans la LIR si elles devaient en faire partie. [Je souligne; p. 98.]

[63] Mes collègues les juges Brown et Rowe soutiennent que l’interprétation exposée ci-dessus du par. 224(1.3) va à l’encontre de l’arrêt *Caisse populaire Desjardins de l’Est de Drummond* de notre Cour, où le juge Rothstein a écrit que les exemples donnés « n’[ont] pas pour effet de limiter la portée générale de l’expression “[d]roit sur un bien” » (par. 15; voir aussi par. 14). Avec égards, je ne suis pas d’accord avec mes collègues. Comme l’a expliqué le juge Rothstein au par. 40, il a fait ses commentaires en réponse à l’argument selon lequel la liste des exemples de garanties était exhaustive. Je conviens avec lui que la liste des exemples fournis ne l’était pas. Cependant, les exemples illustrent toujours les types de garantie qu’avait à l’esprit le législateur et celles-ci sont clairement unies par une catégorie ou un thème commun parce que, dans la version anglaise du texte de loi, le législateur a structuré sa définition autour des termes « *means [. . .] and includes* » : « *security interest means any interest in, or for civil law any right in, property that secures payment or performance of an obligation and includes . . .* » À mon avis, cette formulation témoigne de l’intention du législateur de restreindre la portée de l’énumération, si bien que seuls les instruments énumérés ou les instruments de nature similaire répondent à la définition. La différence essentielle entre les garanties énumérées et les charges super prioritaires constituées en vertu de l’art. 11 de la LACC ou de l’un ou l’autre des articles qui le suivent explique

the end of that list. The *ejusdem generis* principle supports this position by limiting the generality of the final words on the basis of the narrow enumeration that precedes them (*National Bank of Greece (Canada) v. Katsikonouris*, [1990] 2 S.C.R. 1029, at p. 1040). All of the other instruments arise by agreement or by operation of law. Therefore, court-ordered super-priority charges under s. 11 or any of the sections that follow it are different in kind from anything on the list.

[64] Using the list of specific examples to ascertain Parliament's intent in this case is also consistent with the presumption against tautology. In *McDiarmid Lumber Ltd. v. God's Lake First Nation*, 2006 SCC 58, [2006] 2 S.C.R. 846, McLachlin C.J. defined this presumption in the following way:

It is presumed that the legislature avoids superfluous or meaningless words, that it does not pointlessly repeat itself or speak in vain: Sullivan, at p. 158. Thus, “[e]very word in a statute is presumed to make sense and to have a specific role to play in advancing the legislative purpose” (p. 158). This principle is often invoked by courts to resolve ambiguity or to determine the scope of general words.

(Para. 36, quoting R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at p. 158; see also *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715, at para. 45.)

[65] The *ITA* contains two definitions of “security interest”, in s. 224(1.3) and s. 18(5). For the purposes of computing taxpayer income, Parliament chose to define “security interest” in s. 18(5) in nearly the same manner as in s. 224(1.3), but without listing the ten specific security instruments: “*security interest*, in respect of a property, means an interest in, or for civil law a right in, the property that secures payment of an obligation”. The presumption

à la fois leur exclusion de la liste des instruments spécifiques et le fait qu’elles ne sauraient être visées par la définition plus large du terme « charge » à la fin de cette liste. La règle *ejusdem generis* appuie cette position en limitant la portée générale des derniers termes sur la base de l’énumération des exemples précis qui les précède (*Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029, p. 1040). Tous les autres instruments sont le résultat d’un accord ou de l’application de la loi. Par conséquent, les charges super prioritaires ordonnées par un tribunal en vertu de l’art. 11 ou de l’un ou l’autre des articles qui le suivent sont d’un type différent de toutes les garanties figurant dans l’énumération.

[64] Recourir à la liste d’exemples précis pour établir l’intention du législateur en l’espèce s’accorde aussi avec la présomption d’absence de tautologie. Dans l’arrêt *McDiarmid Lumber Ltd. c. Première Nation de God’s Lake*, 2006 CSC 58, [2006] 2 R.C.S. 846, la juge en chef McLachlin définit ainsi cette présomption :

Le législateur est présumé ne pas utiliser de mots superflus ou dénués de sens, ne pas se répéter inutilement ni s’exprimer en vain : Sullivan, p. 158. Partant, [TRADUCTION] « [c]haque mot d’une loi est présumé avoir un sens et jouer un rôle précis dans la réalisation de l’objectif du législateur » (p. 158). Les tribunaux recourent souvent à ce principe pour résoudre une ambiguïté ou déterminer la portée d’un terme général.

(Par. 36, citant R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4^e éd. 2002), p. 158; voir aussi *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715, par. 45.)

[65] On retrouve dans la *LIR* deux définitions du terme « garantie », au par. 224(1.3) et au par. 18(5). Pour les besoins du calcul des revenus des contribuables, le législateur a choisi de définir au par. 18(5) le mot « garantie » d’une manière presque identique qu’au par. 224(1.3), sans toutefois énumérer les dix mêmes instruments de garantie spécifiques : « *garantie* Est une garantie relative à un bien tout intérêt ou, pour l’application du droit civil, tout droit sur le bien

against tautology means that we must presume that Parliament included the specific additional words in s. 224(1.3) because they “have a specific role to play in advancing the legislative purpose” (*Placer Dome*, at para. 45, quoting R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 159). Applying the presumption against tautology demonstrates that Parliament intended interpretive weight to be placed on the examples.

[66] To come back to *Caisse populaire Desjardins de l’Est de Drummond*, I agree with Rothstein J. that the definition of “security interest” in s. 224(1.3) of the *ITA* is expansive such that it “does not require that the agreement between the creditor and debtor take any particular form” (para. 15). However, I am of the view that there is a key restriction in this expansive definition. The definition focuses on interests created either by consensual agreement or by operation of law, and these types of interests are usually designed to protect the rights of a single creditor, usually to the detriment of other creditors. In that case, the Court was considering whether a right to compensation conferred on a single creditor by a contract entered into between that creditor and the debtor was a security interest within the meaning of s. 224(1.3). The situation at issue in that case was completely different than the one at issue in the present case. Indeed, in the present case, the interest of the participants in the restructuring is created by a court order, not by an agreement or by operation of law. As I have said above, when a judge orders a super-priority charge in *CCAA* proceedings, it is quite a different type of interest as the *CCAA* restructuring process benefits all creditors and not one in particular.

[67] Finally, if Parliament had wanted to include court-ordered super-priority charges in the definition of “security interest”, it would have said so specifically. Parliament must be taken to have legislated with the operation of the *CCAA* in mind. In the words of Professor Sullivan, “[t]he legislature is presumed to know its own statute book and to draft

qui garantit le paiement d’une obligation ». Selon la présomption d’absence de tautologie, il nous faut présumer que le législateur a inséré certains termes précis au par. 224(1.3) parce qu’ils « joue[nt] un rôle précis dans la réalisation de l’objectif du législateur » (*Placer Dome*, par. 45, citant R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), p. 159). L’application de la présomption d’absence de tautologie démontre que le législateur voulait que l’on attribue une valeur interprétative aux exemples.

[66] Pour revenir à l’arrêt *Caisse populaire Desjardins de l’Est de Drummond*, je conviens avec le juge Rothstein que la définition de « garantie » figurant au par. 224(1.3) de la *LIR* est large de sorte qu’elle « n’exige pas que l’entente entre le créancier et le débiteur revête une forme particulière » (par. 15). Mais si large soit-elle, elle contient à mon sens une limite importante. La définition est axée sur les intérêts créés par accord consensuel ou par application de la loi, et ces types d’intérêts visent habituellement à protéger les droits d’un seul créancier, en général au détriment des autres créanciers. Dans cette affaire, la Cour se demandait si un droit de compensation accordé à un seul créancier au moyen d’une convention intervenue entre ce créancier et la débitrice était une garantie au sens du par. 224(1.3). La situation en cause dans cette affaire était tout à fait différente de celle en l’espèce. En effet, dans la présente affaire, l’intérêt des participants à la restructuration est créé par ordonnance judiciaire, et non par accord ou par application de la loi. Comme je l’ai dit précédemment, lorsqu’un juge ordonne une charge super prioritaire dans une procédure intentée sous le régime de la *LACC*, il s’agit d’un type d’intérêt très différent, car le processus de restructuration prévu par cette loi bénéficie à tous les créanciers, et non à un seul en particulier.

[67] Enfin, si le législateur avait voulu inclure les charges super prioritaires d’origine judiciaire dans la définition de « garantie », il l’aurait dit expressément. Il faut tenir pour acquis que le législateur a légiféré en tenant compte de l’application de la *LACC*. Pour citer la professeure Sullivan, [TRADUCTION] « [l]e législateur est présumé connaître ses propres lois et

each new provision with regard to the structures, conventions, and habits of expression as well as the substantive law embodied in existing legislation” (Sullivan (2014), at p. 422 (footnote omitted)). Given that, in *Indalex*, this Court has already found that granting super-priority charges is critical as “a key aspect of the debtor’s ability to attempt a workout”, one would expect Parliament to use clearer language where such a definition could jeopardize the operation of another one of its Acts. I am therefore in total disagreement with my colleagues Justices Brown and Rowe that “nothing in the definition of security interest in the *ITA* precludes the inclusion of an interest that is designed to operate to the benefit of all creditors” (para. 210). To the contrary, everything hints at priming charges being excluded from the definition of security interest.

[68] In conclusion, a court-ordered super-priority charge under the *CCAA* is not a security interest within the meaning of s. 224(1.3) of the *ITA*. As a result, there is no conflict between s. 227(4.1) of the *ITA* and the Initial Order made in this case. I therefore respectfully disagree with my colleague Justice Moldaver’s suggestion that there may be a conflict between s. 11 of the *CCAA* and the *ITA* (para. 258). The Initial Order’s super-priority charges prevail over the deemed trust.

C. *Was It Necessary for the Initial Order to Subordinate Her Majesty’s Claim Protected by a Deemed Trust in This Case?*

[69] Finally, I must now identify the provision in which the Initial Order here should be grounded. While the initial order under consideration in *Indalex* was based on the court’s equitable jurisdiction, in most instances, orders in *CCAA* proceedings should be considered an exercise of statutory power (*Century Services*, at paras. 65-66).

[70] As discussed above, a supervising court’s authority to order super-priority charges is grounded

rédiger chaque nouvelle disposition en tenant compte des structures, des conventions et des formules d’expression, de même que du droit substantif exprimé dans la législation existante » (Sullivan (2014), p. 422 (note en bas de page omise)). Puisque, dans l’arrêt *Indalex*, notre Cour a déjà statué que l’octroi d’une charge super prioritaire « constitue un élément clé de la capacité du débiteur de tenter de conclure un arrangement », on s’attendrait à ce que le législateur utilise des termes plus clairs dans les cas où une telle définition pourrait compromettre l’application d’une autre de ses propres lois. Je suis donc en total désaccord avec mes collègues les juges Brown et Rowe quand ils affirment que « rien dans la définition de “garantie” qui figure dans la *LIR* ne permet d’exclure une garantie conçue pour fonctionner au profit de tous les créanciers » (par. 210). Au contraire, tout tend à démontrer que les charges super prioritaires sont exclues de la définition de « garantie ».

[68] En conclusion, une charge super prioritaire ordonnée par un tribunal en vertu de la *LACC* n’est pas une garantie au sens du par. 224(1.3) de la *LIR*. Il n’y a donc pas de conflit entre le par. 227(4.1) de la *LIR* et l’ordonnance initiale rendue en l’espèce. Avec égards, je ne souscris pas à l’idée de mon collègue le juge Moldaver suivant laquelle il y a peut-être un conflit entre l’art. 11 de la *LACC* et la *LIR* (par. 258). Les charges super prioritaires constituées aux termes de l’ordonnance initiale l’emportent sur la fiducie réputée.

C. *Était-il nécessaire que l’ordonnance initiale subordonne la réclamation de Sa Majesté protégée par une fiducie réputée en l’espèce?*

[69] Enfin, je dois maintenant déterminer sur quelle disposition l’ordonnance initiale devrait reposer. Bien que l’ordonnance examinée dans l’arrêt *Indalex* était fondée sur la compétence du tribunal en equity, dans la plupart des cas, les ordonnances rendues dans le cadre des procédures engagées sous le régime de la *LACC* devraient être considérées comme découlant de l’exercice d’un pouvoir conféré par la loi (*Century Services*, par. 65-66).

[70] Comme nous l’avons vu plus haut, le pouvoir du tribunal de surveillance d’ordonner des charges

in its broad discretionary power under s. 11 of the CCAA and also in the more specific grants of authority under ss. 11.2, 11.4, 11.51 and 11.52. Those provisions authorize the court to grant certain priming charges that rank ahead of the claims of “any secured creditor”. While I have already concluded that Her Majesty does not have a proprietary interest as a result of Her deemed trust, it is less certain whether Her Majesty is a “secured creditor” under the CCAA. Professor Wood is of the view that Her Majesty is not a “secured creditor” under the CCAA by virtue of Her deemed trust interest; rather, ss. 37 to 39 of the CCAA create “two distinct approaches — one that applies to a deemed trust, the other that applies when a statute gives the Crown the status of a secured creditor” (p. 96). Therefore, the ranking of a priming charge ahead of the deemed trust would fall outside the scope of the express priming charge provisions. I do not need to definitively determine if Her Majesty falls within the definition of “secured creditor” under the CCAA by virtue of Her trust. Instead, I would ground the supervising court’s power in s. 11, which “permits courts to create priming charges that are not specifically provided for in the CCAA” (p. 98). I respectfully disagree with the suggestion of my colleagues Brown and Rowe JJ. that Professor Wood or any other author has suggested that s. 11 is limited by the specific provisions that follow it (para. 228). To the contrary, this Court said in *Century Services*, at paras. 68-70, that s. 11 provides a very broad jurisdiction that is not restricted by the availability of more specific orders.

[71] My colleagues Brown and Rowe JJ. also argue that “priming charges cannot supersede the Crown’s deemed trust claim because they may attach *only to the property of the debtor’s company*” (para. 223 (emphasis in original)). With respect, this argument cannot stand because, although ss. 11.2, 11.51 and 11.52 of the CCAA contain this restriction, there is

super prioritaires est fondé sur le vaste pouvoir discrétionnaire que lui confère l’art. 11 de la LACC, ainsi que sur les pouvoirs plus spécifiques que lui accordent les art. 11.2, 11.4, 11.51 et 11.52. Ces dispositions autorisent le tribunal à accorder certaines charges prioritaires qui prennent rang devant les créances de « tout créancier garanti ». Bien que j’aie déjà conclu que Sa Majesté ne possède pas d’intérêt à titre de propriétaire du fait de sa fiducie présumée, il est moins sûr qu’elle soit un « créancier garanti » au sens de la LACC. Selon le professeur Wood, la fiducie présumée dont bénéficie Sa Majesté ne lui confère pas la qualité de « créancier garanti » au sens de la LACC. Les articles 37 à 39 de la LACC créent plutôt [TRADUCTION] « deux approches distinctes : l’une qui s’applique à la fiducie réputée, l’autre qui entre en jeu lorsque la loi reconnaît à la Couronne la qualité de “créancier garanti” » (p. 96). Par conséquent, le fait de faire passer une charge prioritaire devant la fiducie réputée déborderait le cadre des dispositions portant expressément sur les charges prioritaires. Je n’ai pas à trancher de façon définitive la question de savoir si Sa Majesté répond à la définition de « créancier garanti » au sens de la LACC du fait de sa fiducie. Je ferais plutôt reposer le pouvoir du tribunal de surveillance sur l’art. 11, qui « permet aux tribunaux de constituer des charges prioritaires qui ne sont pas expressément prévues par la LACC » (p. 98). Avec égards, je ne suis pas d’accord avec la suggestion de mes collègues les juges Brown et Rowe suivant laquelle le professeur Wood ou d’autres auteurs auraient laissé entendre que la portée de l’art. 11 est limitée par les dispositions spécifiques qui le suivent (par. 228). Au contraire, notre Cour a déclaré aux par. 68-70 de l’arrêt *Century Services* que la possibilité pour le tribunal de rendre des ordonnances plus spécifiques n’avait pas pour effet de restreindre le vaste pouvoir conféré par l’art. 11.

[71] Mes collègues les juges Brown et Rowe affirment également que « les charges super prioritaires ne peuvent pas prendre rang devant la réclamation de la Couronne au titre de la fiducie réputée puisqu’elles peuvent se rattacher *uniquement aux biens de la compagnie débitrice* » (par. 223 (en italiques dans l’original)). Avec égards, cet argument ne peut être retenu,

no such restriction in s. 11. As Lalonde J. recognized, [TRANSLATION] “[i]n exercising the authority conferred by the *CCAA*, including inherent powers, the courts have not hesitated to use this jurisdiction to intervene in contractual relationships between a debtor and its creditors, even to make orders affecting the rights of third parties” (*Triton Électronique*, at para. 31). There may be circumstances where it is appropriate for a court to attach charges to property that does not belong to the debtor — if, for instance, this deemed trust were to be equivalent to a proprietary interest. However, that circumstance does not arise in this case because the property subject to Her Majesty’s deemed trust remains the property of the debtor, as the deemed trust does not create a proprietary interest. My colleagues’ reliance on s. 37(2) of the *CCAA* is similarly ill-founded. As I said earlier, s. 37(2) simply preserves the status quo. It does not alter Her Majesty’s interest. It merely continues that interest and excludes it from the operation of s. 37(1), which would otherwise downgrade it to the interest of an ordinary creditor.

[72] That said, courts should still recognize the distinct nature of Her Majesty’s interest and ensure that they grant a charge with priority over the deemed trust only when necessary. In creating a super-priority charge, a supervising judge must always consider whether the order will achieve the objectives of the *CCAA*. When there is the spectre of a claim by Her Majesty protected by a deemed trust, the judge must also consider whether a super priority is necessary. The record before us contains no reasons for the Initial Order, so this is difficult to determine in this case. Given that Her Majesty has been paid and that the case is in fact moot, it is not critical for us to determine whether the supervising judge believed it was necessary to subordinate Her Majesty’s claim to the super-priority charges. Based on Justice Topolniski’s reasons for denying the Crown’s motion to vary the Initial Order, it is clear that she would have found that the super-priority charges deserved priority over Her Majesty’s interest (paras. 100-104). However, I wish to say a few words on when it may be necessary for a supervising

car, bien que les art. 11.2, 11.51 et 11.52 de la *LACC* renferment cette restriction, aucune restriction de ce genre ne figure à l’art. 11. Tel que l’a reconnu le juge Lalonde, « [e]n exerçant l’autorité conférée par la *LACC*, incluant les pouvoirs inhérents, les tribunaux n’ont pas hésité à faire usage de cette compétence pour intervenir dans les rapports contractuels entre une débitrice et ses créanciers, voire à rendre des ordonnances ayant pour effet d’affecter les droits de tiers » (*Triton Électronique*, par. 31). Il peut exister des circonstances dans lesquelles il convient pour le tribunal de grever de charges des biens qui n’appartiennent pas au débiteur si, par exemple, cette fiducie réputée équivalait à un intérêt à titre de propriétaire. Toutefois, ce n’est pas le cas en l’espèce, car les biens visés par la fiducie réputée de Sa Majesté demeurent la propriété du débiteur, étant donné que la fiducie réputée ne crée pas d’intérêt à titre de propriétaire. Le recours de mes collègues au par. 37(2) de la *LACC* est également mal fondé. Comme je l’ai déjà expliqué, le par. 37(2) préserve simplement le statu quo. Il ne modifie pas l’intérêt de Sa Majesté. Il ne fait que le maintenir et le soustraire à l’application du par. 37(1), qui ramènerait sinon l’intérêt de la Couronne à celui d’un simple créancier chirographaire.

[72] Cela dit, les tribunaux devraient tout de même reconnaître le caractère distinct de l’intérêt de Sa Majesté et n’accorder une charge ayant priorité sur la fiducie réputée que dans les cas où c’est nécessaire. Lorsqu’il s’agit de constituer une charge super prioritaire, le juge surveillant doit toujours se demander si cette mesure favorisera la réalisation des objectifs de la *LACC*. Lorsqu’il est possible qu’une créance de Sa Majesté soit protégée par une fiducie réputée, le juge doit également se demander s’il est nécessaire d’accorder une super priorité. Le dossier dont nous disposons ne nous permet pas de connaître les motifs à l’appui de l’ordonnance initiale et il est donc difficile de répondre à la question en l’espèce. Puisque Sa Majesté a été payée et que l’affaire est en fait devenue théorique, il n’est pas essentiel de nous prononcer sur la question de savoir si le juge surveillant croyait qu’il était nécessaire de subordonner la créance de Sa Majesté à des charges super prioritaires. Si l’on se reporte aux motifs exposés par la juge Topolniski pour rejeter la requête présentée par la Couronne en vue de faire modifier l’ordonnance

judge to subordinate Her Majesty's interest to super-priority charges.

[73] It may be necessary to subordinate Her Majesty's deemed trust where the supervising judge believes that, without a super-priority charge, a particular professional or lender would not act. This may often be the case. On the other hand, I agree with Professor Wood that, although subordinating super-priority charges to Her Majesty's claim will often increase the costs and complexity of restructuring, there will be times when it will not. For instance, when Her Majesty's claim is small or known with a high degree of certainty, commercial parties will be able to manage their risks and will not need a super priority. After all, there is an order of priority even amongst super-priority charges, and therefore it is clear that these parties are willing to have their claims subordinated to some fixed claims. A further example of where different considerations may be in play is in so-called liquidating CCAA proceedings. As this Court recently recognized, CCAA proceedings whose fundamental objective is to liquidate — rather than to rescue a going concern — have a legitimate place in the CCAA regime and have been accepted by Parliament through the enactment of s. 36 (*Callidus Capital*, at paras. 42-45). Liquidating CCAA proceedings often aim to maximize returns for creditors, and thus the subordination of Her Majesty's interest has less justification beyond potential unjust enrichment arguments.

VI. Disposition

[74] I would dismiss the appeal with costs in this Court in accordance with the tariff of fees and

initiale, il est évident qu'elle aurait conclu que les charges super prioritaires méritaient d'avoir priorité sur l'intérêt de Sa Majesté (par. 100-104). Je tiens toutefois à dire quelques mots au sujet des cas où il peut s'avérer nécessaire pour le juge surveillant de subordonner l'intérêt de Sa Majesté à des charges super prioritaires.

[73] Il peut s'avérer nécessaire de subordonner la fiducie réputée de Sa Majesté à d'autres charges lorsque le juge surveillant estime que, sans la charge super prioritaire, un professionnel ou un prêteur donné refuserait de s'engager, ce qui peut se produire assez souvent. Par contre, je suis d'accord avec le professeur Wood pour dire que, même si la subordination des charges super prioritaires à la créance de Sa Majesté aura souvent pour effet d'augmenter les coûts et la complexité de la restructuration, il existe des situations où ce ne sera pas le cas. Par exemple, lorsque la créance de Sa Majesté est peu élevée ou qu'elle est connue avec une grande certitude, les entités commerciales pourront gérer leurs risques et n'auront pas besoin d'une super priorité. Après tout, il existe un ordre de collocation même parmi les charges super prioritaires et il est donc évident que ces créanciers sont disposés à ce que leurs créances soient assujetties à certains plafonds fixes. Un autre exemple où des considérations différentes peuvent entrer en jeu est celui de la procédure dite de liquidation prévue par la LACC. Ainsi que notre Cour l'a récemment reconnu, les procédures prévues par la LACC dont l'objectif fondamental est la liquidation — et non de porter secours à une entreprise en exploitation — occupent une place légitime au sein du régime de la LACC et ont été acceptées par le législateur par l'adoption de l'art. 36 (*Callidus Capital*, par. 42-45). Les procédures de liquidation prévues par la LACC visent souvent à maximiser le rendement au profit des créanciers, de sorte que la subordination de l'intérêt de Sa Majesté s'en trouve moins justifiée, hormis les cas de présumé enrichissement sans cause.

VI. Dispositif

[74] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens devant notre Cour, selon le tarif des honoraires

disbursements set out in Schedule B of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156.

The reasons of Karakatsanis and Martin JJ. were delivered by

KARAKATSANIS J. —

I. Overview

[75] When a company seeks to restructure its affairs in order to avoid bankruptcy, the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (CCAA), allows the court to order charges in favour of parties that are necessary to the restructuring process: lenders who provide interim financing, the monitor who administers the company's restructuring, and directors and officers who captain the sinking ship (among others). These charges, often referred to as "priming charges", are meant to encourage investment in the company as it undergoes reorganization. A company's reorganization, as an alternative to the devastating effects of bankruptcy, serves the public interest by benefitting creditors, employees, and the health of the economy more generally.

[76] In this case, the CCAA judge ordered priming charges over the estates of Canada North Group and six related companies (Debtor Companies) in favour of an interim lender, the monitor, and directors. Property of two of the Debtor Companies, however, was also subject to a deemed trust in favour of the Crown, under the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (*ITA*), for unremitted source deductions consisting of employees' income tax, Canada Pension Plan contributions, and employment insurance premiums. While this appeal is moot because there are sufficient assets to satisfy both the Crown's deemed trust claim and the priming charges, this Court is asked to determine which has priority in the restructuring: the priming charges under the CCAA or the deemed trust under the *ITA*.

et débours fixé à l'annexe B des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156.

Version française des motifs des juges Karakatsanis et Martin rendus par

LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Aperçu

[75] Lorsqu'une compagnie cherche à restructurer ses affaires afin d'éviter la faillite, la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36 (*LACC*), permet au tribunal d'ordonner des charges en faveur des parties qui sont nécessaires au processus de restructuration : les prêteurs qui fournissent un financement temporaire, le contrôleur qui administre la restructuration de la compagnie, et les dirigeants et administrateurs qui gèrent la compagnie en déroute (entre autres). Ces charges, souvent appelées « charges super prioritaires », visent à encourager les investissements dans la compagnie alors qu'elle procède à sa restructuration. La restructuration d'une compagnie — une solution de rechange aux effets dévastateurs d'une faillite — sert l'intérêt public puisqu'elle profite aux créanciers, aux employés et à la santé de l'économie en général.

[76] En l'espèce, le juge chargé d'appliquer la *LACC* a grevé le patrimoine de Canada North Group et de six compagnies apparentées (compagnies débitrices) de charges super prioritaires en faveur d'un prêteur temporaire, du contrôleur et des administrateurs. Toutefois, les biens de deux des compagnies débitrices étaient aussi assujettis à une fiducie réputée créée en faveur de la Couronne, en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.) (« *LIR* »), à cause du non-versement de retenues à la source (impôt sur le revenu des employés, cotisations au Régime de pensions du Canada et cotisations d'assurance-emploi). Bien que le présent pourvoi soit théorique du fait que les actifs sont suffisants pour couvrir à la fois la réclamation de la Couronne au titre de la fiducie réputée et les charges super prioritaires, notre Cour est appelée à déterminer ce qui est prioritaire dans la restructuration : les charges super prioritaires établies sous le régime de la *LACC* ou la fiducie réputée établie sous le régime de la *LIR*.

[77] Section 227(4.1) of the *ITA* provides that, when an employer fails to remit source deductions to the Crown, a deemed trust attaches to the property of the employer to the extent of the unremitted source deductions. The deemed trust operates “notwithstanding any security interest in such property” and “[n]otwithstanding . . . any other enactment of Canada”. Sections 11.2, 11.51 and 11.52 of the *CCAA* give the court authority to order priming charges over a company’s property in favour of interim lenders, directors and officers, and estate administrators. Priming charges can rank ahead of any other secured claim. Read on their own, these provisions appear to give different parties super-priority in an insolvency. This issue of statutory interpretation has been described as the collision of an unstoppable force with an immovable object (R. J. Wood, “Irresistible Force Meets Immovable Object: *Canada v. Canada North Group Inc.*” (2020), 63 *Can. Bus. L.J.* 85).

[78] The appellant, the Crown, argues that s. 227(4.1) of the *ITA* creates a proprietary right in the Crown because, through the mechanism of a deemed trust, it gives the Crown beneficial ownership of the amount of the unremitted source deductions. In other words, that *amount* is the Crown’s property and a *CCAA* judge cannot, therefore, order a charge over it; it should be taken out of the estate and can play no role in the restructuring process.

[79] In contrast, the respondents argue that s. 227(4.1) creates a security interest in the Crown squarely contemplated by ss. 11.2, 11.51 and 11.52 of the *CCAA*. They further submit that there is no conflict between the relevant provisions because the policies underlying both Acts can be harmonized in favour of giving effect to the *CCAA* provisions.

[80] For the reasons below, I conclude that there is no conflict between the *ITA* and *CCAA* provisions. The right that attaches to “beneficial ownership” under s. 227(4.1) of the *ITA* must be interpreted in the specific statutory context in which it arises. Here,

[77] Le paragraphe 227(4.1) de la *LIR* prévoit que, lorsqu’un employeur omet de verser des retenues à la source à la Couronne, une fiducie réputée s’attache aux biens de l’employeur jusqu’à concurrence de la valeur des retenues à la source non versées. La fiducie réputée fonctionne « malgré toute autre garantie sur ces biens » et « [m]algré [. . .] tout autre texte législatif fédéral ». Aux termes des art. 11.2, 11.51 et 11.52 de la *LACC*, un tribunal peut, par ordonnance, déclarer que les biens d’une compagnie sont grevés de charges super prioritaires en faveur de prêteurs temporaires, de dirigeants et d’administrateurs, et d’administrateurs de patrimoine. Les charges super prioritaires peuvent avoir priorité sur toute autre réclamation garantie. Prises individuellement, ces dispositions semblent accorder une super priorité à différentes parties en cas d’insolvabilité. Cette question d’interprétation législative a été décrite comme le choc entre une force irrésistible et un objet inamovible (R. J. Wood, « Irresistible Force Meets Immovable Object : *Canada v. Canada North Group Inc.* » (2020), 63 *Rev. can. dr. comm.* 85).

[78] L’appelante, la Couronne, soutient que le par. 227(4.1) de la *LIR* lui confère un droit propriétaire puisque, par le mécanisme d’une fiducie réputée, il accorde à la Couronne un droit de bénéficiaire sur le montant des retenues à la source non versées. Autrement dit, ce *montant* est la propriété de la Couronne, et un juge chargé d’appliquer la *LACC* ne peut donc pas grever ce montant d’une charge; il devrait être soustrait du patrimoine et il ne peut jouer aucun rôle dans le processus de restructuration.

[79] En revanche, les intimées affirment que le par. 227(4.1) confère à la Couronne une garantie nettement visée par les art. 11.2, 11.51 et 11.52 de la *LACC*. Elles ajoutent qu’il n’existe aucun conflit entre les dispositions en cause parce que les politiques qui sous-tendent les deux lois peuvent être harmonisées en faveur de l’application des dispositions de la *LACC*.

[80] Pour les raisons exposées ci-dessous, je conclus qu’il n’existe aucun conflit entre les dispositions de la *LIR* et celles de la *LACC*. Le « droit de bénéficiaire » prévu au par. 227(4.1) de la *LIR* doit être interprété dans le contexte législatif précis où il

the Crown's right to unremitted source deductions in a CCAA restructuring is protected by the requirement that the plan of compromise pay the Crown in full. Because I do not conclude that the Crown's interest fits within the relevant statutory definition of "secured creditor" under the CCAA, it is not captured by the court's authority to order priming charges under ss. 11.2, 11.51 and 11.52 of the CCAA. However, in my view, the broad discretionary power under s. 11 of the CCAA permits a court to rank priming charges ahead of the Crown's deemed trust for unremitted source deductions. This conclusion harmonizes the purposes of both federal statutes. I would dismiss the appeal.

II. Facts

[81] In July 2017, the Court of Queen's Bench of Alberta issued an order granting the Debtor Companies protection under the CCAA (Alta. Q.B., No. 1703-12327, July 5, 2017 (Initial Order)). The Initial Order provided for priming charges in the following order of priority: (1) an Administration Charge of \$500,000 in favour of the court-appointed Monitor, Ernst & Young Inc.; (2) an Interim Lender's Charge of \$1,000,000 in favour of the interim lender, Business Development Bank of Canada (BDBC); and (3) a Directors' Charge of \$150,000 (together, Priming Charges). The Interim Lender's Charge was later increased to \$3,500,000 and the Administration Charge to \$950,000.

[82] Paragraph 44 of the Initial Order provided that the Priming Charges have priority over the claims of secured creditors:

Each of the Directors' Charge, Administration Charge and the Interim Lender's Charge . . . shall constitute a charge on the Property and subject always to section 34(11) of the CCAA such Charges shall rank in priority to all other security interests, trusts, liens, charges and encumbrances, claims of secured creditors, statutory or otherwise . . . in favour of any Person.

se manifeste. En l'espèce, le droit de la Couronne sur des retenues à la source non versées dans le cadre d'une restructuration sous le régime de la LACC est protégé par l'exigence qu'un plan de transaction prévoit le paiement intégral à la Couronne. Puisque je ne conclus pas que l'intérêt de la Couronne entre dans la définition applicable de « créancier garanti » contenue dans la LACC, il ne relève pas du pouvoir du tribunal d'ordonner des charges super prioritaires en vertu des art. 11.2, 11.51 et 11.52 de la LACC. Cependant, je suis d'avis que le vaste pouvoir discrétionnaire conféré par l'art. 11 de la LACC permet au tribunal de faire passer les charges super prioritaires devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées. Cette conclusion harmonise les objectifs des deux lois fédérales. Je rejeterais le pourvoi.

II. Faits

[81] En juillet 2017, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a rendu une ordonnance accordant aux compagnies débitrices la protection de la LACC (B.R. Alb., n° 1703-12327, 5 juillet 2017 (ordonnance initiale)). L'ordonnance initiale établissait les charges super prioritaires selon l'ordre de priorité suivant : (1) une charge administrative de 500 000 \$ en faveur du contrôleur nommé par le tribunal, Ernst & Young Inc.; (2) une charge de 1 000 000 \$ en faveur du prêteur temporaire, la Banque de développement du Canada (BDC); (3) une charge de 150 000 \$ en faveur des administrateurs (collectivement, les charges super prioritaires). La charge en faveur du prêteur temporaire a par la suite été portée à 3 500 000 \$ et la charge administrative, à 950 000 \$.

[82] Le paragraphe 44 de l'ordonnance initiale indiquait que les charges super prioritaires prenaient rang devant les réclamations des créanciers garantis :

[TRADUCTION] Chacune des charges relatives à l'administration, aux administrateurs et au prêteur temporaire [. . .] grèvent les biens et, sous réserve du paragraphe 34(11) de la LACC, toutes ces charges ont priorité sur tous les autres privilèges, garanties, fiducies, charges et sûretés, créances de créanciers garantis, d'origine législative ou autre [. . .] détenus par quiconque.

[83] Paragraph 46 of the Initial Order provided that the Priming Charges “shall not otherwise be limited or impaired in any way by . . . (d) the provisions of any federal or provincial statutes”.

[84] At the time of the Initial Order, two of the Debtor Companies had failed to remit source deductions and owed the Crown \$685,542.93. The Crown applied to vary the Priming Charges in the Initial Order on the basis that paras. 44 and 46(d) failed to recognize the Crown’s legislated interest in unremitted source deductions. The Crown argued that s. 227(4.1) of the *ITA*, s. 23(4) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8 (*CPP*), and s. 86(2.1) of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 (*EIA*), require the Crown’s claims for unremitted source deductions to have priority over the claims of all other creditors of a debtor, notwithstanding any other federal statute, including the *CCAA*. In these reasons, I will only refer to s. 227(4.1) of the *ITA* as the relevant *ITA*, *CPP* and *EIA* provisions are identical and the latter two statutes cross-reference the *ITA*.

III. Decisions Below

A. *Court of Queen’s Bench of Alberta, 2017 ABQB 550, 60 Alta. L.R. (6th) 103 (Topolniski J.)*

[85] The application judge held that court-ordered priming charges under ss. 11.2, 11.51 and 11.52 of the *CCAA* have priority over the Crown’s deemed trust for unremitted source deductions. First, she concluded that the Crown’s deemed trust under s. 227(4.1) of the *ITA* creates a security interest rather than a proprietary interest because the definition of “security interest” in the *ITA* includes an interest created by a deemed or actual trust, and it would be inconsistent to interpret the Crown’s interest under s. 227(4.1) contrary to its enabling statute. She also reasoned that the deemed trust is a security interest

[83] Le paragraphe 46 de l’ordonnance initiale indiquait que les charges super prioritaires [TRANSLATION] « ne sont pas autrement limitées ou compromises de quelque façon que ce soit par [. . .] (d) les dispositions de toute loi fédérale ou provinciale ».

[84] Au moment où a été rendue l’ordonnance initiale, deux des compagnies débitrices avaient omis de verser les retenues à la source et devaient à la Couronne 685 542,93 \$. La Couronne a présenté une demande visant à faire modifier les charges super prioritaires établies dans l’ordonnance initiale au motif que les par. 44 et 46d) ne reconnaissaient pas l’intérêt accordé par la loi à la Couronne dans les retenues à la source non versées. La Couronne a soutenu que le par. 227(4.1) de la *LIR*, le par. 23(4) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, c. C-8 (*RPC*), et le par. 86(2.1) de la *Loi sur l’assurance-emploi*, L.C. 1996, c. 23 (*LAE*), exigent que les réclamations de la Couronne à l’égard des retenues à la source non versées prennent rang devant les réclamations de tout autre créancier d’un débiteur, malgré toute autre loi fédérale, y compris la *LACC*. Dans les présents motifs, je me reporterai uniquement au par. 227(4.1) de la *LIR* parce que les dispositions pertinentes de la *LIR*, du *RPC* et de la *LAE* sont identiques et que le *RPC* et la *LAE* renvoient à la *LIR*.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour du Banc de la Reine de l’Alberta, 2017 ABQB 550, 60 Alta. L.R. (6th) 103 (la juge Topolniski)*

[85] La juge de première instance a déclaré que les charges super prioritaires ordonnées par le tribunal en vertu des art. 11.2, 11.51 et 11.52 de la *LACC* ont priorité sur la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l’égard des retenues à la source non versées. En premier lieu, la juge a conclu que la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne en vertu du par. 227(4.1) de la *LIR* créait une garantie plutôt qu’un intérêt propriétaire puisque la définition de « garantie » contenue dans la *LIR* comprend tout intérêt créé par une fiducie réputée ou véritable, et qu’il serait incohérent d’interpréter l’intérêt de la

because it lacks certainty of subject matter and is therefore not a true trust.

[86] Second, the application judge concluded that s. 227(4.1) of the *ITA* and ss. 11.2, 11.51 and 11.52 of the *CCAA* are not inconsistent because any conflict can be avoided by interpretation. She reasoned that the policy objectives of both Acts have to be respected because they were enacted by the same government. On the one hand, the collection of source deductions is at the heart of the *ITA*. On the other, the *CCAA* aims to facilitate business survival. The application judge concluded that, without the court's ability to order priming charges, interim lending "would simply end", along with "the hope of positive *CCAA* outcomes" (para. 102). The goals of both Acts can therefore only be achieved if priority is given "to those charges necessary for restructuring", while the deemed trust ranks in priority to all other secured creditors (para. 112).

B. *Court of Appeal of Alberta, 2019 ABCA 314, 93 Alta. L.R. (6th) 29 (Rowbotham and Schutz J.J.A., Wakeling J.A. Dissenting)*

[87] A majority of the Court of Appeal dismissed the Crown's appeal. It agreed with the application judge that the Crown's deemed trust under s. 227(4.1) of the *ITA* creates a security interest rather than a proprietary interest. It also agreed that the Crown's position failed to reconcile the objectives of the *ITA* and *CCAA*, and given the importance of interim lending, concluded that absurd consequences could follow if the Crown's position prevailed.

[88] Wakeling J.A. disagreed. He concluded that s. 227(4.1) of the *ITA* makes two unequivocal statements: first, that the Crown is the beneficial owner of the debtor's property to the extent of the unremitted

Couronne au titre du par. 227(4.1) à l'encontre de sa loi habilitante. Elle a également opiné que la fiducie réputée constituait une garantie en raison de l'absence de certitude quant à sa matière; elle ne constituait donc pas une fiducie véritable.

[86] En second lieu, la juge de première instance a conclu que le par. 227(4.1) de la *LIR* ainsi que les art. 11.2, 11.51 et 11.52 de la *LACC* ne sont pas incompatibles puisque tout conflit peut être évité par l'interprétation. Elle a expliqué que les objectifs de politique générale des deux lois doivent être respectés puisque ces dernières ont été édictées par le même gouvernement. D'une part, la perception des retenues à la source sont au cœur de la *LIR*. D'autre part, la *LACC* vise à favoriser la survie des entreprises. La juge de première instance a conclu que, si les tribunaux n'avaient pas la capacité d'ordonner des charges super prioritaires, les prêts temporaires [TRADUCTION] « disparaîtraient tout simplement », de même que « l'espoir de voir des résultats positifs découler de la *LACC* » (par. 102). Les objectifs des deux lois ne peuvent toutefois être atteints que si la priorité est accordée [TRADUCTION] « aux charges nécessaires à la restructuration », alors que la fiducie réputée prend rang devant toutes les autres réclamations garanties (par. 112).

B. *Cour d'appel de l'Alberta, 2019 ABCA 314, 93 Alta. L.R. (6th) 29 (les juges Rowbotham et Schutz, le juge Wakeling, dissident)*

[87] La Cour d'appel a rejeté, à la majorité, l'appel de la Couronne. Tout comme la juge de première instance, elle a jugé que la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne en vertu du par. 227(4.1) de la *LIR* créait une garantie plutôt qu'un intérêt propriétaire. Elle a aussi convenu que la position de la Couronne ne conciliait pas les objectifs de la *LIR* et de la *LACC*. Enfin, compte tenu de l'importance du financement temporaire, elle a conclu que retenir la thèse de la Couronne pourrait entraîner des conséquences absurdes.

[88] Le juge Wakeling n'était pas de cet avis. Il a conclu que le par. 227(4.1) de la *LIR* contenait deux déclarations sans équivoque : premièrement, la Couronne a un droit de bénéficiaire sur les biens

source deductions; and second, that this amount must be paid to the Crown notwithstanding the security interests of any other secured creditors, including, in his opinion, the holders of a priming charge. As a result, it was unnecessary to reconcile policy objectives. In his view, the notwithstanding clause in s. 227(4.1) was conclusive because the relevant CCAA provisions lacked the same language. As a result, there was “no need to look beyond the four corners of s. 227(4.1) to determine the scope of the unassailable priority it creates” (para. 135). Finally, Wakeling J.A. noted that there is perfect correlation between the purpose of the *ITA* and the plain meaning of s. 227(4.1).

IV. Parties’ Submissions

A. *The Appellant the Crown*

[89] The Crown’s submissions before this Court echo the dissent at the Court of Appeal: the text of s. 227(4.1) unequivocally states that unremitted source deductions become the property of the Crown. The Crown argues that the plain meaning of s. 227(4.1) aligns with its purpose, which is to protect the largest source of government revenue.

[90] The Crown makes two principal submissions. First, it submits that the Crown’s interest under s. 227(4.1) of the *ITA* is a proprietary interest rather than a security interest because the text of s. 227(4.1) causes the unremitted source deductions to become the property of the Crown. There is no need to rely on the “notwithstanding clause” in s. 227(4.1) because the *ITA* and CCAA provisions work harmoniously; the priming charges can only attach to a company’s property and s. 227(4.1) provides that the unremitted source deductions are beneficially owned by the Crown.

[91] Second, the Crown submits in the alternative that, even if its interest is a security interest, it ranks ahead of the priming charges. This is because

du débiteur jusqu’à concurrence du montant des retenues à la source non versées; deuxièmement, ce montant doit être payé à la Couronne malgré les garanties accordées à tout autre créancier garanti, y compris, selon lui, les titulaires d’une charge super prioritaire. Par conséquent, il n’était pas nécessaire de concilier les objectifs de politique générale. À son avis, la disposition de dérogation du par. 227(4.1) était concluante puisque les dispositions pertinentes de la *LACC* ne contenaient pas le même libellé. Il n’était donc [TRADUCTION] « pas nécessaire d’aller au-delà des contours du par. 227(4.1) pour déterminer la portée de la priorité inattaquable qu’il établit » (par. 135). Enfin, le juge Wakeling a souligné qu’il existait une corrélation parfaite entre l’objectif de la *LIR* et le sens ordinaire du par. 227(4.1).

IV. Observations des parties

A. *L’appelante, la Couronne*

[89] Les arguments présentés par la Couronne devant notre Cour font écho à l’opinion dissidente exprimée en Cour d’appel : le texte du par. 227(4.1) indique sans équivoque que les retenues à la source non versées deviennent la propriété de la Couronne. La Couronne soutient que le sens ordinaire du par. 227(4.1) s’aligne avec son objectif, qui est de protéger la plus grande source de revenus du gouvernement.

[90] La Couronne avance deux arguments principaux. Premièrement, elle affirme que l’intérêt de la Couronne au titre du par. 227(4.1) de la *LIR* est un intérêt propriétaire plutôt qu’une garantie puisque, selon ce paragraphe, les retenues à la source non versées deviennent la propriété de la Couronne. Il n’est pas nécessaire de recourir à la « disposition de dérogation » du par. 227(4.1) puisque les dispositions de la *LIR* et de la *LACC* s’appliquent de façon harmonieuse; les charges super prioritaires ne peuvent se rattacher qu’aux biens d’une compagnie, et le par. 227(4.1) prévoit que la Couronne a un droit de bénéficiaire sur les retenues à la source non versées.

[91] Deuxièmement, la Couronne soutient à titre subsidiaire que même si son intérêt est une garantie, il prend rang devant les charges super prioritaires

a priming charge under the *CCAA* is a security interest within the meaning of the *ITA*, and s. 227(4.1) specifically states that the deemed trust ranks ahead of all other security interests.

B. *The Respondent Business Development Bank of Canada*

[92] The respondent BDBC, urges this Court to follow the approach taken by the courts below. It submits that the Crown's interest under the deemed trust is a security interest because (1) the enabling statute, the *ITA*, defines a deemed trust as a security interest; (2) this Court, in *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720, characterized the deemed trust as a "floating charge", which is a security interest; and (3) the opposite conclusion, that it is a proprietary interest, would be at odds with commercial reality. As the definition of "secured creditor" in the *CCAA* includes the holder of a deemed trust, that Act contemplates that a priming charge can rank ahead of the Crown's deemed trust. Thus, ss. 11.2, 11.51 and 11.52 of the *CCAA* contemplate that a priming charge can rank ahead of the Crown's deemed trust.

C. *The Respondent Ernst & Young, in its Capacity as Monitor*

[93] Both BDBC and Ernst & Young (together, Respondents) submit that the Crown's deemed trust is a security interest and that the statutes can be interpreted harmoniously to avoid a conflict. The Monitor submits that a court-ordered priming charge is not a security interest within the meaning of s. 227(4.1) of the *ITA* because it is not specifically listed in the definition of security interest under the *ITA*, and as a taxing statute, the *ITA* requires a strict, textual approach to interpretation.

[94] The Monitor also highlights that the Crown is a unique creditor because it has immediate information available to it respecting remittance and can certify and pursue amounts owing immediately.

du fait qu'une charge super prioritaire visée par la *LACC* est une garantie au sens de la *LIR* et que le par. 227(4.1) prévoit expressément que la fiducie réputée prend rang devant toutes les autres garanties.

B. *L'intimée la Banque de développement du Canada*

[92] L'intimée BDC exhorte notre Cour à suivre l'approche adoptée par les tribunaux d'instance inférieure. Elle soutient que l'intérêt de la Couronne au titre de la fiducie réputée est une garantie puisque (1) la loi habilitante, la *LIR*, définit une fiducie réputée comme une garantie; (2) dans l'arrêt *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720, notre Cour a qualifié la fiducie réputée de « charge flottante », qui est une garantie; (3) la conclusion opposée, à savoir qu'il s'agit d'un intérêt propriétaire, serait incompatible avec la réalité commerciale. Comme la définition de « créancier garanti » figurant dans la *LACC* englobe le détenteur d'une fiducie réputée, la *LACC* prévoit qu'une charge super prioritaire peut prendre rang devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne. Ainsi, les art. 11.2, 11.51 et 11.52 de la *LACC* prévoient qu'une charge super prioritaire peut prendre rang devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne.

C. *L'intimée Ernst & Young, en sa qualité de contrôleur*

[93] Tant la BDC qu'Ernst & Young (collectivement, les intimées) font valoir que la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne est une garantie et que l'on peut interpréter les lois de façon harmonieuse afin d'éviter un conflit. Le contrôleur soutient qu'une charge super prioritaire d'origine judiciaire n'est pas une garantie au sens du par. 227(4.1) de la *LIR* puisqu'elle n'est pas expressément mentionnée dans la définition de garantie contenue dans la *LIR*, et qu'à titre de loi fiscale, la *LIR* commande une méthode d'interprétation stricte et textuelle.

[94] De plus, le contrôleur souligne que la Couronne est un créancier unique puisqu'elle dispose d'un accès immédiat aux renseignements concernant les remises et qu'elle peut certifier et percevoir les montants dus immédiatement.

V. Issue

[95] The issue on appeal is whether court-ordered priming charges under the *CCAA* can rank ahead of the Crown's deemed trust for unremitted source deductions, as created by s. 227(4.1) of the *ITA* and related provisions of the *CPP* and *EIA*. It is clear from the wording of s. 227(4.1) of the *ITA* that, if there is any conflict with a provision from another Act, s. 227(4.1) is to prevail. Accordingly, this appeal turns on whether, and to what extent, the *CCAA* regime conflicts with s. 227(4.1) of the *ITA*. In answering that question, I proceed in four steps:

1. What rights does s. 227(4.1) of the *ITA* confer on the Crown in respect of unremitted source deductions?
2. How is the Crown's deemed trust for unremitted source deductions treated in Parliament's insolvency regime?
3. Do ss. 11.2, 11.51 and 11.52 of the *CCAA* permit the court to rank priming charges ahead of the Crown's deemed trust for unremitted source deductions?
4. If not, does s. 11 of the *CCAA* allow the court to rank priming charges ahead of the Crown's deemed trust for unremitted source deductions?

VI. Analysis

A. *What Rights Does Section 227(4.1) of the ITA Confer on the Crown in Respect of Unremitted Source Deductions?*

- (1) General Scheme and Background of Sections 227(4) and 227(4.1) of the ITA

[96] Section 153(1) of the *ITA* requires employers to deduct and withhold amounts from their

V. Question en litige

[95] La question qui fait l'objet du pourvoi est celle de savoir si les charges super prioritaires ordonnées par un tribunal en vertu de la *LACC* peuvent prendre rang devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées, laquelle fiducie est établie en application du par. 227(4.1) de la *LIR* et des dispositions connexes du *RPC* et de la *LAE*. Il ressort clairement du libellé du par. 227(4.1) de la *LIR* qu'en cas de conflit avec une disposition d'une autre loi, le par. 227(4.1) prévaut. En conséquence, le présent pourvoi porte sur la question de savoir si, et dans quelle mesure, le régime de la *LACC* entre en conflit avec le par. 227(4.1) de la *LIR*. Pour répondre à cette question, je procéderai en quatre étapes :

1. Quel droit le par. 227(4.1) de la *LIR* confère-t-il à la Couronne relativement aux retenues à la source non versées?
2. De quelle façon la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées est-elle traitée dans le régime d'insolvabilité du législateur?
3. Les articles 11.2, 11.51 et 11.52 de la *LACC* permettent-ils au tribunal de faire passer les charges super prioritaires devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées?
4. Dans la négative, l'art. 11 de la *LACC* autorise-t-il le tribunal à faire passer les charges super prioritaires devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées?

VI. Analyse

A. *Quels droits le par. 227(4.1) de la LIR confère-t-il à la Couronne relativement aux retenues à la source non versées?*

- (1) Économie générale et contexte des par. 227(4) et 227(4.1) de la LIR

[96] Le paragraphe 153(1) de la *LIR* exige qu'un employeur déduise ou retienne des montants sur les

employees' wages (source deductions) and remit those amounts to the Receiver General by a specified due date. When source deductions are made, s. 227(4) deems that they are held separate and apart from the property of the employer and from property held by any secured creditor of the employer, notwithstanding any security interest in that property. Source deductions are deemed to be held in trust for Her Majesty for payment by the specified due date.

[97] If source deductions are not paid by the specified due date, s. 227(4.1) extends the trust in s. 227(4). It deems that a trust attaches to the employer's property to the extent of any unremitted source deductions; that the trust existed from the moment the source deductions were made; and that the trust did not form part of the estate or property of the employer from the moment the source deductions were made (all regardless of whether the employer's property is subject to a security interest). It also deems that, to the extent of any unremitted source deductions, the employer's property is property "beneficially owned" by the Crown, notwithstanding any security interest in the employer's property:

(4.1) Notwithstanding any other provision of this Act, the *Bankruptcy and Insolvency Act* (except sections 81.1 and 81.2 of that Act), any other enactment of Canada, any enactment of a province or any other law, where at any time an amount deemed by subsection 227(4) to be held by a person in trust for Her Majesty is not paid to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act, property of the person and property held by any secured creditor (as defined in subsection 224(1.3)) of that person that but for a security interest (as defined in subsection 224(1.3)) would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust is deemed

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

(b) to form no part of the estate or property of the person from the time the amount was so deducted or

salaires qu'il verse à ses employés (retenues à la source) et qu'il remette ces montants au receveur général au moment fixé par règlement. Une fois les retenues à la source faites, elles sont réputées être détenues, aux termes du par. 227(4), séparées des biens de l'employeur et des biens détenus par son créancier garanti, et ce, malgré toute autre garantie sur ces biens. Les retenues à la source sont réputées être détenues en fiducie pour Sa Majesté en vue de lui être versées au moment fixé par règlement.

[97] Si les retenues à la source ne sont pas versées au moment fixé par règlement, le par. 227(4.1) élargit la portée de la fiducie visée au par. 227(4). Une fiducie est réputée s'appliquer aux biens de l'employeur jusqu'à concurrence de la valeur des retenues à la source non versées. Cette fiducie est réputée exister depuis le moment où les retenues à la source ont été faites et n'avoir pas fait partie du patrimoine ou des biens de l'employeur depuis le moment où les retenues à la source ont été faites (peu importe si les biens de l'employeur sont assujettis à une garantie). Les biens de l'employeur jusqu'à concurrence de la valeur des retenues à la source non versées sont aussi réputés être des biens dans lesquels la Couronne a un « droit de bénéficiaire » malgré toute autre garantie sur ces biens :

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

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

(b) ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne à compter du moment où le montant est

withheld, whether or not the property has in fact been kept separate and apart from the estate or property of the person and whether or not the property is subject to such a security interest

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

[98] The *ITA* defines “security interest” in s. 224(1.3):

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

[99] As emphasized by the Crown, ss. 227(4) and 227(4.1) were amended to their current form — excerpted above — to reverse the effect of this Court’s decision in *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411. The Crown submits that, in explicitly reversing *Sparrow Electric*’s result, Parliament meant to always give the Crown super-priority in an insolvency. I do not agree that such a broad conclusion can be drawn from this legislative history. In *Sparrow Electric*, the issue was who, between a lending bank and the Crown, had priority in the debtor’s bankruptcy. The bank had a general security agreement over all of the debtor’s property, which it entered into several months before successfully petitioning the debtor into bankruptcy. While the debtor also owed the Crown \$625,990.86 in unremitted source deductions at the time of the bankruptcy, the first instance of non-remittance to the Crown was *after* the bank entered its general security agreement.

déduit ou retenu, que ces biens aient été ou non tenus séparés de ses propres biens ou de son patrimoine et qu’ils soient ou non assujettis à une telle garantie.

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

[98] Le paragraphe 224(1.3) de la *LIR* définit « garantie » ainsi :

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

[99] Comme l’a souligné la Couronne, les par. 227(4) et 227(4.1) ont été modifiés en leur version actuelle — extraits précités — afin d’annuler l’effet de l’arrêt de notre Cour *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411. La Couronne soutient qu’en infirmant expressément l’arrêt *Sparrow Electric*, le législateur voulait toujours accorder à la Couronne une super priorité dans un cas d’insolvabilité. Je ne suis pas d’avis qu’une conclusion aussi générale puisse être tirée de cet historique législatif. Dans l’arrêt *Sparrow Electric*, la question était de savoir qui, de la banque prêteuse ou de la Couronne, avait la priorité dans le cadre de la faillite de la débitrice. La banque bénéficiait d’une convention de garantie générale portant sur tous les biens de la débitrice, convention que la banque avait signée plusieurs mois avant que sa requête en faillite contre la débitrice soit accueillie. Si la débitrice devait également à la Couronne 625 990,86 \$ en retenues à la source non versées au moment de sa faillite, le premier défaut de versement à la Couronne ne s’était produit qu’après que la banque eut signé sa convention de garantie générale.

[100] Iacobucci J., writing for a majority of the Court, held in favour of the bank. At that time, the deemed trust was worded differently, triggering only upon an event of “liquidation, assignment, receivership or bankruptcy”, and the amount of the unremitted source deductions was only deemed to be held “separate from and form no part of the estate in liquidation, assignment, receivership or bankruptcy” (para. 13 (emphasis added)). The majority therefore concluded that the deemed trust did not attach to the debtor’s property because, at the relevant time, that property was already “legally the [bank’s]” (para. 98). Because the bank had a fixed and specific charge over all of the debtor’s property, there was nothing left for the trust to attach to. The trust could not be effective unless there was some unencumbered asset in the bankruptcy out of which the trust could be deemed (para. 99).

[101] After *Sparrow Electric*, Parliament amended the deemed trust to ensure that, in a case like *Sparrow Electric*, the deemed trust attached notwithstanding any security interest held in the debtor’s property (*First Vancouver*, at para. 27). As Iacobucci J. explained in *First Vancouver*, Parliament intended “to grant priority to the deemed trust in respect of property that is also subject to a security interest regardless of when the security interest arose in relation to the time the source deductions were made or when the deemed trust takes effect” (para. 28).¹

[102] In this appeal, the Crown argues that a court-ordered priming charge under the *CCAA* is a security interest for the purposes of the Crown’s deemed

[100] Le juge Iacobucci, s’exprimant au nom de la majorité de la Cour, a tranché en faveur de la banque. À ce moment-là, les dispositions relatives à la fiducie réputée étaient formulées différemment, ne s’appliquant qu’en cas de « liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite », et le montant des retenues à la source non versées était seulement considéré comme tenu « séparé et ne formant pas partie du patrimoine visé par la liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite » (par. 13 (je souligne)). La majorité a donc conclu que la fiducie réputée ne s’attachait pas aux biens de la débitrice puisqu’au moment visé, ces biens appartenaient déjà « légalement à [la banque] » (par. 98). Étant donné que la banque bénéficiait d’un privilège fixe et spécifique sur tous les biens de la débitrice, la fiducie ne pouvait s’attacher à rien. La fiducie ne pouvait s’appliquer que s’il existait des éléments d’actifs libres de toute charge qui auraient pu faire l’objet d’une fiducie réputée (par. 99).

[101] À la suite de l’arrêt *Sparrow Electric*, le législateur a modifié les dispositions relatives à la fiducie réputée de sorte que, dans une affaire comme *Sparrow Electric*, la fiducie réputée s’applique malgré toute autre garantie grevant les biens du débiteur (*First Vancouver*, par. 27). Comme l’a expliqué le juge Iacobucci dans l’arrêt *First Vancouver*, le législateur voulait accorder « la priorité de rang à la fiducie réputée lorsque les biens sont par ailleurs grevés d’une garantie, que celle-ci ait pris effet avant ou après les retenues à la source ou l’application de la fiducie réputée » (par. 28).¹

[102] Dans le présent pourvoi, la Couronne affirme qu’une charge super prioritaire ordonnée par un tribunal en vertu de la *LACC* constitue une garantie

¹ It bears noting, however, that ss. 227(4) and 227(4.1) of the *ITA* do not give the Crown priority over all creditors. They explicitly carve out an exception for the rights of unpaid suppliers (*Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 81.1) and the rights of farmers, fisherman, and aquaculturists (s. 81.2). In addition, s. 227(4.2) of the *ITA* carves out an exception for a prescribed security interest, defined in the *Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945, s. 2201. Broadly, a prescribed security interest is a mortgage in land or a building which is registered before the failure to remit the source deductions at issue (Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/99-322, *Canada Gazette*, Part II, vol. 133, No. 17, August 18, 1999, at pp. 2041-42).

¹ Il convient toutefois de noter que les par. 227(4) et 227(4.1) de la *LIR* n’accordent pas à la Couronne la priorité sur tous les créanciers. Ils prévoient explicitement une exception pour les droits des fournisseurs impayés (*Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 81.1) et les droits des agriculteurs, des pêcheurs et des aquiculteurs (art. 81.2). En outre, le par. 227(4.2) de la *LIR* prévoit une exception pour les garanties visées par règlement, définies dans le *Règlement de l’impôt sur le revenu*, C.R.C., c. 945, art. 2201. De façon générale, est une garantie visée par règlement une hypothèque qui greève un fond de terre ou un bâtiment, à condition que l’hypothèque ait été enregistrée avant le non-versement des retenues à la source en cause (Résumé de l’étude d’impact de la réglementation, DORS/99-322, *Gazette du Canada*, partie II, vol. 133, n° 17, 18 août 1999, p. 2041-2042).

trust. I agree that the definition of “security interest” in s. 224(1.3) of the *ITA* is broad, capturing “any interest in . . . property that secures payment or performance of an obligation and includes an interest . . . created by or arising out of a . . . charge . . . , however or whenever arising, created, deemed to arise or otherwise provided for”. However, Wood makes the observation that court-ordered charges are fundamentally different in nature from the security interests that arise by consensual agreement or by operation of law enumerated in s. 224(1.3) because “they are integrally connected to insolvency proceedings that operate for the benefit of the creditors as a group” (Wood (2020), at p. 98). As a result, he reasons that “it would be reasonable to expect that they would be specifically mentioned in the *ITA* definition of security interest if they were to be included” (p. 98).

[103] While s. 227(4.1) undeniably operates notwithstanding any security interest — and priming charge — over the debtor’s property, the legislative history post-*Sparrow Electric* says nothing about the Crown’s specific right to unremitted source deductions, pursuant to the deemed trust, when a company undergoes restructuring under the *CCAA*. Even if, as the Crown insists, a priming charge under the *CCAA* is a security interest for the purposes of the Crown’s deemed trust (and I do not settle that debate in these reasons), that does not define what *rights* the Crown has, in a *CCAA* restructuring, pursuant to its deemed trust. This Court has never considered how s. 227(4.1) of the *ITA* interacts with the *CCAA* regime in light of the seminal insolvency decisions in *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, and *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271. This appeal calls on this Court to do so.

pour les besoins de la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne. Je conviens que la définition du terme « garantie » figurant au par. 224(1.3) de la *LIR* est large et assimile « [un] intérêt sur un bien qui garantit l’exécution d’une obligation, notamment un paiement » et en précisant que « [s]ont en particulier des garanties les intérêts [. . .] droits nés ou découlant de charges, quelle qu’en soit la nature, de quelque façon ou à quelque date qu’elles soient créées, réputées exister ou prévues par ailleurs ». Cependant, Wood fait remarquer avec justesse que les charges constituées par un tribunal diffèrent fondamentalement des garanties énumérées au par. 224(1.3) qui prennent leur source dans un accord consensuel ou l’application de la loi, car [TRADUCTION] « elles sont intimement liées aux procédures d’insolvabilité qui fonctionnent au profit de l’ensemble des créanciers » (Wood (2020), p. 98). Par conséquent, il opine qu’« il serait raisonnable de s’attendre à ce qu’elles soient expressément mentionnées dans la définition de garantie qui figure dans la *LIR* si elles devaient en faire partie » (p. 98).

[103] Bien que le par. 227(4.1) s’applique indéniablement en dépit de l’existence de toute garantie — ou charge super prioritaire — grevant les biens du débiteur, l’évolution des textes législatifs depuis le prononcé de l’arrêt *Sparrow Electric* est muette à propos du droit spécifique de la Couronne sur les retenues à la source non versées, au titre de la fiducie réputée, lorsqu’une entreprise fait l’objet d’une restructuration sous le régime de la *LACC*. Même si, comme l’affirme avec insistance la Couronne, une charge super prioritaire au titre de la *LACC* est une garantie pour les besoins de la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne (et je ne tranche pas cette question dans les présents motifs), cela ne définit pas les *droits* de la Couronne au titre de la fiducie réputée dans le cadre d’une restructuration sous le régime de la *LACC*. Notre Cour ne s’est jamais penchée sur la façon dont le par. 227(4.1) de la *LIR* interagit avec le régime de la *LACC* à la lumière des arrêts de principe en matière d’insolvabilité *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, et *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271. Le présent pourvoi appelle notre Cour à le faire.

(2) The Right of Beneficial Ownership in Section 227(4.1) of the ITA

[104] The Crown argues that s. 227(4.1) creates a proprietary right in the Crown because it gives the Crown beneficial ownership of the amount of the unremitted source deductions. Because this is an *ownership* right, the amount of the unremitted source deductions is taken out of the debtor's estate, effectively giving the Crown super-priority. In other words, the Crown agrees with the dissent in the Court of Appeal: that property is the Crown's property and a CCAA judge cannot order a charge over it. The Respondents, in line with the Court of Appeal majority, submit that s. 227(4.1) creates a security interest and can therefore be subordinated to a priming charge under the CCAA.

[105] These submissions rely heavily on characterizing the Crown's interest as either a "security interest" or as "proprietary" in nature. However, in my view, defining an entitlement as one or the other does not resolve the issues on appeal because neither characterization has essential features in the abstract. Rather, a statutory entitlement takes its character from the statutory provision. General concepts of "proprietary right" and "security interest" — or of "property," "trust" and "beneficial ownership" — are of limited assistance in this analysis.

[106] This Court has noted that property is often understood as a "bundle of rights" and obligations (*Saulnier v. Royal Bank of Canada*, 2008 SCC 58, [2008] 3 S.C.R. 166, at para. 43). Depending on which rights someone holds, their "bundle of rights" can be viewed as a weak or robust proprietary interest. For this reason, the holder of a security interest has been described as having a proprietary right in its security. In *Sparrow Electric*, for example, both Iacobucci J., writing for the majority, and Gonthier J., writing for the dissent, explained the secured creditor in that case as having a proprietary right in, and effectively owning, the debtor's property that secured its debt (paras. 42 and 98).

(2) Le droit de bénéficiaire prévu au par. 227(4.1) de la LIR

[104] La Couronne soutient que le par. 227(4.1) lui confère un droit propriétaire puisqu'il lui accorde un droit de bénéficiaire sur le montant des retenues à la source non versées. Puisqu'il s'agit d'un droit *propriétal*, le montant des retenues à la source non versées est soustrait du patrimoine du débiteur, accordant ainsi à la Couronne une super priorité. Autrement dit, la Couronne souscrit à l'opinion dissidente exprimée en Cour d'appel : le bien est la propriété de la Couronne, et un juge chargé d'appliquer la LACC ne peut ordonner aucune charge sur ce bien. Les intimées, à l'instar des juges majoritaires de la Cour d'appel, font valoir que le par. 227(4.1) crée une garantie et que celle-ci peut donc être subordonnée à une charge super prioritaire au titre de la LACC.

[105] Ces prétentions sont fondées en grande partie sur la nature de l'intérêt de la Couronne, à savoir « garantie » ou « droit propriétaire ». Cependant, je suis d'avis que le fait de qualifier le droit de l'une ou l'autre façon ne permet pas de résoudre les questions en litige dans le pourvoi étant donné que ni l'une ni l'autre des qualifications ne possède de caractéristiques essentielles dans l'abstrait. La nature d'un droit est définie par la disposition législative qui le prévoit. Les concepts généraux de « droit propriétaire » et de « garantie » — ou de « bien », de « fiducie » et de « droit de bénéficiaire » — ne sont pas d'une grande utilité dans la présente analyse.

[106] Notre Cour a souligné qu'un bien est souvent interprété comme un « faisceau de droits » et d'obligations (*Saulnier c. Banque Royale du Canada*, 2008 CSC 58, [2008] 3 R.C.S. 166, par. 43). Selon les droits qu'a une personne, son « faisceau de droits » peut être considéré comme un « intérêt propriétaire » faible ou fort. Pour cette raison, on a dit que le titulaire d'une garantie a un droit propriétaire sur cette garantie. Dans l'arrêt *Sparrow Electric*, par exemple, le juge Iacobucci, au nom de la majorité, et le juge Gonthier, au nom des juges dissidents, ont expliqué que, dans cette affaire, le créancier garanti avait un droit propriétaire sur les biens de la débitrice qui servaient à garantir sa dette et qu'il était effectivement propriétaire de ces biens (par. 42 et 98).

[107] Similarly, Ronald C. C. Cuming, Catherine Walsh and Roderick J. Wood state that, in the context of personal property security legislation, a secured creditor holds a proprietary right in collateral. This is because, for these authors, “[t]he defining characteristic of a proprietary right . . . is that it is . . . enforceable against the world”, and the right of a secured creditor with a perfected security interest is enforceable against the world (*Personal Property Security Law* (2nd ed. 2012), at p. 613). Without an explanation for what the terms mean in a particular context, it is difficult to draw any conclusion from characterizing something as one or the other. (While there is a clear difference between a right *in rem* (available against the world at large) and a right *in personam* (available against a determinate set of individuals), whether the term “proprietary right” means a “right *in rem*” or the term “security interest” means a “right *in personam*” depends upon the statutory context. In any event, the submissions before this Court were not framed in these terms).

[108] This Court explained in *Saulnier* that, when analyzing the definition of property under a statute, there is little use in considering property in the abstract or even under the common law because “Parliament can and does create its own lexicon” for particular purposes (para. 16; see also *Quebec (Revenue) v. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 SCC 49, [2009] 3 S.C.R. 286, at paras. 11-12). Indeed, “interests unknown to the common law may be created by statute” (*Wotherspoon v. Canadian Pacific Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 952, at p. 999, citing Ross J. in *Town of Lunenburg v. Municipality of Lunenburg*, [1932] 1 D.L.R. 386 (N.S.S.C.), at p. 390). As a result, caution is required before importing definitions from other contexts, relying on statements or description from cases out of context, and employing general concepts like “proprietary right” and “security interest”. It is crucial in this appeal to stay within the bounds of the statutory provisions being interpreted.

[109] Section 227(4.1) states that the amount of the unremitted source deductions is “beneficially

[107] Dans le même ordre d’idées, Ronald C. C. Cuming, Catherine Walsh et Roderick J. Wood affirment que, dans le contexte des lois en matière de sûretés mobilières, un créancier garanti possède un droit propriétaire sur les biens donnés en garantie. La raison en est que, pour ces auteurs, [TRADUCTION] « [l]a caractéristique déterminante d’un droit propriétaire est [. . .] qu’il est [. . .] opposable à tous », et le droit d’un créancier garanti ayant une sûreté parfaite est opposable à tous (*Personal Property Security Law* (2^e éd. 2012), p. 613). Sans une explication de ce que signifient les termes dans un contexte donné, il est difficile de tirer quelque conclusion que ce soit de la qualification. (Bien qu’il existe une nette différence entre un droit réel (opposable à tous) et un droit personnel (opposable à un ensemble déterminé de personnes), la question de savoir si le terme « droit propriétaire » s’entend d’un « droit réel » ou si le terme « garantie » s’entend d’un « droit personnel » dépend du contexte législatif. Quoi qu’il en soit, les observations présentées devant notre Cour n’étaient pas formulées en ces termes).

[108] Dans l’arrêt *Saulnier*, notre Cour a expliqué qu’au moment d’analyser la définition d’un bien contenue dans une loi, il n’est pas utile d’examiner la notion de « bien » dans l’abstrait, ni même dans la common law parce que « le législateur peut, à des fins particulières, créer sa propre nomenclature, et il lui arrive effectivement de le faire » (par. 16; voir aussi *Québec (Revenu) c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 CSC 49, [2009] 3 R.C.S. 286, par. 11-12). En effet, « des droits étrangers à la common law peuvent naître d’une loi » (*Wotherspoon c. Canadien Pacifique Ltée*, [1987] 1 R.C.S. 952, p. 999, citant le juge Ross dans *Town of Lunenburg c. Municipality of Lunenburg*, [1932] 1 D.L.R. 386 (C.S. N.-É.), p. 390). Par conséquent, une certaine prudence s’impose avant d’utiliser des définitions tirées d’autres contextes, de s’appuyer sur des déclarations ou des descriptions tirées d’affaires hors contexte et d’employer des concepts généraux comme le « droit propriétaire » et la « garantie ». Il est essentiel, dans le présent pourvoi, de ne pas déborder du cadre des dispositions législatives à interpréter.

[109] Aux termes du par. 227(4.1), la Couronne a un « droit de bénéficiaire » sur le montant des

owned” by the Crown. However, it does not follow that this right of beneficial ownership is absolute or that the term imports specific rights that flow from it. This is not a case where Parliament has used a term with an established legal meaning — leading to an inference that Parliament has given the term that meaning in the statute in question (*R. v. D.L.W.*, 2016 SCC 22, [2016] 1 S.C.R. 402, at para. 20). The concept of beneficial ownership does not have a precise doctrinal meaning in the common law of Canada, and it does not exist in the civil law of Quebec. It is also not used consistently in the *ITA*. The meaning of “beneficially owned” in s. 227(4.1) can only be understood in the specific, relevant statutory context in which it arises. To that end, while s. 227(4.1) uses the mechanism of a trust and confers some type of beneficial ownership on the Crown, it modifies even those features of beneficial ownership that are widely associated with it under the common law.

[110] As a federal statute with national application, the *ITA* rests on the private law of the provinces. This relationship of complementarity is codified in s. 8.1 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21. However, the federal statute can derogate and dissociate itself from the private law when it legislates on a matter that falls within its jurisdiction: see M. Lamoureux, “*The Harmonization of Tax Legislation Dissociation: A Mechanism of Exception Part III*” (online). As I shall explain, the trust created by s. 227(4.1) disassociates itself from the requirements of a trust in both the provincial common law and civil law.

[111] I proceed as follows: (1) there is no settled doctrinal meaning of the term beneficial ownership; and (2) s. 227(4.1) does not create a true trust because there is no certainty of subject matter. A lack of certainty of subject matters means that the Crown cannot, through tracing, claim appreciation of trust value and the trustee (tax debtor) is free to dispose of trust property. These features render the Crown’s beneficial ownership weaker than generally understood at common law. The result is an interest “unknown to the common [or civil] law”. We cannot, therefore, look at s. 227(4.1) in isolation to define

retenues à la source non versées. Il ne s’ensuit toutefois pas que ce droit de bénéficiaire est absolu ni qu’il découle de ce terme des droits particuliers. Il ne s’agit pas en l’espèce d’un cas où le législateur a utilisé un terme ayant une signification juridique bien établie — menant à une inférence selon laquelle le législateur a donné cette signification précise au terme dans la loi en question (*R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402, par. 20). Le concept du droit de bénéficiaire n’a pas de signification doctrinale précise dans la common law canadienne, et il n’existe pas dans le droit civil québécois. Il n’est pas non plus utilisé de façon uniforme dans la *LIR*. Le sens du terme « droit de bénéficiaire » utilisé au par. 227(4.1) ne peut être saisi que dans le contexte législatif précis et pertinent où il est employé. À cet égard, bien que le par. 227(4.1) prévoit un mécanisme de fiducie et qu’il confère un certain droit de bénéficiaire à la Couronne, il modifie les caractéristiques qui sont généralement associées à ce droit de bénéficiaire dans la common law.

[110] En tant que loi fédérale d’application nationale, la *LIR* repose sur le droit privé des provinces. Ce rapport de complémentarité est établi à l’art. 8.1 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21. La loi fédérale peut cependant déroger au droit privé et s’en dissocier lorsqu’elle porte sur une matière qui relève de sa compétence : voir M. Lamoureux, « *L’harmonisation des lois fiscales — La dissociation : Un mécanisme d’exception Partie III* » (en ligne). Comme je l’expliquerai, la fiducie créée en vertu du par. 227(4.1) se dissocie des conditions d’une fiducie tant en common law provinciale qu’en droit civil.

[111] Voici de quelle manière je vais procéder : (1) le terme « droit de bénéficiaire » n’a pas de signification établie dans la doctrine et (2) le par. 227(4.1) ne crée pas une fiducie véritable puisqu’il n’existe aucune certitude quant à sa matière. L’absence de certitude à cet égard signifie que la Couronne ne peut pas, au moyen du retraçage de l’origine des biens, réclamer l’appréciation de la valeur de la fiducie, et le fiduciaire (débitéur fiscal) est libre de disposer des biens de la fiducie. Ces caractéristiques font du droit de bénéficiaire de la Couronne un droit plus faible que le sens qui lui est généralement donné en

the way in which the Crown’s “beneficially owned” property under s. 227(4.1) should be treated in an insolvency — that clarification must come from, and indeed does come from, Parliament’s insolvency legislation.

(a) *No Settled Doctrinal Meaning*

[112] Beneficial ownership is most commonly used in the law of trusts to broadly distinguish between who has legal title to property (the trustee) and who has beneficial enjoyment of that property (the beneficiary). *Black’s Law Dictionary* (11th ed. 2019), for example, defines a “beneficial owner” as “[o]ne recognized in equity as the owner of something because use and title belong to that person, even though legal title may belong to someone else, esp. one for whom property is held in trust” (p. 1331).

[113] Despite this common usage, there is no clear definition of the rights flowing from the term “beneficial ownership” under the common law (see, e.g., C. Brown, “Beneficial Ownership and the Income Tax Act” (2003), 51 *Can. Tax J.* 401; M. D. Brender, “Beneficial Ownership in Canadian Income Tax Law: Required Reform and Impact on Harmonization of Quebec Civil Law and Federal Legislation” (2003), 51 *Can. Tax J.* 311, at p. 316). As well, the *Civil Code of Québec* does not have a concept of beneficial ownership (see *Canada (Attorney General) v. Caisse populaire d’Amos*, 2004 FCA 92, 324 N.R. 31, at paras. 48-49).

[114] The term itself is also contentious within the academy, giving rise to a heated debate about whether a trust beneficiary should be thought of as an *owner* at all (see, e.g., D. W. M. Waters, “The Nature of the Trust Beneficiary’s Interest” (1967), 45 *Can. Bar Rev.* 219; L. D. Smith, “Trust and Patrimony” (2008), 38 *R.G.D.* 379; B. McFarlane and R. Stevens,

common law. Il en résulte un droit « étrang[er] à la *common law* [ou au droit civil] ». Nous ne pouvons donc pas nous fier au seul par. 227(4.1) pour définir de quelle façon les biens dans lesquels la Couronne a un « droit de bénéficiaire » au titre du par. 227(4.1) devraient être traités en cas d’insolvabilité — cette précision doit venir, et elle vient effectivement, de la législation du Parlement en matière d’insolvabilité.

a) *Aucune signification établie dans la doctrine*

[112] Le concept du droit de bénéficiaire est plus couramment utilisé dans le domaine du droit des fiducies afin d’établir une distinction générale entre celui qui possède un titre en common law sur un bien (le fiduciaire) et celui qui a la jouissance de ce bien (le bénéficiaire). Selon le *Black’s Law Dictionary* (11^e éd. 2019), par exemple, le « *beneficial owner* » (propriétaire bénéficiaire) est défini comme [TRA-DUCTION] « [l]a personne reconnue en equity comme le propriétaire d’une chose parce que l’utilisation et le titre lui appartiennent, même si le titre juridique appartient peut-être à quelqu’un d’autre, surtout une personne pour qui des biens sont détenus en fiducie » (p. 1331).

[113] Malgré ce sens couramment donné, il n’existe pas de définition claire des droits qui découlent du « droit de bénéficiaire » en common law (voir, p. ex., C. Brown, « Propriété effective et Loi de l’impôt sur le revenu » (2003), 51 *Rev. fisc. can.* 454; M. D. Brender, « Propriété effective dans la législation fiscale canadienne : Réforme nécessaire et incidences sur l’harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil du Québec » (2003), 51 *Rev. fisc. can.* 355, p. 360). En outre, le concept de « droit de bénéficiaire » ne figure pas dans le *Code civil du Québec* (voir *Canada (Procureur général) c. Caisse populaire d’Amos*, 2004 CAF 92, 324 N.R. 31, par. 48-49).

[114] Également sujet à controverse dans le milieu universitaire, le terme est à l’origine d’un débat houleux sur la question de savoir si le bénéficiaire d’une fiducie devrait être considéré comme un *propriétaire* (voir, p. ex., D. W. M. Waters, « The Nature of the Trust Beneficiary’s Interest » (1967), 45 *R. du B. can.* 219; L. D. Smith, « Trust and Patrimony » (2008),

“The nature of equitable property” (2010), 4 *J. Eq.* 1; J. E. Penner, “The (True) Nature of a Beneficiary’s Equitable Proprietary Interest under a Trust” (2014), 27 *Can. J.L. & Jur.* 473; Brender, at p. 316). The conventional view is that a trust beneficiary only has a right *in personam* against the trustee to enforce the terms of the trust, which is not a proprietary right in the trust property. A different view is that a trust beneficiary has equitable ownership of trust property, despite the existence of an intermediary with legal title (Brown, at pp. 413-14). Some suggest that there is a midway approach in Canada: depending on the context, a beneficiary’s right is either a personal right against the trustee or a proprietary right in trust property (Brender, at p. 316).

[115] In “Beneficial Ownership and the Income Tax Act”, Brown notes the debate in the academy and analyzes how the terms “beneficial ownership”, “beneficial owner”, and “beneficially owned” are used in the *ITA*. After examining 26 provisions invoking beneficial ownership in the *ITA*, she concludes that its meaning is “no longer obvious” (p. 452).

[116] This Court need not resolve the ongoing debate. However, it serves to highlight that “the real question is what is the nature of a beneficiary’s interest in a trust when considered in the context of the legislation that is sought to be applied” (Brown, at p. 419). In the *ITA* context, Brown concludes that “the matter of what ‘beneficial ownership’ means for tax purposes must be settled within the structure of the *ITA*” (p. 435). Further, whether the beneficiary’s rights within the *ITA* are *in rem* or *in personam* will often depend on a combination of factors, like the wording of the deeming provision, private law concepts, case law, and tax policy (see pp. 435-36).

[117] In my view, the works cited above belie the notion that s. 227(4.1) of the *ITA*, and its use of the

38 *R. G. D.* 379; B. McFarlane et R. Stevens, « The nature of equitable property » (2010), 4 *J. Eq.* 1; J. E. Penner, « The (True) Nature of a Beneficiary’s Equitable Proprietary Interest under a Trust » (2014), 27 *Can. J.L. & Jur.* 473; Brender, p. 360). On estime d’ordinaire que le bénéficiaire d’une fiducie n’a que le droit personnel d’exiger du fiduciaire qu’il exécute les conditions de la fiducie, lequel droit ne constitue pas un droit de propriété sur les biens de la fiducie. Un autre avis est que le bénéficiaire d’une fiducie a un droit de propriété en equity sur les biens de la fiducie, malgré l’existence d’un intermédiaire détenant un titre légal (Brown, p. 468-469). Certains suggèrent qu’il existe une approche intermédiaire au Canada : selon le contexte, le droit d’un bénéficiaire est soit un droit personnel à l’encontre du fiduciaire, soit un droit de propriété sur les biens de la fiducie (Brender, p. 360).

[115] Dans « Propriété effective et Loi de l’impôt sur le revenu », Brown souligne le débat qui divise les spécialistes du domaine et elle analyse la façon dont les termes « *beneficial ownership* », « *beneficial owner* » et « *beneficially owned* » (« droit de bénéficiaire » et « propriétaire bénéficiaire ») sont utilisés dans la *LIR*. Après avoir étudié 26 dispositions de la *LIR* contenant « *beneficial ownership* », elle en arrive à la conclusion que son sens « n’est plus aussi évident » (p. 512).

[116] Notre Cour n’a pas à résoudre le débat en cours. Toutefois, ce débat fait ressortir que « la vraie question est la suivante : quelle est la nature de l’intérêt du bénéficiaire à l’égard d’une fiducie dans le contexte de la loi applicable [. . .] ? » (Brown, p. 474). Dans le contexte de la *LIR*, Brown conclut que « le sens du concept de propriété effective aux fins d’impôt doit être établi dans le contexte de la *LIR* » (p. 493). En outre, la question de savoir si les droits d’un bénéficiaire prévus par la *LIR* sont réels ou personnels (*in rem* ou *in personam*) dépendra souvent d’une combinaison de facteurs, comme le libellé des dispositions déterminatives, les concepts de droit privé, la jurisprudence et les politiques fiscales (voir p. 493-494).

[117] À mon avis, les ouvrages précités contredisent l’idée que le par. 227(4.1) de la *LIR*, et son

concept of beneficial ownership, is unequivocal in meaning. Not only is there no settled definition of beneficial ownership under the common law, there also appears to be no consistent meaning of the term in the *ITA*. And the concept does not exist in Quebec civil law. The meaning of beneficial ownership when used in a statute must always be construed within the context of the particular provision in which it occurs. What is necessary is careful scrutiny of s. 227(4.1), and specifically, the right of beneficial ownership it gives the Crown, particularly in the context of a statutory deemed trust with no specific subject matter.

(b) *Section 227(4.1) Does Not Create a “True” Trust*

[118] A statutory deemed trust is a unique legal vehicle. Unlike an express trust, which can be created by contract, will, or oral and written declarations, and unlike a trust that arises by operation of law, a statutory deemed trust “is a trust that legislation brings into existence by constituting certain property as trust property and a certain person as the trustee of that property” (*Guarantee Company of North America v. Royal Bank of Canada*, 2019 ONCA 9, 144 O.R. (3d) 225, at para. 18; see also A. Grenon, “Common Law and Statutory Trusts: In Search of Missing Links” (1995), 15 *Est. & Tr. J.* 109, at p. 110).

[119] Being a creature of statute, a statutory deemed trust does not have to fulfill the ordinary requirements of trust law, namely, certainty of intention, certainty of subject matter, and certainty of object (*British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24; see also *Friends of Toronto Public Cemeteries Inc. v. Public Guardian and Trustee*, 2020 ONCA 282, 59 E.T.R. (4th) 174, at para. 163).

[120] Section 227(4.1), for example, does not fulfill the ordinary requirements of the common law of trusts (see R. J. Wood and R. T. G. Reeson, “The Continuing Saga of the Statutory Deemed Trust: *Royal Bank v. Tuxedo Transportation Ltd.*” (2000),

recours au concept de droit de bénéficiaire, a un sens sans équivoque. Non seulement il n’existe aucune définition établie du « droit de bénéficiaire » dans la common law, mais il appert également que la *LIR* ne lui donne pas un sens uniforme. En outre, le concept n’existe pas en droit civil québécois. Le sens du terme « droit de bénéficiaire », lorsqu’il est employé dans une loi, doit toujours être interprété dans le contexte de la disposition où il figure. Il est nécessaire de procéder à un examen minutieux du par. 227(4.1) et, plus particulièrement, du droit de bénéficiaire qu’il confère à la Couronne, notamment dans le cas d’une fiducie réputée créée par la loi sans certitude quant à sa matière.

b) *Le paragraphe 227(4.1) ne crée pas une fiducie « véritable »*

[118] Une fiducie réputée créée par la loi est un mécanisme juridique unique. Contrairement à une fiducie expresse, qui peut être établie par contrat, par testament ou par déclaration orale ou écrite, et contrairement à une fiducie qui découle de l’application de la loi, une fiducie réputée créée par la loi [TRANSLATION] « est une fiducie que crée la loi en constituant certains biens en biens de fiducie et en désignant une certaine personne comme fiduciaire de ces biens » (*Guarantee Company of North America c. Royal Bank of Canada*, 2019 ONCA 9, 144 O.R. (3d) 225, par. 18; voir aussi A. Grenon, « Common Law and Statutory Trusts : In Search of Missing Links » (1995), 15 *Est. & Tr. J.* 109, p. 110).

[119] Tirant son origine de la législation, la fiducie réputée créée par la loi n’a pas à satisfaire aux exigences ordinaires du droit des fiducies, soit la certitude quant à l’intention, la certitude quant à la matière et la certitude quant à l’objet (*Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24; voir aussi *Friends of Toronto Public Cemeteries Inc. c. Public Guardian and Trustee*, 2020 ONCA 282, 59 E.T.R. (4th) 174, par. 163).

[120] Le paragraphe 227(4.1), par exemple, ne satisfait pas aux exigences ordinaires de la common law en matière de fiducies (voir R. J. Wood et R. T. G. Reeson, « The Continuing Saga of the Statutory Deemed Trust : *Royal Bank v. Tuxedo Transportation*

15 *B.F.L.R.* 515, at pp. 522-24). There is no identifiable trust property and therefore no certainty of subject matter (*Henfrey*, at p. 35). To use the terminology in *Henfrey*, s. 227(4.1) is not a “true” trust (p. 34). Moreover, without specific property being transferred to the trust patrimony, s. 227(4.1) does not satisfy the requirements of an autonomous patrimony contemplated by the *Civil Code of Québec* in arts. 1260, 1261 and 1278: see *Bank of Nova Scotia v. Thibault*, 2004 SCC 29, [2004] 1 S.C.R. 758, at para. 31.

[121] This departure from a standard requirement of trust formation — certainty of subject matter — results in at least two features of s. 227(4.1) that are at odds with the operation of ordinary trusts. First, through equitable tracing, the beneficiary of a trust can claim appreciation in trust value, but this advantage is impossible without identifiable trust property (*Rawluk v. Rawluk*, [1990] 1 S.C.R. 70, at pp. 79 and 92-93; *Foskett v. McKeown*, [2001] 1 A.C. 102 (H.L.), at pp. 129-31; L. D. Smith, *The Law of Tracing* (1997), at pp. 347-48). The tracing mechanism in s. 227(4.1) provides that the value of any unremitted source deductions continues to survive in the assets remaining in the tax debtor’s hands. Section 227(4.1) traces the *value* of the unremitted source deductions, necessarily capping the Crown’s right at that value. In *Sparrow Electric*, Gonthier J. explained that such a tracing mechanism is “antithetical to tracing in the traditional sense, to the extent that it requires no link at all between the subject matter of the trust and the fund or asset which the subject matter is being traced into” (para. 37; see also Wood and Reeson, at p. 518; Smith (1997), at pp. 310-20 and 347-48; R. J. Wood, “The Floating Charge in Canada” (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 191, at p. 221).

[122] While s. 227(4.1) gives the Crown beneficial ownership in the value of unremitted source deductions, it does not allow the Crown to claim more than the value of the source deductions. In other words, it gives the Crown the right of beneficial ownership

Ltd. » (2000), 15 *B.F.L.R.* 515, p. 522-524). Les biens de la fiducie ne sont pas identifiables, et il n’y a donc aucune certitude quant à sa matière (*Henfrey*, p. 35). Pour reprendre la terminologie utilisée dans l’arrêt *Henfrey*, le par. 227(4.1) ne crée pas une fiducie « véritable » (p. 34). De plus, sans transfert de biens précis au patrimoine fiduciaire, le par. 227(4.1) ne satisfait pas aux conditions d’un patrimoine autonome prévues aux art. 1260, 1261 et 1278 du *Code civil du Québec* : voir *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*, 2004 CSC 29, [2004] 1 R.C.S. 758, par. 31.

[121] Cette dérogation à une exigence normale de la constitution d’une fiducie — la certitude quant à la matière — fait en sorte qu’au moins deux caractéristiques du par. 227(4.1) ne cadrent pas avec le fonctionnement des fiducies ordinaires. Premièrement, grâce aux règles de retraçage des biens en equity, le bénéficiaire d’une fiducie peut réclamer l’appréciation de la valeur de la fiducie, mais cet avantage ne représente rien si les biens de la fiducie ne sont pas identifiables (*Rawluk c. Rawluk*, [1990] 1 R.C.S. 70, p. 79 et 92-93; *Foskett c. McKeown*, [2001] 1 A.C. 102 (H.L.), p. 129-131; L. D. Smith, *The Law of Tracing* (1997), p. 347-348). Le mécanisme de retraçage exposé au par. 227(4.1) prévoit que la valeur des retenues à la source non versées subsiste dans les actifs qui demeurent en la possession du débiteur fiscal. Le paragraphe 227(4.1) permet d’établir la *valeur* des retenues à la source non versées, limitant automatiquement le droit de la Couronne à cette valeur. Dans l’arrêt *Sparrow Electric*, le juge Gonthier a expliqué qu’un tel mécanisme permettant de retracer l’origine d’un bien était « à l’opposé du sens traditionnel du mot “retracer”, dans la mesure où il ne nécessite aucun lien entre l’objet de la fiducie et le fonds ou l’actif auquel on rattache cet objet » (par. 37; voir aussi Wood et Reeson, p. 518; Smith (1997), p. 310-320 et 347-348; R. J. Wood, « The Floating Charge in Canada » (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 191, p. 221).

[122] Si le par. 227(4.1) confère à la Couronne un droit de bénéficiaire sur la valeur des retenues à la source non versées, il ne permet pas à la Couronne de réclamer davantage que la valeur de ces retenues. Autrement dit, il confère à la Couronne un droit de

without at least some of the advantages that beneficial ownership often entails.

[123] Second, a trustee cannot normally dispose of trust property in the ordinary course of the trustee's business. Section 227(4.1), however, allows the tax debtor to dispose of its property, conveying clear title to property subject to the trust.

[124] This was the point made by Iacobucci J. in *First Vancouver* when he likened the deemed trust in s. 227(4.1) to a floating charge. Because a floating charge is a security interest, the Respondents rely on Iacobucci J.'s analogy to argue that s. 227(4.1) only creates a security interest as opposed to a proprietary right. I disagree with the Respondents' submission — the limited analogy to a floating charge in that context cannot be relied on in this case to liken the Crown's interest to a security interest for the purposes of the CCAA.

[125] One of the issues in *First Vancouver* was whether the deemed trust in s. 227(4.1) continued to attach to property that had been sold by the tax debtor to a third-party purchaser for value. The Court concluded that, in the event of a sale to a third party, “the trust property is replaced by the proceeds of sale of such property” (para. 40). This is because the deemed trust “does not attach specifically to any particular assets of the tax debtor so as to prevent their sale” and the tax debtor is thereby “free to alienate its property in the ordinary course” (para. 40). In this way, “the deemed trust is in principle similar to a floating charge over all the assets of the tax debtor” (para. 40). As a result, the deemed trust in s. 227(4.1) would not override the rights of third-party purchasers for value (para. 44).

[126] In short, the deemed trust in s. 227(4.1) clearly “anticipate[s] that the character of the tax debtor's property will change over time” (*First Vancouver*, at para. 41). In making these statements, Iacobucci J. did not, however, equate the

bénéficiaire sans certains des avantages qui y sont souvent rattachés.

[123] Deuxièmement, un fiduciaire ne peut généralement pas disposer des biens de la fiducie dans le cours normal de ses activités. Le paragraphe 227(4.1) permet toutefois au débiteur fiscal de disposer de ses biens, traduisant un titre de propriété incontestable sur les biens assujettis à la fiducie.

[124] C'est le raisonnement qu'a exprimé le juge Iacobucci dans l'arrêt *First Vancouver* quand il a comparé la fiducie réputée prévue au par. 227(4.1) à une charge flottante. Puisqu'une charge flottante est une garantie, les intimées s'appuient sur l'analogie du juge Iacobucci pour soutenir que le par. 227(4.1) crée seulement une garantie et non un droit propriétaire. Je ne souscris pas à l'affirmation des intimées — la comparaison restreinte avec une charge flottante faite dans ce contexte ne peut pas être invoquée en l'espèce pour assimiler le droit de la Couronne à une garantie pour l'application de la LACC.

[125] Une des questions soulevées dans l'arrêt *First Vancouver* était celle de savoir si la fiducie réputée prévue au par. 227(4.1) s'attachait toujours aux biens vendus à titre onéreux à un tiers par le débiteur fiscal. La Cour a conclu que, si le bien est vendu à un tiers, « ce bien [est] alors remplacé par le produit de la vente » (para. 40). Il en est ainsi parce que la fiducie réputée « ne vise pas certains biens en particulier du débiteur fiscal de façon à en empêcher la vente », le débiteur est donc « libre de se départir d'un bien détenu en fiducie dans le cadre normal de ses activités » (para. 40). De cette façon, la fiducie réputée « s'apparent[e], sur le plan des principes, à une charge flottante grevant [. . .] l'ensemble des éléments d'actif du débiteur fiscal » (para. 40). Par conséquent, la fiducie réputée prévue au par. 227(4.1) ne l'emporterait pas sur le respect des droits de l'acquéreur à titre onéreux (para. 44).

[126] En résumé, dans le cas d'une fiducie réputée prévue au par. 227(4.1), « il est [clairement] à prévoir que la nature des biens du débiteur fiscal changera avec le temps » (*First Vancouver*, par. 41). Le juge Iacobucci n'a toutefois pas assimilé la fiducie réputée

deemed trust in s. 227(4.1) to a floating charge for all purposes. Otherwise, the trust would not attach until an event of crystallization, and s. 227(4.1) clearly contemplates that the trust attaches from the moment source deductions are made or withheld (see s. 227(4.1)(a) and (b); see also A. Duggan and J. Ziegel, “Justice Iacobucci and the Canadian Law of Deemed Trusts and Chattel Security” (2007), 57 *U.T.L.J.* 227, at p. 246; Wood (1989), at p. 195).

[127] The Court’s limited analogy to a floating charge in *First Vancouver* helps explain why “beneficial ownership” in s. 227(4.1) again means something narrower than it does outside of that statutory context. The Crown’s right of beneficial ownership does not prevent the trustee from disposing of trust property until the Canada Revenue Agency (CRA) enforces the deemed trust (Canada Revenue Agency, *Tax collections policies* (online); see also *ITA*, ss. 222, 223(1) to (3), (5) and (6) and 224(1)). Freely disposing of trust property, including for one’s own business purposes, is obviously not something a trustee can do under the common law.

[128] The Crown’s reliance on s. 227(4.1)(b) of the *ITA* is misplaced for similar reasons. That clause specifies that the amount of the unremitted source deductions is deemed to “form no part of the estate or property of the person from the time the amount was so deducted or withheld”. The Crown argues that this is further clarification that a *CCAA* judge cannot order a charge over that amount. Again, the deeming words of s. 227(4.1)(b) must be interpreted in the context of a trust without certainty of subject matter. To say that a certain *amount* does not form part of the debtor’s estate or property reiterates that the Crown has an interest in that amount; it also clarifies that the debtor’s interest in its estate is reduced by that amount. However, it does not change the *makeup* of the estate itself — it does not change the specific property that constitutes the debtor’s estate. So long as the thing that is deemed not to form part of the debtor’s estate or property is an amount or value of money rather than property with a specific subject

prévue au par. 227(4.1) à une charge flottante à toutes les fins. Sinon, la fiducie ne s’appliquerait pas avant la cristallisation du droit, et le par. 227(4.1) indique clairement que la fiducie s’applique dès le moment où les retenues à la source sont faites ou détenues (voir les al. 227(4.1)a) et b); voir aussi A. Duggan et J. Ziegel, « Justice Iacobucci and the Canadian Law of Deemed Trusts and Chattel Security » (2007), 57 *U.T.L.J.* 227, p. 246; Wood (1989), p. 195).

[127] L’analogie restreinte avec une charge flottante faite par la Cour dans l’arrêt *First Vancouver* aide à expliquer pourquoi le « droit de bénéficiaire » prévu au par. 227(4.1) a une signification plus étroite dans son contexte législatif qu’en dehors de celui-ci. Le droit de bénéficiaire de la Couronne n’empêche pas le fiduciaire de disposer des biens de la fiducie jusqu’à ce que l’Agence du revenu du Canada (ARC) fasse exécuter la fiducie réputée (Agence du revenu du Canada, *Politiques de recouvrement de l’impôt* (en ligne); voir aussi la *LIR*, art. 222 et par. 223(1) à (3), par. 223 (5) et (6) et par. 224(1)). Disposer librement des biens d’une fiducie, y compris pour ses propres activités commerciales, n’est manifestement pas une chose qu’un fiduciaire peut faire selon les règles de la common law.

[128] C’est à tort, pour des raisons semblables, que la Couronne s’appuie sur l’al. 227(4.1)b) de la *LIR*. Cette disposition précise que le montant des retenues à la source non versées est réputé « ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne à compter du moment où le montant est déduit ou retenu ». La Couronne plaide que cette disposition vient renforcer la thèse selon laquelle le juge chargé d’appliquer la *LACC* ne peut pas ordonner de charge sur ce montant. Une fois de plus, la disposition déterminative de l’al. 227(4.1)b) doit être interprétée dans le contexte d’une fiducie créée sans certitude quant à sa matière. Dire qu’un certain *montant* ne fait pas partie du patrimoine ou des biens d’un débiteur confirme que la Couronne a un intérêt à l’égard de ce montant; cela confirme également que ce montant est soustrait de l’intérêt du débiteur dans son patrimoine. Cependant, cela ne change rien à la *constitution* du patrimoine lui-même — les biens précis qui font partie du patrimoine du débiteur ne changent pas. Tant que ce

matter, the debtor's estate remains unchanged and the debtor continues to have control over it.

[129] To conclude, beneficial ownership under s. 227(4.1) is a manipulation of the concept of beneficial ownership under ordinary principles of trust law. The logical incoherence of s. 227(4.1) has prompted some scholars to criticize the provision as using inappropriate legal concepts. For example, Wood and Reeson state:

... we believe that the design of [s. 227(4.1) of the *ITA*] is deeply flawed. . . . In large measure, the difficulties have as their source the use of inappropriate legal concepts. The concept of a trust is used in the legislation, but in virtually every respect the characteristics of a trust are lacking. The employer is not actually required to hold the money separate and apart, the usual fiduciary obligations of a trustee are absent, and the trust exists without a *res*. The law of tracing is similarly corrupted. The tracing exercise does not seek to identify a chain of substitutions, and a proprietary claim is available without the need for a proprietary base.

...

The misuse of the trust concept and the perversion of conventional tracing principles empty these concepts of meaning and will pose a threat to the rationality of the law. [Footnote omitted; pp. 531-33.]

[130] Others have similarly commented that, in substance, s. 227(4.1) only creates a security interest (J. S. Ziegel, "Crown Priorities, Deemed Trusts and Floating Charges: *First Vancouver Finance v. Minister of National Revenue*" (2004), 45 C.B.R. (4th) 244, at p. 248; Duggan and Ziegel, at pp. 239 and 245-46; M. J. Hanlon, V. Tickle and E. Csiszar, "Conflicting Case Law, Competing Statutes, and the Confounding Priority Battle of the Interim Financing Charge and the Crown's Deemed Trust for Source

qui est réputé ne pas faire partie du patrimoine ou des biens du débiteur est un montant d'argent — et non des biens qui ont une matière précise — le patrimoine du débiteur demeure inchangé et le débiteur en conserve la maîtrise.

[129] En conclusion, le droit de bénéficiaire prévu au par. 227(4.1) constitue une manipulation du concept du droit de bénéficiaire selon les principes ordinaires du droit des fiducies. L'incohérence logique du par. 227(4.1) a mené certains auteurs à critiquer la disposition, faisant valoir qu'elle emploie des concepts juridiques inappropriés. Par exemple, Wood et Reeson affirment ce qui suit :

[TRADUCTION] . . . nous croyons que la conception du [par. 227(4.1) de la *LIR*] comporte de graves lacunes. [. . .] Dans une large mesure, les lacunes découlent de l'emploi de concepts juridiques inappropriés. On recourt au concept de fiducie, mais à pratiquement tous les égards, les caractéristiques d'une fiducie ne sont pas présentes. L'employeur n'est, en réalité, pas tenu de détenir l'argent séparément de ses propres biens, les obligations qui incombent généralement à un fiduciaire sont absentes, et la fiducie existe sans certitude quant à la matière. En outre, les règles de retraçage des biens ne sont pas respectées. Le retraçage des biens ne vise pas à déterminer une chaîne de substitutions, et une réclamation fondée sur un droit de propriété est possible sans qu'il soit nécessaire qu'il y ait droit de propriété.

...

Le recours erroné au concept de fiducie et le détournement des principes ordinaires d'établissement de l'origine des biens vident ces concepts de leur sens et compromettent la rationalité du droit. [Note en bas de page omise; p. 531-533.]

[130] D'autres ont également dit qu'en substance, le par. 227(4.1) crée uniquement une garantie (J. S. Ziegel, « Crown Priorities, Deemed Trusts and Floating Charges : *First Vancouver Finance v. Minister of National Revenue* » (2004), 45 C.B.R. (4^e) 244, p. 248; Duggan et Ziegel, p. 239 et 245-246; M. J. Hanlon, V. Tickle et E. Csiszar, « Conflicting Case Law, Competing Statutes, and the Confounding Priority Battle of the Interim Financing Charge and the Crown's Deemed Trust for Source Deductions »,

Deductions”, in J. P. Sarra et al., eds., *Annual Review of Insolvency Law 2018* (2019), 897).

[131] Similarly, in *Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, this Court rejected the Crown’s argument that s. 222(3) of the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15 (*ETA*), which is nearly identical to s. 227(4.1) of the *ITA*, created a proprietary right in the Crown (paras. 20-27). In that case, the debtor companies owed goods and services tax (GST) at the time of their respective bankruptcies. As the Crown’s GST claims are unsecured in bankruptcy, the tax authorities took the position that amounts owing up to the date of the bankruptcy were the Crown’s property. This Court unanimously disagreed with that position, concluding that the manner and mechanism of collecting GST was not consistent with a proprietary right (paras. 21-23).

[132] In any event, treating s. 227(4.1) as only effectively creating a security interest would not resolve the issues in this appeal without reference to how the Crown’s interest arises under the *CCAA*. As noted above, broad general characterizations do not help in defining the specific attributes of this deemed trust. This Court must grapple with the fact that s. 227(4.1) is both structured as a security interest, like a charge, but also uses the mechanism of a deemed trust.

[133] The takeaway for this appeal is that the structure of s. 227(4.1), on its own, does not shed light on what to do with the Crown’s beneficial ownership of unremitted source deductions in the insolvency regimes. Although the provision is clear that the Crown’s right operates notwithstanding other security interests, the content of that right for the purposes of insolvency cannot be inferred solely from the text of the *ITA*. The unique statutory device manipulates private law concepts and cannot be carried through to a logical conclusion for the purposes of insolvency. For this reason, it is not surprising that the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (*BIA*) and the *CCAA* specifically articulate

dans J. P. Sarra et autres, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2018* (2019), 897).

[131] De la même façon, dans l’arrêt *Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, notre Cour a rejeté l’argument de la Couronne selon lequel le par. 222(3) de la *Loi sur la taxe d’accise*, L.R.C. 1985, c. E-15 (*LTA*), quasi identique au par. 227(4.1) de la *LIR*, conférait à la Couronne un droit propriétaire (par. 20-27). Dans cette affaire, les compagnies débitrices devaient des montants de taxe sur les produits et services (TPS) au moment de leurs faillites respectives. Puisque les réclamations de la Couronne à l’égard de la TPS ne sont pas garanties en cas de faillite, les autorités fiscales ont soutenu que les montants dus à la date de la faillite appartenaient à la Couronne. Notre Cour a rejeté à l’unanimité cet argument, concluant que le mode et le mécanisme de perception de la TPS ne concordaient pas avec un droit de propriété (par. 21-23).

[132] Quoi qu’il en soit, considérer que le par. 227(4.1) ne crée en réalité qu’une garantie, sans examiner la façon dont l’intérêt de la Couronne découle de la *LACC*, ne résoudrait pas les questions en litige dans le présent pourvoi. Comme je l’ai mentionné précédemment, les qualifications générales n’aident pas à définir les attributs précis de la fiducie réputée en cause. Notre Cour doit composer avec le fait que le par. 227(4.1) est structuré comme une garantie (p. ex., une charge), mais qu’il utilise également le mécanisme d’une fiducie réputée.

[133] Ce qu’il faut retenir pour le présent pourvoi, c’est que la structure du par. 227(4.1) ne permet pas à elle seule de faire la lumière sur ce qu’il convient de faire, dans le cadre des régimes d’insolvabilité, avec le droit de bénéficiaire que détient la Couronne sur les retenues à la source non versées. Bien que la disposition indique clairement que le droit de la Couronne s’applique malgré toute autre garantie, la teneur de ce droit dans un contexte d’insolvabilité ne peut être déduite uniquement du texte de la *LIR*. Le mécanisme unique créé par la loi adapte les concepts de droit privé et ne peut mener à une conclusion logique dans un contexte d’insolvabilité. Pour cette raison, il n’est pas étonnant que la *Loi sur la faillite*

how the deemed trust for unremitted source deductions should be treated.

[134] I now turn to that half of the equation: Parliament’s insolvency regime.

B. *How Is the Crown’s Deemed Trust for Unremitted Source Deductions Treated in Parliament’s Insolvency Regime?*

(1) Parliament’s Insolvency Regime

[135] There are three main statutes in Parliament’s insolvency regime: the *CCAA*, which is at issue in this appeal, the *BIA* and the *Winding-up and Restructuring Act*, R.S.C. 1985, c. W-11 (*WURA*). (The *WURA* covers insolvencies of financial institutions and certain other corporations, like insurance companies, and is not relevant to this appeal (s. 6(1); *9354-9186 Québec inc. v. Callidus Capital Corp.*, 2020 SCC 10, [2020] 1 S.C.R. 521, at para. 39)). In *Century Services*, Deschamps J., writing for the majority, described insolvency as

the factual situation that arises when a debtor is unable to pay creditors Certain legal proceedings become available upon insolvency, which typically allow a debtor to obtain a court order staying its creditors’ enforcement actions and attempt to obtain a binding compromise with creditors to adjust the payment conditions to something more realistic. Alternatively, the debtor’s assets may be liquidated and debts paid from the proceeds according to statutory priority rules. The former is usually referred to as reorganization or restructuring while the latter is termed liquidation. [para. 12]

[136] The *BIA* contains both a liquidation regime and a restructuring regime (*Century Services*, at paras. 13 and 78). The liquidation regime provides a detailed statutory scheme of distribution whereby the debtor’s assets are liquidated and distributed to creditors. In contrast, the restructuring regime allows

et l’insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3 (*LFI*), et la *LACC* énoncent précisément la façon dont la fiducie réputée créée à l’égard des retenues à la source non versées devrait être traitée.

[134] Je passe maintenant à cette autre moitié de l’équation : le régime d’insolvabilité du législateur.

B. *De quelle façon la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l’égard des retenues à la source non versées est-elle traitée dans le régime d’insolvabilité du législateur?*

(1) Régime d’insolvabilité du législateur

[135] Le régime d’insolvabilité du législateur comporte trois lois principales : la *LACC*, qui est en cause dans le présent pourvoi, la *LFI* et la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, L.R.C. 1985, c. W-11 (*LLR*). (La *LLR* porte sur l’insolvabilité d’institutions financières et d’autres sociétés en particulier, telles les compagnies d’assurance, et elle n’est pas pertinente en l’espèce (par. 6(1); *9354-9186 Québec inc. c. Callidus Capital Corp.*, 2020 CSC 10, [2020] 1 R.C.S. 521, par. 39)). Dans l’arrêt *Century Services*, la juge Deschamps, se prononçant au nom de la majorité, a décrit l’insolvabilité ainsi :

. . . la situation de fait qui se présente quand un débiteur n’est pas en mesure de payer ses créanciers [. . .] Certaines procédures judiciaires peuvent être intentées en cas d’insolvabilité. Ainsi, le débiteur peut généralement obtenir une ordonnance judiciaire ayant pour effet de suspendre les mesures d’exécution de ses créanciers, puis tenter de conclure avec eux une transaction à caractère exécutoire contenant des conditions de paiement plus réalistes. Ou alors, les biens du débiteur sont liquidés et ses dettes sont remboursées sur le produit de cette liquidation, selon les règles de priorité établies par la loi. Dans le premier cas, on emploie habituellement les termes de réorganisation ou de restructuration, alors que dans le second, on parle de liquidation. [par. 12]

[136] La *LFI* comporte à la fois un régime de liquidation et un régime de restructuration (*Century Services*, par. 13 et 78). Le régime de liquidation contient des dispositions législatives détaillées en matière de distribution selon lesquelles l’actif du débiteur est liquidé et le produit de la liquidation

debtors to make proposals to their creditors for the adjustment and reorganization of debt. The *BIA* is available to debtors, either natural or legal persons, owing \$1,000 or more (s. 43(1)).

[137] The *CCAA* is predominantly a restructuring statute and access is restricted to companies with liabilities in excess of \$5 million (s. 3(1)). As Deschamps J. explained in *Century Services*, the purpose of the *CCAA* is remedial; it provides a means for companies to avoid the devastating social and economic consequences of commercial bankruptcies (paras. 15 and 59, quoting *Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 1 O.R. (3d) 289 (C.A.), at p. 306, per Doherty J.A., dissenting). Liquidations do not only harm creditors, but employees and other stakeholders as well. The *CCAA* permits companies to continue to operate, “preserving the *status quo* while attempts are made to find common ground amongst stakeholders for a reorganization that is fair to all” (*Century Services*, at para. 77). In enacting a restructuring statute, Parliament recognized that companies have more value as going concerns, especially since they are “key elements in a complex web of interdependent economic relationships” (para. 18).

[138] Due to its remedial nature, the *CCAA* is famously skeletal in nature (*Century Services*, at paras. 57-62). It does not “contain a comprehensive code that lays out all that is permitted or barred” (para. 57, quoting *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513, at para. 44, per Blair J.A.). Under s. 11, for example, the court may make any order that it considers appropriate in the circumstances, subject to the restrictions set out in the Act. Section 11 has been described as “the engine that drives this broad and flexible statutory scheme” (*Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5 (C.A.), at para. 36; see also *9354-9186 Québec inc.*, at para. 48). Deschamps J. observed in *Century Services* that these discretionary grants of jurisdiction to the courts have been key in allowing the *CCAA* to adapt and evolve to meet contemporary

est distribué aux créanciers. À l’inverse, le régime de restructuration permet au débiteur de présenter à ses créanciers des propositions de rajustement et de réorganisation des dettes. Les débiteurs — personnes physiques ou personnes morales — qui doivent 1 000 \$ ou plus peuvent recourir à la *LFI* (par. 43(1)).

[137] La *LACC* est avant tout une loi de restructuration, et seules les compagnies dont le passif dépasse cinq millions de dollars peuvent s’en prévaloir (par. 3(1)). Comme l’a expliqué la juge Deschamps dans l’arrêt *Century Services*, la *LACC* est de nature réparatrice; elle fournit aux compagnies un moyen d’éviter les effets dévastateurs, tant sur le plan social qu’économique, d’une faillite commerciale (par. 15 et 59, citant *Elan Corp. c. Comiskey* (1990), 1 O.R. (3d) 289 (C.A.), p. 306, le juge Doherty, dissident). Les liquidations nuisent non seulement aux créanciers, mais aussi aux employés et aux autres intéressés. La *LACC* permet aux compagnies de continuer à exercer leurs activités et de « préserver le statu quo pendant qu’on tente de trouver un terrain d’entente entre les intéressés en vue d’une réorganisation qui soit juste pour tout le monde » (*Century Services*, par. 77). En édictant une loi de restructuration, le législateur a reconnu que la valeur des compagnies demeure plus grande lorsque celles-ci peuvent poursuivre leurs activités, surtout puisqu’elles constituent « des volets essentiels d’un réseau complexe de rapports économiques interdépendants » (par. 18).

[138] Étant donné son caractère réparateur, la *LACC* est notoirement schématique par nature (*Century Services*, par. 57-62). Elle ne « contient pas un code complet énonçant tout ce qui est permis et tout ce qui est interdit » (par. 57, citant *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513, par. 44, le juge Blair). En vertu de l’art. 11, par exemple, le tribunal peut rendre toute ordonnance qu’il estime indiquée, sous réserve des restrictions prévues par la *LACC*. L’article 11 a été décrit comme étant [TRADUCTION] « le moteur de ce régime législatif large et souple » (*Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5 (C.A.), par. 36; voir aussi *9354-9186 Québec inc.*, par. 48). Dans l’arrêt *Century Services*, la juge Deschamps a fait observer que l’exercice discrétionnaire de ces pouvoirs par les tribunaux a permis à la *LACC*

business and social needs. Although judicial discretion must always be exercised in furtherance of the CCAA’s remedial purpose, it takes many forms and has proven to be flexible, innovative, and necessary (paras. 58-61; *U.S. Steel Canada Inc., Re*, 2016 ONCA 662, 402 D.L.R. (4th) 450, at para. 102).

[139] This is in contrast to the liquidation regime in the *BIA*, which has slightly different purposes. In *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, Gonthier J. explained that bankruptcy serves two goals: it “ensure[s] the equitable distribution of a bankrupt debtor’s assets among the estate’s creditors *inter se* [and it ensures] the financial rehabilitation of insolvent individuals” (para. 7; see also 9354-9186 *Québec inc.*, at para. 46). Similarly, Sarra and Houlden and Morawetz JJ. describe the purposes of the *BIA* as permitting both “an honest debtor, who has been unfortunate, to secure a discharge so that he or she can make a fresh start and resume his or her place in the business community” and “the orderly and fair distribution of the property of a bankrupt among his or her creditors on a *pari passu* basis” (*The 2020-2021 Annotated Bankruptcy And Insolvency Act* (2020), at p. 2).

[140] To realize its goals, the *BIA* is strictly rules-based and has a comprehensive scheme for the liquidation process (*Century Services*, at para. 13; *Husky Oil*, at para. 85). It “provide[s] an orderly mechanism for the distribution of a debtor’s assets to satisfy creditor claims according to predetermined priority rules” (*Century Services*, at para. 15). The *BIA*’s comprehensive nature ensures, among other things, that there is a single proceeding in which creditors are placed on an equal footing and know their rights. It also ensures that, post-discharge, the bankrupt will have enough to live on and can have a fresh start (*Canada (Superintendent of Bankruptcy) v. 407 ETR Concession Company Ltd.*, 2013 ONCA 769, 118 O.R. (3d) 161, at para. 41). While proposals under the *BIA*’s restructuring regime similarly serve a remedial purpose, “this is achieved through

d’évoluer et de s’adapter aux besoins commerciaux et sociaux contemporains. Bien que l’exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal doive toujours tendre vers la réalisation de l’objectif réparateur de la *LACC*, il peut prendre plusieurs formes et il s’est avéré souple, novateur et nécessaire (par. 58-61; *U.S. Steel Canada Inc., Re*, 2016 ONCA 662, 402 D.L.R. (4th) 450, par. 102).

[139] Ce régime contraste avec le régime de liquidation prévu par la *LFI*, dont les objectifs diffèrent légèrement. Dans *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, le juge Gonthier a expliqué que le régime de faillite a deux objectifs : il « assure un partage équitable des biens du débiteur failli entre les créanciers de l’actif [et il assure] la réhabilitation financière de la personne insolvable » (par. 7; voir aussi 9354-9186 *Québec inc.*, par. 46). Dans le même ordre d’idées, les juges Houlden et Morawetz de même que la professeure Sarra écrivent que la *LFI* vise à la fois à permettre [TRADUCTION] « à l’honnête débiteur, frappé de malchance, de se libérer de toute responsabilité afin de pouvoir prendre un nouveau départ et de réintégrer le milieu des affaires [ainsi qu’à permettre] une distribution ordonnée et équitable des biens du failli entre ses créanciers, *pari passu* » (*The 2020-2021 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act* (2020), p. 2).

[140] Pour réaliser ses objectifs, la *LFI* repose strictement sur des règles et elle établit un régime complet pour le processus de liquidation (*Century Services*, par. 13; *Husky Oil*, par. 85). Elle « peut être appliqué[e] pour répartir de manière ordonnée les biens du débiteur entre les créanciers, en fonction des règles de priorité qui y sont établies » (*Century Services*, par. 15). Le caractère exhaustif de la *LFI* garantit, entre autres choses, qu’il existe une procédure unique dans le cadre de laquelle les créanciers sont placés sur un pied d’égalité et connaissent leurs droits. Elle garantit également qu’après la libération, le failli disposera de ressources suffisantes pour subvenir à ses besoins et qu’il pourra prendre un nouveau départ (*Canada (Superintendent of Bankruptcy) c. 407 ETR Concession Company Ltd.*, 2013 ONCA 769, 118 O.R. (3d) 161, par. 41). Les propositions

a rules-based mechanism that offers less flexibility” (*Century Services*, at para. 15).

[141] Importantly, the specific goals of restructuring in the CCAA, in contrast to liquidation, result in the introduction of a key player: the interim lender. Interim financing, previously referred to as debtor-in-possession financing, is a judicially-supervised mechanism whereby an insolvent company is loaned funds for use during and for the purposes of the restructuring process. Before the 2009 amendments, there were no statutory provisions on interim financing in the CCAA, but the institution was well-established in the jurisprudence (L. W. Houlden, G. B. Morawetz and J. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (4th ed. rev. (loose-leaf)), vol. 4, at N§93; see also *Century Services*, at para. 62). The 2009 amendments codified much of the existing jurisprudence, and I discuss the statutory provisions in detail below.

[142] Interim financing is crucial to the restructuring process. It allows the debtor to continue to operate on a day-to-day basis while a workout solution is being arranged. A plan of compromise would be futile if, in the interim six months, the debtor was forced to close its doors. For this reason, Farley J., in *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 7 C.B.R. (4th) 293 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), at para. 1, quoting *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), at para. 24, observed that interim financing helps “keep the lights . . . on”. Similarly, in *Indalex*, Deschamps J. explained that giving interim lenders super-priority “is a key aspect of the debtor’s ability to attempt a workout” (para. 59, quoting J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2007), at p. 97). Without interim financing and the ability to prime (i.e., to give it priority) the interim lender’s loan, the remedial purposes of the CCAA can be frustrated (para. 58).

faites en vertu du régime de restructuration de la LFI répondent elles aussi à un objectif réparateur, « mais au moyen d’un mécanisme fondé sur des règles et offrant moins de souplesse » (*Century Services*, par. 15).

[141] Fait important, les objectifs de restructuration propres à la LACC, contrairement à la liquidation, permettent l’entrée en scène d’un acteur essentiel : le prêteur temporaire. Le financement temporaire, que l’on appelait auparavant le financement du débiteur-exploitant, est un mécanisme sous supervision judiciaire par lequel des fonds sont prêtés à une compagnie insolvable afin d’être utilisés au cours du processus de restructuration et pour les besoins de celui-ci. Avant les modifications de 2009, il n’existait pas de dispositions législatives sur le financement temporaire dans la LACC, mais le concept était bien établi dans la jurisprudence (L. W. Houlden, G. B. Morawetz et J. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (4^e éd. rév. (feuilles mobiles)), vol. 4, N§93; voir aussi *Century Services*, par. 62). Les modifications apportées en 2009 ont codifié l’essentiel de la jurisprudence existante, et j’examinerai les dispositions législatives en détail ci-dessous.

[142] Le financement temporaire est essentiel au processus de restructuration. Il permet au débiteur de continuer à exercer ses activités au quotidien pendant qu’un arrangement est mis en place. Un plan de transaction serait vain si, dans les six mois suivants, le débiteur était forcé de cesser ses activités. Pour cette raison, le juge Farley a fait observer dans *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 7 C.B.R. (4th) 293 (C.J. Ont. (Div. gén.)), par. 1, citant *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314 (C.J. Ont. (Div. gén.)), par. 24, que le financement temporaire aide à [TRADUCTION] « payer les frais courants ». De même, dans l’arrêt *Indalex*, la juge Deschamps a expliqué que le fait d’accorder une super priorité aux prêteurs temporaires constituait [TRADUCTION] « un élément clé de la capacité du débiteur de tenter de conclure un arrangement » (par. 59, citant J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2007), p. 97). Sans le financement temporaire et la capacité d’accorder la priorité au prêt du prêteur temporaire, la réalisation des objectifs réparateurs de la LACC pourrait être compromise (par. 58).

[143] With this background in mind, I turn now to consider the treatment of the Crown’s deemed trust for unremitted source deductions in Parliament’s insolvency regime.

(2) The Deemed Trust for Unremitted Source Deductions in the BIA and CCAA

[144] The statutes in this case are all federal statutes. The *ITA*, *BIA*, and *CCAA* make up a co-existing and harmonious statutory scheme, enacted by one level of government (see, e.g., R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 337, on the presumption of coherence). An example of this co-existence is when, in the insolvency regime, Parliament modifies entitlements that it otherwise grants the Crown outside of insolvency. For example, through s. 222(3) of the *ETA*, Parliament provides for a statutory deemed trust in favour of the Crown for unremitted GST. Parliament also renders that deemed trust, which is nearly identical in language to s. 227(4.1) of the *ITA*, ineffective in the *BIA* and *CCAA* (*BIA*, ss. 67(2) and 86(3); *CCAA*, s. 37(1); *Century Services*, at paras. 51-56). As I shall explain, Parliament also deals specifically with the deemed trust in s. 227(4.1) of the *ITA* in the *BIA* and *CCAA*, albeit in different ways.

[145] In the *BIA*, the deemed trust for unremitted source deductions appears in s. 67(3). Section 67 is under the heading “Property of the Bankrupt”. Section 67(1)(a) excludes property held in trust by the bankrupt from property of the bankrupt that is divisible among creditors. Section 67(2) provides that any provincial or federal deemed trust in favour of the Crown does not qualify as a trust under s. 67(1)(a) unless it would qualify as a trust absent the deeming provision (in other words, unless it would qualify as a common law or true trust) (see *Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, at para. 15; *Urbancorp Cumberland 2 GP Inc. (Re)*, 2020 ONCA 197, 444 D.L.R. (4th) 273, at paras. 32-33). Section 67(3) states that s. 67(2) does not apply in respect of the Crown’s deemed trust for unremitted

[143] Ayant ce contexte à l’esprit, je me pencherai maintenant sur le traitement de la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l’égard des retenues à la source non versées dans le cadre du régime d’insolvabilité du législateur.

(2) La fiducie réputée créée à l’égard des retenues à la source non versées — LFI et LACC

[144] Les lois en cause dans la présente affaire sont toutes fédérales. La *LIR*, la *LFI* et la *LACC* coexistent au sein d’un régime législatif harmonieux, édicté par un seul ordre de gouvernement (voir, p. ex., R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 337, sur la présomption de cohérence). Cette coexistence se manifeste par exemple lorsque, dans le régime d’insolvabilité, le législateur modifie les droits qu’il accorde autrement à la Couronne en dehors de ce régime. Par exemple, au moyen du par. 222(3) de la *LTA*, le législateur prévoit la création d’une fiducie réputée en faveur de la Couronne à l’égard de la TPS non versée. Le législateur rend aussi cette fiducie réputée, qui est quasi identique à celle prévue au par. 227(4.1) de la *LIR*, inopérante sous les régimes de la *LFI* et de la *LACC* (*LFI*, par. 67(2) et 86(3); *LACC*, par. 37(1); *Century Services*, par. 51-56). Comme je l’expliquerai, dans la *LFI* et la *LACC*, le législateur traite aussi expressément de la fiducie réputée prévue au par. 227(4.1) de la *LIR*, quoique de manière différente.

[145] Dans la *LFI*, la fiducie réputée créée à l’égard des retenues à la source non versées figure au par. 67(3). L’article 67 figure sous la rubrique « Biens du failli ». L’alinéa 67(1)a exclut du patrimoine attribué aux créanciers du failli les biens détenus par le failli en fiducie. Le paragraphe 67(2) prévoit que toute fiducie réputée créée en faveur de la Couronne en vertu d’une disposition législative fédérale ou provinciale ne peut être considérée comme une fiducie au sens de l’al. 67(1)a, si elle ne le serait pas en l’absence de la disposition législative en question (autrement dit, à moins qu’elle puisse être considérée comme une fiducie de common law ou une fiducie véritable) (voir *Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, par. 15; *Urbancorp Cumberland 2 GP Inc. (Re)*, 2020 ONCA 197, 444 D.L.R. (4th) 273,

source deductions under the *ITA*, *CPP* or *EIA*. Thus, while s. 67(2) provides in general terms an exception to s. 67(1)(a), that exception does not apply to the Crown's deemed trust for unremitted source deductions by virtue of s. 67(3).

[146] The result of this scheme is that the debtor's estate — to the extent of the unremitted source deductions — is not “property of a bankrupt divisible among his creditors” (*BIA*, s. 67(1)). For the purposes of the *BIA*'s liquidation regime, it is effectively the Crown's *property*. Together, ss. 67(1)(a) and 67(3) give content to the Crown's right of beneficial ownership under s. 227(4.1) of the *ITA*: the amount of the unremitted source deductions is taken out of the pool of money that is distributed to creditors in a *BIA* liquidation.

[147] In the *CCAA*, the Crown's deemed trust appears in ss. 37(2) and 6(3), alongside other deemed trusts and devices. Section 37(2) explicitly preserves the operation of s. 227(4.1) in *CCAA* proceedings:

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

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

par. 32-33). Le paragraphe 67(3) mentionne que le par. 67(2) ne s'applique pas à la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées en vertu de la *LIR*, du *RPC* ou de la *LAE*. Par conséquent, même si le par. 67(2) prescrit en termes généraux une exception à l'al. 67(1)a, cette exception ne s'applique pas à la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées par application du par. 67(3).

[146] Il en résulte que le patrimoine du débiteur — jusqu'à concurrence du montant des retenues à la source non versées — ne fait pas partie des « biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers » (*LFI*, par. 67(1)). Pour les besoins du régime de liquidation prévu par la *LFI*, ce sont effectivement des *biens* de la Couronne. Ensemble, l'al. 67(1)a et le par. 67(3) déterminent la teneur du droit de bénéficiaire de la Couronne prévu au par. 227(4.1) de la *LIR* : le montant des retenues à la source non versées est soustrait des fonds qui sont distribués aux créanciers dans le cadre d'une liquidation sous le régime de la *LFI*.

[147] Dans la *LACC*, il est question de la fiducie réputée de la Couronne aux par. 37(2) et 6(3), qui traitent également d'autres fiducies réputées et d'autres mécanismes. Le paragraphe 37(2) protège explicitement l'application du par. 227(4.1) dans le cadre de procédures engagées sous le régime de la *LACC* :

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

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard des sommes réputées détenues en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi* (chacun étant appelé « disposition fédérale » au présent paragraphe) ou à l'égard des sommes réputées détenues en fiducie aux termes de toute loi d'une province créant une fiducie présumée dans le seul but

Majesty in right of the province of amounts deducted or withheld under a law of the province if

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

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

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

[148] Due to this language, the Court in *Century Services* variously described the s. 227(4.1) trust as “surviv[ing]”, “continu[ing]”, and “remain[ing] effective” in the *CCCA* (see paras. 38, 45, 49, 53 and 79). The Crown relies on these observations to argue that the deemed trust remains fully intact in the *CCAA*, conferring a proprietary right on the Crown that cannot be subordinated to any other party.

[149] In my view, the Crown’s submission over-extends the analysis in *Century Services*. The issue in that case was whether the deemed trust under s. 222(3) of the *ETA* for unremitted GST was effective in the *CCAA*. As mentioned, s. 222(3) is almost identical in wording to s. 227(4.1) of the *ITA*, providing that the deemed trust extends to property of the tax debtor equal in value to the amount of the unremitted GST and extends to property otherwise held by a secured creditor pursuant to a security interest.

d’assurer à Sa Majesté du chef de cette province la remise de sommes déduites ou retenues aux termes d’une loi de cette province, si, dans ce dernier cas, se réalise l’une des conditions suivantes :

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

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

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

[148] Compte tenu de ce libellé, la Cour, dans l’arrêt *Century Services*, a notamment dit des fiducies établies en application du par. 227(4.1) qu’elles « survivent » et qu’elles « continuent de s’appliquer » sous le régime de la *LACC* (voir les par. 38, 45, 49, 53 et 79). La Couronne s’appuie sur ces observations pour faire valoir que la fiducie réputée demeure parfaitement intacte sous le régime de la *LACC*, ce qui lui confère un droit propriétaire ne pouvant être subordonné à aucun autre droit.

[149] À mon avis, la prétention de la Couronne déborde l’analyse faite dans l’arrêt *Century Services*. Dans cette affaire, la question en litige était celle de savoir si la fiducie réputée créée en vertu du par. 222(3) de la *LTA* à l’égard de la TPS non versée s’appliquait sous le régime de la *LACC*. Comme je l’ai mentionné, le libellé du par. 222(3), quasi identique à celui du par. 227(4.1) de la *LIR*, prévoit que la fiducie réputée s’étend aux biens du débiteur fiscal jusqu’à concurrence du montant de la TPS

Section 222(3) of the *ETA* also provides that the deemed trust operates despite any other enactment of Canada, except the *BIA*. Thus, under the *BIA*, the Crown priority for unremitted GST is lost. However, under the *CCAA*, s. 37(1) provides that statutory deemed trusts in favour of the Crown should not be regarded as trusts unless they would qualify as trusts absent the deeming language. The Court in *Century Services* grappled with the apparent conflict between s. 222(3) of the *ETA* and s. 37(1) (then s. 18.3(1)) of the *CCAA*.

[150] A majority of the Court reasoned that, through statutory interpretation, the apparent conflict could be resolved in favour of the *CCAA* (*Century Services*, at para. 44). Parliament had shown a tendency to move away from asserting Crown priority in insolvency. Under both the *BIA* and *CCAA*, it had enacted a general rule that deemed trusts in favour of the Crown are ineffective in insolvency. It had also explicitly carved out an exception to that general rule for unremitted source deductions. The logic of the *CCAA* suggested that only the deemed trust for unremitted source deductions survived (paras. 45-46).

[151] Thus, while the Court emphasized that the deemed trust in s. 227(4.1) “survives” in the *CCAA*, it did not comment on *how* it survives. This Court has never considered the scope of the deemed trust under the *CCAA*, especially in light of the purposes of the *CCAA* and the equivocal nature of the beneficial ownership conferred through the deeming provision. For this appeal, it is necessary to probe into ss. 37(2) and 6(3) to determine *how* the *CCAA* construes the Crown’s right to unremitted source deductions.

[152] To that end, although s. 37(2) of the *CCAA* is almost identical to s. 67(3) of the *BIA*, it does not have the same effect because it is not nested under

non versée et aux biens détenus, par ailleurs, par un créancier garanti en vertu d’une garantie. Le paragraphe 222(3) de la *LTA* prévoit également que la fiducie réputée s’applique malgré tout autre texte législatif fédéral, sauf la *LFI*. Par conséquent, sous le régime de la *LFI*, la priorité de la Couronne à l’égard de la TPS non versée n’existe plus. Cependant, sous le régime de la *LACC*, le par. 37(1) prévoit que les fiducies réputées établies par la loi en faveur de la Couronne ne devraient pas être considérées comme des fiducies à moins qu’elles le soient en l’absence des dispositions déterminatives. Dans l’arrêt *Century Services*, la Cour s’est attaquée au conflit apparent entre le par. 222(3) de la *LTA* et le par. 37(1) (alors le par. 18.3(1)) de la *LACC*.

[150] À la majorité, la Cour a estimé, par une interprétation législative, que le conflit apparent pouvait être résolu en faveur de la *LACC* (*Century Services*, par. 44). Le législateur avait tendance à ne pas faire valoir la priorité accordée à la Couronne en situation d’insolvabilité. À la fois dans la *LFI* et dans la *LACC*, il avait adopté une règle générale selon laquelle les fiducies réputées créées en faveur de la Couronne ne s’appliquaient pas en situation d’insolvabilité. Il avait aussi explicitement établi une exception à cette règle générale pour les retenues à la source non versées. La logique de la *LACC* tendait à indiquer que seules les fiducies réputées visant les retenues à la source non versées continuaient de produire leurs effets (par. 45-46).

[151] Donc, si la Cour a souligné que la fiducie réputée prévue au par. 227(4.1) « survit » sous le régime de la *LACC*, elle n’a pas précisé *comment* elle survit. Notre Cour n’a jamais examiné la portée de la fiducie réputée sous le régime de la *LACC*, plus particulièrement à la lumière des objectifs de la *LACC* et de la nature équivoque du droit de bénéficiaire conféré au moyen de la disposition déterminative. Pour les besoins du présent pourvoi, il est nécessaire de se pencher sur les par. 37(2) et 6(3) pour déterminer *de quelle façon* la *LACC* interprète le droit de la Couronne sur les retenues à la source non versées.

[152] À cette fin, bien que le par. 37(2) de la *LACC* soit quasi identique au par. 67(3) de la *LFI*, il n’a pas le même effet puisqu’il n’est pas subordonné à une

a provision like s. 67(1)(a). Section 37(2) of the *CCAA* carves out an exception to s. 37(1), which is different from s. 67(1)(a). While s. 67(1)(a) excludes trust property from property of the bankrupt divisible among creditors, s. 37(1) only provides that “property of a debtor company shall not be regarded as being held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision”. Unlike the *BIA*, the *CCAA* is silent on how trust property should be treated and silent on what constitutes property of the debtor in a restructuring context — indeed, there is no definition of property in the *CCAA* at all. This is in keeping with the *CCAA*’s comparatively skeletal nature.

[153] The result is that s. 37(2) provides that the Crown continues to beneficially own the debtor’s property equal in value to the unremitted source deductions; the unremitted source deductions “shall . . . be regarded as being held in trust for Her Majesty”. However, although this signals that, unlike deemed trusts captured by s. 37(1), the Crown’s deemed trust continues and confers a stronger right, s. 37(2) does not explain what to do with that right for the purposes of a *CCAA* proceeding. It does not, for example, provide that trust property should be put aside, as it would be in the *BIA* context. In keeping with the *CCAA*’s flexibility, s. 37(2) says little about what the Crown’s unique right of beneficial ownership under s. 227(4.1) of the *ITA* requires. But as I shall explain, s. 11 gives the court broad discretion to consider and give effect to the Crown’s interest recognized in s. 37(2).

[154] In addition, s. 6(3) of the *CCAA* gives specific effect to the Crown’s right under the deemed trust. Under that provision, the court cannot sanction a plan of compromise unless it pays the Crown in full for unremitted source deductions within six months of the plan’s sanction (assuming the Crown does not agree otherwise):

disposition comme l’al. 67(1)a). Le paragraphe 37(2) de la *LACC* établit une exception au par. 37(1), une disposition différente de l’al. 67(1)a). Alors que cet alinéa exclut les biens de la fiducie du patrimoine d’un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers, le par. 37(1) prévoit seulement qu’« aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme [un bien détenu en fiducie pour Sa Majesté] par le seul effet d’une telle disposition ». Contrairement à la *LFI*, la *LACC* est muette à propos de la façon dont les biens de la fiducie devraient être traités de même qu’au sujet de ce qui fait partie des biens du débiteur dans un contexte de restructuration. En effet, la *LACC* ne contient aucune définition du terme « bien », ce qui est conforme à sa nature plutôt schématique.

[153] Ainsi, le par. 37(2) prévoit que la Couronne conserve un droit de bénéficiaire sur les biens du débiteur jusqu’à concurrence du montant des retenues à la source non versées, lesquelles sont « assimil[ées] [. . .] à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté ». Toutefois, bien que cela indique que, contrairement aux fiducies réputées visées par le par. 37(1), la fiducie réputée de la Couronne est maintenue et confère un droit plus fort, le par. 37(2) n’explique pas quoi faire de ce droit dans le cadre d’une procédure engagée sous le régime de la *LACC*. Il ne prévoit pas, par exemple, que les biens de la fiducie devraient être écartés, comme ce serait le cas dans le contexte de la *LFI*. Conformément à la souplesse qui caractérise la *LACC*, le par. 37(2) est peu loquace quant à ce que requiert le droit de bénéficiaire unique que confère à la Couronne le par. 227(4.1) de la *LIR*. Mais comme je vais l’expliquer, l’art. 11 confère au tribunal un vaste pouvoir discrétionnaire pour examiner l’intérêt reconnu à la Couronne par le par. 37(2) et lui donner effet.

[154] En outre, le par. 6(3) de la *LACC* donne explicitement effet au droit que possède la Couronne en vertu de la fiducie réputée. Aux termes de cette disposition, le tribunal ne peut homologuer un plan de transaction qui ne prévoit pas le paiement intégral à la Couronne des retenues à la source non versées dans les six mois suivant l’homologation (à supposer que la Couronne n’en ait pas convenu autrement) :

(3) Unless Her Majesty agrees otherwise, the court may sanction a compromise or arrangement only if the compromise or arrangement provides for the payment in full to Her Majesty in right of Canada or a province, within six months after court sanction of the compromise or arrangement, of all amounts that were outstanding at the time of the application for an order under section 11 or 11.02 and that are of a kind that could be subject to a demand under

(a) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*

[155] Pursuant to s. 6(3), then, the Crown’s right under s. 227(4.1) includes a right *not to have to compromise*. The Crown can demand to be paid in full under the plan “in priority to all . . . security interests”. The right is therefore different in kind than a security interest. While there may be some risk to the Crown that the plan may fail, and the Crown may not be paid in full if the restructuring dissolves into liquidation and the estate is depleted in the interim, the *CCAA* recognizes that there is societal value in helping a company remain a going concern. This remedial goal is at the forefront of providing flexibility in preserving the Crown’s right to unremitted source deductions in s. 37(2), and in giving a concrete effect to that right in s. 6(3) of the *CCAA*.

[156] In my view, the reason for this difference between the *BIA* and *CCAA* is straightforward. The purpose of a *BIA* liquidation is to give the debtor a fresh start and pay out creditors to the extent possible. The debtor’s property has to be divided according to the statute’s rigid priority scheme. To begin the process of distribution, it is necessary to pool together the debtor’s funds and determine what is, and is not, available for creditors. A comprehensive definition of property of the debtor is necessary, and no flexibility is needed in the regime to facilitate the liquidation process. There is also no other overarching goal, like facilitating the debtor’s restructuring, that requires an institution like interim financing or requires modifying entitlements.

(3) Le tribunal ne peut, sans le consentement de Sa Majesté, homologuer la transaction ou l’arrangement qui ne prévoit pas le paiement intégral à Sa Majesté du chef du Canada ou d’une province, dans les six mois suivant l’homologation, de toutes les sommes qui étaient dues lors de la demande d’ordonnance visée aux articles 11 ou 11.02 et qui pourraient, de par leur nature, faire l’objet d’une demande aux termes d’une des dispositions suivantes :

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

[155] Donc, selon le par. 6(3), le droit que possède la Couronne en vertu du par. 227(4.1) inclut le droit de *ne pas avoir à transiger*. La Couronne peut exiger que le plan prévoit le paiement intégral de sa créance « par priorité sur [les] garantie[s] ». Ce droit diffère donc d’une garantie par sa nature. Il y a peut-être un risque que le plan échoue et que la Couronne ne soit pas payée intégralement si la restructuration se solde par une liquidation et que le patrimoine a été épuisé en cours de route, mais la *LACC* reconnaît qu’il est bénéfique pour la société d’aider une compagnie à poursuivre ses activités. Cet objectif réparateur joue un rôle de premier plan lorsqu’il s’agit de prévoir la souplesse nécessaire pour protéger le droit que le par. 37(2) confère à la Couronne sur les retenues à la source non versées et pour donner concrètement effet à ce droit au par. 6(3) de la *LACC*.

[156] À mon avis, la raison de cette différence entre la *LFI* et la *LACC* est simple. L’objectif d’une liquidation sous le régime de la *LFI* est de permettre au débiteur de prendre un nouveau départ et de rembourser ses créanciers dans la mesure du possible. Les biens du débiteur doivent être répartis en fonction de l’ordre de priorité strict établi par la loi. Pour commencer le processus de répartition, il est nécessaire de regrouper les fonds du débiteur et de déterminer ce qui peut, ou ne peut pas, être attribué aux créanciers. Une énumération complète des biens du débiteur est nécessaire, et aucune souplesse n’est requise dans le régime pour faciliter le processus de liquidation. Il n’y a pas non plus d’autre objectif général — comme faciliter la restructuration des activités du débiteur — qui nécessite, par exemple, un financement temporaire ou une modification des droits.

[157] In a restructuring proceeding under the CCAA, however, there is no rigid formula for the division of assets. Certain debt might be restructured; other debt might be paid out. When a debtor's restructuring is on the table, the goal pivots, and interim financing is introduced to facilitate the restructuring. Entitlements and priorities shift to accommodate the presence of the interim lender — a new and necessary player who is absent from the liquidation scene.

[158] The fact that the Crown's right under s. 227(4.1) of the *ITA* is treated differently between the two statutes is therefore consistent with the different schemes and purposes of the Acts. This is not a circumstance where Parliament attempted to harmonize entitlements across the regimes (see, e.g., *Indalex*, at para. 51, per Deschamps J.). The CCAA gives the deemed trust meaning for its purposes. The concrete meaning given is that a plan of compromise must pay the Crown in full within six months of approval.

C. *Do Sections 11.2, 11.51 and 11.52 of the CCAA Permit the Court to Rank Priming Charges Ahead of the Crown's Deemed Trust for Unremitted Source Deductions?*

[159] In this case, the Initial Order subordinated the Crown's deemed trust to the Priming Charges. The courts below found that this authority is derived from ss. 11.2, 11.51 and 11.52 of the CCAA, which allow the court to order priming charges over a company's property in favour of interim lenders, directors and officers, and estate administrators. Priming charges can rank ahead of any other secured claim. For example, the relevant portions of s. 11.2, which are substantially similar to the relevant portions of ss. 11.51 and 11.52, read as follows:

11.2 (1) On application by a debtor company and on notice to the secured creditors who are likely to be affected by the security or charge, a court may make an order

[157] Cependant, dans le cadre d'une restructuration sous le régime de la *LACC*, il n'existe pas de formule stricte de répartition des actifs. Certaines dettes peuvent être restructurées, d'autres peuvent être remboursées. Lorsqu'il est question de restructurer les affaires d'un débiteur, l'objectif change, et le financement temporaire est introduit pour faciliter la restructuration. Les droits et les priorités changent du fait de l'entrée en scène d'un acteur essentiel, le prêteur temporaire, lequel ne joue aucun rôle dans la liquidation.

[158] Le fait que les deux lois traitent différemment le droit que confère à la Couronne le par. 227(4.1) de la *LIR* est donc conforme aux régimes et aux objectifs différents de celles-ci. Il ne s'agit pas d'un cas où le législateur a tenté d'harmoniser les droits conférés par les différents régimes (voir, p. ex., *Indalex*, par. 51, la juge Deschamps). La *LACC* donne à la fiducie réputée le sens qui convient à ses fins. Le sens concret donné est qu'un plan de transaction doit prévoir le paiement intégral des sommes dues à la Couronne dans les six mois suivant l'homologation du plan.

C. *Les articles 11.2, 11.51 et 11.52 de la LACC confèrent-ils au tribunal le pouvoir de faire passer les charges super prioritaires devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées?*

[159] En l'espèce, l'ordonnance initiale subordonnait la fiducie réputée de la Couronne aux charges super prioritaires. Les tribunaux d'instance inférieure ont conclu que ce pouvoir découlait des art. 11.2, 11.51 et 11.52 de la *LACC*, aux termes desquels un tribunal peut, par ordonnance, déclarer que les biens d'une compagnie sont grevés de charges super prioritaires en faveur de prêteurs temporaires, de dirigeants et d'administrateurs, et d'administrateurs de patrimoine. Les charges super prioritaires peuvent avoir préséance sur toute réclamation garantie. Par exemple, les passages pertinents de l'art. 11.2, qui sont à peu près semblables aux passages pertinents des art. 11.51 et 11.52, sont ainsi rédigés :

11.2 (1) Sur demande de la compagnie débitrice, le tribunal peut par ordonnance, sur préavis de la demande aux créanciers garantis qui seront vraisemblablement touchés

declaring that all or part of the company's property is subject to a security or charge — in an amount that the court considers appropriate — in favour of a person specified in the order who agrees to lend to the company an amount approved by the court as being required by the company, having regard to its cash-flow statement. The security or charge may not secure an obligation that exists before the order is made.

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

[160] As priming charges can “rank in priority over the claim of any secured creditor”, the definition of “secured creditor” in s. 2(1) is key:

secured creditor means a holder of a mortgage, hypothec, pledge, charge, lien or privilege on or against, or any assignment, cession or transfer of, all or any property of a debtor company as security for indebtedness of the debtor company, or a holder of any bond of a debtor company secured by a mortgage, hypothec, pledge, charge, lien or privilege on or against, or any assignment, cession or transfer of, or a trust in respect of, all or any property of the debtor company, whether the holder or beneficiary is resident or domiciled within or outside Canada, and a trustee under any trust deed or other instrument securing any of those bonds shall be deemed to be a secured creditor for all purposes of this Act except for the purpose of voting at a creditors' meeting in respect of any of those bonds

[161] The Respondents submit, in line with the courts below, that the Crown is a “secured creditor” under the CCAA in respect of its interest in unremitted source deductions because the enabling statute, the ITA, itself defines the holder of a deemed trust as holding a “security interest” (see *Temple City Housing Inc., Re*, 2007 ABQB 786, 42 C.B.R. (5th) 274). The Respondents also rely on the analogy in *First Vancouver* likening the Crown's deemed trust to a floating charge (which is a security interest). Accordingly, the Respondents argue that ss. 11.2, 11.51 and 11.52 give the court authority to rank priming charges ahead of the Crown's deemed trust.

par la charge ou sûreté, déclarer que tout ou partie des biens de la compagnie sont grevés d'une charge ou sûreté — d'un montant qu'il estime indiqué — en faveur de la personne nommée dans l'ordonnance qui accepte de prêter à la compagnie la somme qu'il approuve compte tenu de l'état de l'évolution de l'encaisse et des besoins de celle-ci. La charge ou sûreté ne peut garantir qu'une obligation postérieure au prononcé de l'ordonnance.

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

[160] Comme les charges super prioritaires peuvent avoir « priorité sur toute réclamation des créanciers garantis », la définition de « créancier garanti » au par. 2(1) est primordiale :

créancier garanti Détenteur d'hypothèque, de gage, charge, nantissement ou privilège sur ou contre l'ensemble ou une partie des biens d'une compagnie débitrice, ou tout transport, cession ou transfert de la totalité ou d'une partie de ces biens, à titre de garantie d'une dette de la compagnie débitrice, ou un détenteur de quelque obligation d'une compagnie débitrice garantie par hypothèque, gage, charge, nantissement ou privilège sur ou contre l'ensemble ou une partie des biens de la compagnie débitrice, ou un transport, une cession ou un transfert de tout ou partie de ces biens, ou une fiducie à leur égard, que ce détenteur ou bénéficiaire réside ou soit domicilié au Canada ou à l'étranger. Un fiduciaire en vertu de tout acte de fiducie ou autre instrument garantissant ces obligations est réputé un créancier garanti pour toutes les fins de la présente loi sauf la votation à une assemblée de créanciers relativement à ces obligations...

[161] Les intimées soutiennent, à l'instar des tribunaux d'instance inférieure, que la Couronne est un « créancier garanti » au sens de la LACC à l'égard de son intérêt sur les retenues à la source non versées puisque la loi habilitante, la LIR, dit elle-même que le détenteur d'une fiducie réputée détient une « garantie » (voir *Temple City Housing Inc., Re*, 2007 ABQB 786, 42 C.B.R. (5th) 274). En outre, les intimées s'appuient sur l'analogie faite dans l'arrêt *First Vancouver*, où la fiducie réputée de la Couronne est assimilée à une charge flottante (qui constitue une garantie). Les intimées affirment donc que les art. 11.2, 11.51 et 11.52 confèrent au tribunal le pouvoir de faire passer les charges super prioritaires devant la fiducie réputée de la Couronne.

[162] The Crown, like the dissent at the Court of Appeal, argues that the Crown is not a “secured creditor” because the definition of “secured creditor” in the *CCAA* does not list the holder of a deemed trust and because ss. 37 to 39 of the *CCAA* clearly draw a distinction between the Crown’s deemed trust for unremitted source deductions, on the one hand, and the Crown’s secured and unsecured claims on the other. Accordingly, the Crown argues that ss. 11.2, 11.51 and 11.52 do *not* give the court authority to rank priming charges ahead of the Crown’s deemed trust.

[163] As I shall detail, I conclude that ss. 11.2, 11.51 and 11.52 do not give the court the authority to rank priming charges ahead of the Crown’s deemed trust for unremitted source deductions.

[164] First, I agree with the Respondents that the general definition of security interest under the *ITA* includes the holder of a deemed or actual trust (s. 224(1.3)). However the reference to security interest in s. 227(4.1) is not to the Crown’s interest but to others’ interest in the debtor’s property. In my view, any definition of security interest in the *ITA* is not relevant to defining the Crown’s interest since it serves an entirely different purpose. What matters is whether the *CCAA* provisions give the court authority to rank priming charges ahead of the Crown’s deemed trust for unremitted source deductions. This is determined by interpreting the words of the *CCAA* and how the *CCAA* defines secured creditor.

[165] I also agree with the Crown that the definition of “secured creditor” in the *CCAA* does not specifically list the holder of a deemed or actual trust. In addition, the Crown’s interest cannot simply be called a “charge”. As explained above, although the Crown’s deemed trust has some parallels with a floating charge, the provision also employs some

[162] La Couronne, à l’instar du juge dissident de la Cour d’appel, soutient qu’elle n’est pas un « créancier garanti » étant donné que la définition de ce terme contenue dans la *LACC* ne fait pas mention du détenteur d’une fiducie réputée et que les art. 37 à 39 de la *LACC* établissent clairement une distinction entre la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l’égard des retenues à la source non versées, d’une part, et les réclamations garanties et non garanties de la Couronne, d’autre part. Par conséquent, la Couronne affirme que les art. 11.2, 11.51 et 11.52 *ne* confèrent *pas* au tribunal le pouvoir de faire passer les charges super prioritaires devant la fiducie réputée de la Couronne.

[163] Comme je l’explique en détail ci-dessous, je conclus que les art. 11.2, 11.51 et 11.52 ne confèrent pas au tribunal le pouvoir de faire passer les charges super prioritaires devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l’égard des retenues à la source non versées.

[164] En premier lieu, je conviens avec les intimées que la définition générale du terme « garantie » contenue dans la *LIR* comprend le détenteur d’une fiducie réputée ou réelle (par. 224(1.3)). Cependant, le renvoi à une garantie fait au par. 227(4.1) ne concerne pas l’intérêt de la Couronne, mais plutôt l’intérêt d’autres parties à l’égard des biens du débiteur. À mon avis, aucune des définitions du terme « garantie » contenues dans la *LIR* n’est pertinente pour définir l’intérêt de la Couronne puisqu’elles servent un objectif tout à fait différent. L’important est de savoir si les dispositions de la *LACC* confèrent au tribunal le pouvoir de faire passer les charges super prioritaires devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l’égard des retenues à la source non versées. On peut répondre à cette question en interprétant le libellé de la *LACC* et la façon dont la *LACC* définit créancier garanti.

[165] En deuxième lieu, je conviens avec la Couronne que la définition de « créancier garanti » contenue dans la *LACC* ne mentionne pas explicitement le détenteur d’une fiducie réputée ou réelle. En outre, l’intérêt de la Couronne ne peut pas simplement être qualifié de « charge ». Comme je l’ai expliqué précédemment, bien que la fiducie réputée

aspects of beneficial ownership. I would also hesitate to draw analogies with any of the other terms listed in the *CCAA* definition. The holders of several of these instruments are often described as having proprietary rights in their security. It was a legislative choice to define them as secured creditors for the purposes of the *CCAA*. It is difficult to shoehorn the Crown's deemed trust into the definition of "secured creditor" in the *CCAA*, particularly as the *CCAA* specifically refers to the deemed trust in s. 37(2).

[166] Moreover, I agree with the Crown that ss. 37 to 39 of the *CCAA* treat the Crown's deemed trust and the Crown's secured claims as distinct interests. After s. 37 of the *CCAA*, dealing with deemed trusts, s. 38(1) provides a general rule that secured claims of the Crown rank as unsecured claims. Section 38(2) contains an exemption from s. 38(1) for consensual security interests that are granted to the Crown. Section 38(3) contains an exemption for the CRA's enhanced requirement to pay. Finally, s. 39(1) preserves the Crown's secured creditor status if it registers before the commencement of a *CCAA* proceeding, and s. 39(2) subordinates a Crown security or charge to prior perfected security interests.

[167] As Wood notes, "[t]hese provisions adopt two distinct approaches — one that applies to a deemed trust, the other that applies when a statute gives the Crown the status of a secured creditor" (Wood (2020), at p. 96). If s. 227(4.1) of the *ITA* gave the Crown the status of a secured creditor, then the CRA would presumably need to comply with ss. 38 and 39 by registering its security interest. No one suggests that the Crown has to register its claim for unremitted source deductions. In my view, ss. 37 to 39 draw a distinction between deemed trusts on the one hand and secured and unsecured claims on the other, and the Crown is not, therefore, a "secured

de la Couronne ait des points communs avec une charge flottante, la disposition renvoie aussi à certains aspects du droit de bénéficiaire. J'hésiterais à établir des analogies avec les autres termes énoncés dans la définition contenue dans la *LACC*. Les détenteurs de plusieurs de ces instruments sont souvent décrits comme détenant un droit propriétaire sur leur garantie. La décision de les assimiler à des créanciers garantis pour l'application de la *LACC* était celle du législateur. Il est difficile de faire cadrer la fiducie réputée de la Couronne dans la définition de « créancier garanti » contenue dans la *LACC*, d'autant plus que la *LACC* fait précisément mention de la fiducie réputée au par. 37(2).

[166] Enfin, je conviens avec la Couronne que les art. 37 à 39 de la *LACC* traitent la fiducie réputée de la Couronne et les réclamations garanties de la Couronne comme des intérêts distincts. Après l'art. 37 de la *LACC*, qui porte sur les fiducies réputées, le par. 38(1) prévoit une règle générale selon laquelle les réclamations garanties de la Couronne prennent rang comme réclamations non garanties. Le paragraphe 38(2) soustrait à l'application du par. 38(1) les garanties consensuelles accordées à la Couronne. Le paragraphe 38(3) prévoit une exception pour les demandes péremptoires de paiement renforcées de l'ARC. Enfin, le par. 39(1) protège les réclamations garanties de la Couronne si elles ont été enregistrées avant l'introduction d'une procédure intentée sous le régime de la *LACC*, et le par. 39(2) subordonne une garantie ou une charge de la Couronne aux garanties parfaites antérieures.

[167] Comme le fait remarquer Wood, [TRADUCTION] « [c]es dispositions adoptent deux approches différentes — l'une s'applique à la fiducie réputée, l'autre s'applique lorsqu'une loi donne à la Couronne le statut de créancier garanti » (Wood (2020), p. 96). Si le par. 227(4.1) de la *LIR* donnait à la Couronne le statut de créancier garanti, l'ARC devrait vraisemblablement se conformer aux art. 38 et 39 en enregistrant sa garantie. Personne ne laisse entendre que la Couronne doit enregistrer sa réclamation à l'égard des retenues à la source non versées. À mon avis, les art. 37 à 39 établissent une distinction entre les fiducies réputées, d'une part, et les réclamations

creditor” under the *CCAA* for its right to unremitted source deductions.

[168] This is dispositive for the purposes of ss. 11.2, 11.51 and 11.52 of the *CCAA*. These sections do not give the court the authority to rank priming charges ahead of the Crown’s deemed trust for unremitted source deductions.

D. *Does Section 11 of the CCAA Allow the Court to Rank Priming Charges Ahead of the Crown’s Deemed Trust for Unremitted Source Deductions?*

[169] The remaining issue is whether another provision in the *CCAA*, namely s. 11, confers that jurisdiction. As noted above, s. 11 allows the court to make any order that it considers appropriate in the circumstances, subject to the restrictions set out in the Act:

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

[170] In *9354-9186 Québec inc.*, this Court explained that the discretionary authority in s. 11 is broad, but not boundless (para. 49). There are three “baseline considerations”: (1) the order sought must be appropriate; (2) the applicant must be acting in good faith; and (3) the applicant must demonstrate due diligence (*Century Services*, at para. 70; *9354-9186 Québec inc.*, at para. 49). Appropriateness is assessed by inquiring whether the order sought advances the remedial objectives of the *CCAA*. The general language of s. 11 should not, however, be “restricted by the availability of more specific orders” (*Century Services*, at para. 70).

garanties et non garanties, d’autre part. La Couronne n’est donc pas un « créancier garanti » au sens de la *LACC* pour ce qui est de son droit sur les retenues à la source non versées.

[168] Cela est décisif pour l’application des art. 11.2, 11.51 et 11.52 de la *LACC*. Ces articles ne confèrent pas au tribunal le pouvoir de faire passer les charges super prioritaires devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l’égard des retenues à la source non versées.

D. *L’article 11 de la LACC confère-t-il au tribunal le pouvoir de faire passer les charges super prioritaires devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l’égard des retenues à la source non versées?*

[169] Il reste à décider si une autre disposition de la *LACC*, à savoir l’art. 11, confère ce pouvoir. Comme je l’ai mentionné plus haut, l’art. 11 permet au tribunal de rendre toute ordonnance qu’il estime indiquée, sous réserve des restrictions prévues par la loi :

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

[170] Dans l’arrêt *9354-9186 Québec inc.*, notre Cour a expliqué que le pouvoir discrétionnaire prévu à l’art. 11 est vaste, mais non sans limites (par. 49). Il y a trois « considérations de base » qu’il faut garder à l’esprit : (1) l’ordonnance demandée doit être indiquée; (2) le demandeur doit agir de bonne foi; (3) le demandeur doit faire preuve de la diligence voulue (*Century Services*, par. 70; *9354-9186 Québec inc.*, par. 49). L’opportunité de l’ordonnance demandée est évaluée en déterminant si elle favorisera la réalisation des objectifs réparateurs de la *LACC*. Cependant, « [l]a possibilité [. . .] de rendre des ordonnances plus spécifiques n’a pas pour effet de restreindre » la portée des termes généraux utilisés à l’art. 11 (*Century Services*, par. 70).

[171] In keeping with its broad language, s. 11 of the *CCAA* has been used to make a wide array of orders. Most recently, for example, this Court clarified that it can be used to bar a creditor from voting on a plan where the creditor has acted for an improper purpose (*9354-9186 Québec inc.*, at paras. 56 and 66).

[172] The issue in this case is whether s. 11 can be used to rank an interim lender's loan, or other priming charge, ahead of the Crown's deemed trust for unremitted source deductions. In my view, it can, for two reasons.

[173] First, given my conclusion about the content of the Crown's right under s. 227(4.1) of the *ITA* for the purposes of the *CCAA* (requiring that it at least be paid in full under a plan of compromise), ranking a priming charge ahead of the Crown's deemed trust does not conflict with the *ITA* provision. So long as the Crown is paid in full under a plan of compromise, the Crown's right under s. 227(4.1) remains intact "notwithstanding any security interest" in the amount of the unremitted source deductions. For this reason, it is irrelevant whether a priming charge under ss. 11, 11.2, 11.51 or 11.52 of the *CCAA* is a "security interest" within the meaning of s. 227(4) and (4.1) of the *ITA*. The analysis above does not depend on finding that a priming charge is not captured within the *ITA* definition.

[174] In addition, depending on the circumstances, such an order may further the remedial objectives of the *CCAA*. For example, interim financing is often crucial to the restructuring process. If there is evidence that interim lending cannot be obtained without ranking the interim loan ahead of the Crown's deemed trust, such an order could, again depending on the circumstances, further the remedial objectives of the *CCAA*. In general, the court should have flexibility to order super-priority charges in favour of parties whose function is to facilitate the proposal

[171] Conformément à la portée large de son libellé, l'art. 11 de la *LACC* a été utilisé pour rendre un vaste éventail d'ordonnances. Plus récemment, par exemple, notre Cour a précisé qu'il pouvait être utilisé pour empêcher un créancier de voter sur un plan d'arrangement lorsqu'il agit dans un but illégitime (*9354-9186 Québec inc.*, par. 56 et 66).

[172] En l'espèce, la question est de savoir si l'art. 11 peut être utilisé pour faire passer le prêt d'un prêteur temporaire, ou toute autre charge super prioritaire, devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées. À mon avis, il peut l'être, et ce, pour deux raisons.

[173] Premièrement, étant donné ma conclusion quant à la teneur du droit que confère le par. 227(4.1) de la *LIR* à la Couronne pour l'application de la *LACC* (le droit d'exiger que le plan de transaction prévoie à tout le moins le paiement intégral des sommes dues), le fait de faire passer une charge super prioritaire devant la fiducie réputée de la Couronne n'entre pas en conflit avec la disposition de la *LIR*. Dès lors que les sommes qui lui sont dues lui sont payées intégralement dans le cadre d'un plan de transaction, le droit que possède la Couronne en vertu du par. 227(4.1) demeure intact « malgré toute autre garantie » sur le montant des retenues à la source non versées. Pour cette raison, il importe peu de savoir si une charge super prioritaire constituée en vertu des art. 11, 11.2, 11.51 ou 11.52 de la *LACC* est une « garantie » au sens des par. 227(4) et (4.1) de la *LIR*. L'analyse qui précède n'est pas tributaire de la conclusion selon laquelle une charge super prioritaire n'est pas visée par la définition contenue dans la *LIR*.

[174] En outre, selon les circonstances, une telle ordonnance peut favoriser la réalisation des objectifs réparateurs de la *LACC*. Par exemple, le financement temporaire est souvent crucial pour le processus de restructuration. S'il est démontré que le financement temporaire ne peut être obtenu sans que le prêt temporaire prenne rang devant la fiducie réputée de la Couronne, pareille ordonnance pourrait, là encore selon les circonstances, favoriser la réalisation des objectifs réparateurs de la *LACC*. En général, les tribunaux devraient disposer de la latitude nécessaire

of a plan of compromise that, in any event, will be required to pay the Crown in full.

[175] Second, I do not accept the Crown’s argument that s. 11 is unavailable because other *CCAA* provisions, namely ss. 11.2, 11.51 and 11.52, confer more specific jurisdiction (see *9354-9186 Québec inc.*, at paras. 67-68).

[176] While I agree that s. 11 is restricted by the provisions set out in the *CCAA* and cannot be used to violate specific provisions in the Act, s. 11 is not “restricted by the availability of more specific orders”. The fact that specific provisions of the *CCAA* allow the court to rank priming charges ahead of a secured creditor does not mean that the court can *only* rank priming charges ahead of a secured creditor. Such an interpretation would amount to reading words into ss. 11.2, 11.51 and 11.52 that do not exist. An order that ranks a priming charge ahead of the beneficiary of the deemed trust is different in kind than the orders contemplated by ss. 11.2, 11.51 and 11.52, which contemplate the subordination of secured creditors. There is no provision in the *CCAA* stipulating what the court can do with trust property and no provision in the *CCAA* conferring more specific jurisdiction on whether a priming charge can rank ahead of the beneficiary of a deemed trust. So long as the order does not conflict with other provisions in the Act, namely ss. 37(2) and 6(3), and so long as it fulfills the “baseline considerations” of appropriateness, good faith, and due diligence, an order ranking a priming charge ahead of the Crown’s deemed trust would fall under the jurisdiction conferred by s. 11 (*Century Services*, at para. 70; *9354-9186 Québec inc.*, at para. 49). As explained above, there would be no conflict with ss. 37(2) and 6(3) of the *CCAA*.

pour ordonner des charges super prioritaires en faveur des parties dont la fonction est de faciliter la proposition d’un plan de transaction qui, dans tous les cas, devra prévoir le paiement intégral des sommes dues à la Couronne.

[175] Deuxièmement, je n’accepte pas l’argument de la Couronne selon lequel il est impossible de recourir à l’art. 11 parce que d’autres dispositions de la *LACC*, à savoir les art. 11.2, 11.51 et 11.52, confèrent plus précisément compétence (voir *9354-9186 Québec inc.*, par. 67-68).

[176] Bien que je convienne que la portée de l’art. 11 soit limitée par les dispositions énoncées dans la *LACC* et que cet article ne puisse être utilisé en contravention d’autres dispositions précises de cette loi, « [l]a possibilité [. . .] de rendre des ordonnances plus spécifiques n’a pas pour effet de restreindre » la portée de l’art. 11. Le fait que des dispositions précises de la *LACC* permettent au tribunal de faire passer des charges super prioritaires devant les réclamations des créanciers garantis ne signifie pas que le tribunal peut *seulement* faire passer des charges super prioritaires devant les réclamations des créanciers garantis. Une telle interprétation reviendrait à ajouter aux art. 11.2, 11.51 et 11.52 des mots qui n’existent pas. Une ordonnance accordant à une charge super prioritaire la préséance sur le bénéficiaire de la fiducie réputée est, par sa nature, différente des ordonnances visées par les art. 11.2, 11.51 et 11.52, qui prévoient la subordination des réclamations des créanciers garantis. Aucune disposition de la *LACC* n’indique ce que le tribunal peut faire avec les biens de la fiducie et aucune disposition de la *LACC* ne confère plus précisément compétence pour décider si une charge super prioritaire peut prendre rang devant le bénéficiaire de la fiducie réputée. Tant qu’elle n’entre pas en conflit avec d’autres dispositions de la *LACC*, à savoir les par. 37(2) et 6(3), et tant qu’elle respecte les « considérations de base » que sont l’opportunité, la bonne foi et la diligence voulue, une ordonnance faisant passer une charge super prioritaire devant la fiducie réputée de la Couronne relèverait du pouvoir conféré par l’art. 11 (*Century Services*, par. 70; *9354-9186 Québec inc.*, par. 49). Comme je l’ai expliqué précédemment, il n’y aurait aucun conflit avec les par. 37(2) et 6(3) de la *LACC*.

[177] Both parties invoked policy concerns to assist in the interpretative exercise. I do not find it necessary to resort to such arguments. However, it is far from evident that interim lending would simply end if the Crown's deemed trust had super-priority in an appropriate case. It is also far from evident that the Crown would suffer significantly if the priming charges had super-priority in an appropriate case, given the existence of s. 6(3) of the *CCAA* requiring full payment, and the Crown's favourable treatment in the *BIA* liquidation regime in the event the restructuring failed. What is clear is that interim lending is crucial to the restructuring process, and the Crown's deemed trust for unremitted source deductions is crucial to tax collection. It will be up to the *CCAA* judge to weigh and balance the moving pieces.

[178] To that end, s. 11 of the *CCAA* gives the court discretion and flexibility to weigh several considerations in ranking a priming charge ahead of the Crown's deemed trust for unremitted source deductions. It requires the court to take a focused look at the specific facts of a case to determine whether such an order is necessary and appropriate. Where relevant, the court will consider the Crown's interest in the deemed trust as a result of s. 37(2). Courts may no doubt look to the factors already listed in s. 11.2(4) — the likely duration of *CCAA* proceedings, plans for managing the company during those proceedings, views of the company's major creditors and the monitor, and the company's ability to benefit from interim financing, among others — for guidance. Section 11.2(4) of the *CCAA* states:

(4) In deciding whether to make an order, the court is to consider, among other things,

[177] Les deux parties ont invoqué des considérations de politique pour faciliter l'exercice d'interprétation. Je n'estime pas nécessaire de recourir à de tels arguments. Cependant, il est loin d'être évident que le financement temporaire prendrait tout simplement fin si une super priorité était accordée à la fiducie réputée de la Couronne dans une affaire qui s'y prête. Il est également loin d'être évident que la Couronne subirait un préjudice important si la présence était accordée aux charges super prioritaires dans une affaire donnée, compte tenu de l'existence du par. 6(3) de la *LACC* exigeant le paiement intégral des sommes dues et du traitement favorable de la Couronne dans le régime de liquidation de la *LFI* en cas d'échec de la restructuration. Chose certaine, le financement temporaire est crucial pour le processus de restructuration, et la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées est cruciale pour le recouvrement des créances fiscales. Il reviendra au juge chargé d'appliquer la *LACC* de soupeser et de pondérer les différents facteurs.

[178] À cette fin, l'art. 11 de la *LACC* donne au tribunal le pouvoir discrétionnaire et la latitude nécessaires pour soupeser les diverses considérations pour se prononcer sur l'opportunité de faire passer une charge super prioritaire devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées. Le tribunal doit examiner attentivement les faits propres à l'affaire pour décider si une telle ordonnance est nécessaire et appropriée. Le cas échéant, le tribunal tient compte de l'intérêt que possède la Couronne dans la fiducie réputée en raison du par. 37(2). Pour ce faire, le tribunal peut sans aucun doute s'appuyer, entre autres, sur les facteurs déjà énoncés au par. 11.2(4) — la durée probable des procédures intentées sous le régime de la *LACC*, les plans d'administration de la compagnie au cours de ces procédures, les opinions des créanciers les plus importants de la compagnie et du contrôleur et la capacité de la compagnie d'obtenir un financement temporaire. Le paragraphe 11.2(4) de la *LACC* dispose :

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

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

[179] In addition, it seems to me that courts may consider:

- whether the interim lender has indicated, in good faith, that it will not lend to the debtor without ranking ahead of the Crown's deemed trust;
- the relative amounts of the interim loan and the unremitted source deductions (if the amount of the unremitted source deductions is a small fraction of the amount of the interim loan, the interim lender may not be significantly prejudiced without super-priority);
- whether, and for how long, the Crown allowed source deductions to go unremitted without taking action (see, e.g., *Hanlon, Tickle and Csiszar*); and
- finally, the prospects of success of a restructuring; and whether the *CCAA* is likely to be used to sell the debtor's assets.

[180] Finally, different considerations will apply if a court is considering ranking a different party's

[179] De plus, je suis d'avis que le tribunal peut également tenir compte de ce qui suit :

- la question de savoir si le prêteur temporaire a indiqué, de bonne foi, qu'il n'accordera pas de prêt au débiteur à moins que ce prêt prenne rang devant la fiducie réputée de la Couronne;
- les montants relatifs du prêt temporaire et des retenues à la source non versées (si le montant des retenues à la source non versées ne représente qu'une petite fraction du montant du prêt temporaire, le prêteur temporaire ne subirait pas nécessairement de préjudice important si une super priorité ne lui était pas accordée);
- la question de savoir si, et pendant combien de temps, la Couronne a permis le non-versement des retenues à la source sans prendre de mesures (voir, p. ex., *Hanlon, Tickle et Csiszar*);
- enfin, les probabilités de succès d'une restructuration et la question de savoir si la *LACC* est susceptible d'être invoquée pour liquider les actifs du débiteur.

[180] Enfin, différentes considérations entreront en jeu si un tribunal envisage de faire passer la charge

charge, like the Monitor's or Directors' Charge, ahead of the Crown's deemed trust.

VII. Conclusion

[181] I would dismiss the appeal and clarify that the authority to rank priming charges ahead of the Crown's deemed trust for unremitted source deductions is derived from s. 11 of the *CCAA* rather than ss. 11.2, 11.51 and 11.52. The Crown's interest under s. 227(4.1) of the *ITA* is a deemed trust interest, but beneficial ownership of deemed trust property is a manipulation of private law concepts, without settled meaning. Accordingly, the specific nature of beneficial ownership of deemed trust property must be determined in the relevant context in which it is asserted. Here, the Crown's right to unremitted source deductions in a *CCAA* restructuring is protected by both ss. 37(2) and 6(3). The former is flexible, requiring the Crown's deemed trust property to be considered when appropriate under the Act; the latter specifically requires that a plan of compromise provide for payment in full of the Crown's deemed trust claims within six months of the plan's approval. The Crown's right differs under the *BIA*, in keeping with the different goals and schemes of liquidation and restructuring. Given the content of the Crown's right to unremitted source deductions in a *CCAA* restructuring, there is no conflict between s. 227(4.1) of the *ITA* and s. 11 of the *CCAA*. The schemes of both federal Acts can be harmonized and the objectives of both statutes furthered.

[182] The Respondents will have their costs in accordance with the tariff of fees and disbursements set out in Schedule B of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156.

d'une autre partie, comme la charge du contrôleur ou des dirigeants, devant la fiducie réputée de la Couronne.

VII. Conclusion

[181] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et je précise que le pouvoir de faire passer des charges super prioritaires devant la fiducie réputée créée en faveur de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées découle de l'art. 11 de la *LACC* plutôt que des art. 11.2, 11.51 et 11.52. L'intérêt de la Couronne au titre du par. 227(4.1) de la *LIR* est une fiducie réputée, mais le droit de bénéficiaire sur les biens d'une fiducie réputée constitue une adaptation de concepts de droit privé sans signification établie. Par conséquent, la nature particulière du droit de bénéficiaire sur les biens de la fiducie réputée doit être déterminée dans le contexte pertinent où il est invoqué. En l'espèce, le droit de la Couronne sur les retenues à la source non versées dans le cadre d'une restructuration sous le régime de la *LACC* est protégé tant par le par. 37(2) que par le par. 6(3). Le premier est souple et exige que l'on tienne compte des biens réputés détenus en fiducie par la Couronne lorsque cela est approprié dans le cadre de la loi; le deuxième exige spécifiquement que le plan de transaction prévoie le paiement intégral des créances de la Couronne visées par la fiducie réputée dans les six mois suivant l'homologation du plan. Le droit de la Couronne diffère sous le régime de la *LFI*, conformément aux objectifs et aux régimes différents de la liquidation et de la restructuration. Étant donné la teneur du droit de la Couronne sur les retenues à la source non versées dans le cadre d'une restructuration sous le régime de la *LACC*, il n'y a pas de conflit entre le par. 227(4.1) de la *LIR* et l'art. 11 de la *LACC*. Les régimes des deux lois fédérales peuvent être harmonisés et leurs objectifs, réalisés.

[182] Les intimées ont droit à leurs dépens selon le tarif des honoraires et débours fixé à l'annexe B des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156.

The reasons of Abella, Brown and Rowe JJ. were delivered by

BROWN AND ROWE JJ. (dissenting) —

I. Overview

[183] At issue in this appeal is whether the Crown’s deemed trust claim for unremitted source deductions under s. 227(4) and (4.1) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“*ITA*”), s. 23(3) and (4) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8 (“*CPP*”), and ss. 23(4) and 86(2) and (2.1) of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 (“*EIA*”) (collectively, the “Fiscal Statutes”), have priority over court-ordered priming charges under the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“*CCAA*”).

[184] The present iteration of the deemed trust provision, s. 227(4.1) of the *ITA*, was the result of a 1997 amendment enacted by Parliament directly in response to this Court’s interpretation of the provision’s predecessor in *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411 (Department of Finance Canada, *Unremitted Source Deductions and Unpaid GST* (April 7, 1997)). That provision was itself the result of several amendments, beginning in 1942, with the amendment introducing the deemed trust in s. 92(6) and (7) of the *Income War Tax Act*, R.S.C. 1927, c. 97 (previously S.C. 1917, c. 28) (*An Act to amend the Income War Tax Act*, S.C. 1942-43, c. 28, s. 31). The provision and the historical amendments demonstrate Parliament’s intention to safeguard its ability to collect employee source deductions under the relevant statutes, in priority to all other claims against a debtor’s property.

[185] The Crown appeals from the decision of the Court of Appeal of Alberta which, like the chambers judge, held that the *CCAA* court could subordinate the deemed trust claims under the Fiscal Statutes

Version française des motifs des juges Abella, Brown et Rowe rendus par

LES JUGES BROWN ET ROWE (dissidents) —

I. Aperçu

[183] Dans le présent pourvoi, la question est de savoir si la réclamation de la Couronne au titre de la fiducie réputée créée à l’égard des retenues à la source non versées en vertu des par. 227(4) et (4.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.) (« *LIR* »), des par. 23(3) et (4) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, c. C-8 (« *RPC* »), et des par. 23(4) et 86(2) et (2.1) de la *Loi sur l’assurance-emploi*, L.C. 1996, c. 23 (« *LAE* ») (collectivement, les « lois fiscales »), a préséance sur les charges super prioritaires ordonnées par un tribunal en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36 (« *LACC* »).

[184] La version actuelle de la disposition concernant la fiducie réputée, soit le par. 227(4.1) de la *LIR*, est le résultat d’une modification adoptée en 1997 par le législateur en réponse directe à l’interprétation faite par notre Cour de la version antérieure de la disposition dans l’arrêt *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411 (Ministère des Finances Canada, *Retenues à la source non versées et TPS impayée* (7 avril 1997)). Cette disposition était elle-même le résultat de plusieurs modifications, à commencer, en 1942, par celle qui a introduit la fiducie réputée aux par. 92(6) et (7) de la *Loi de l’impôt de guerre sur le revenu*, S.R.C. 1927, c. 97 (auparavant S.C. 1917, c. 28) (*Loi modifiant la Loi de l’impôt de guerre sur le revenu*, L.C. 1942-1943, c. 28, art. 31). La disposition et l’historique des modifications démontrent l’intention du législateur de protéger sa capacité de percevoir les retenues à la source en vertu des lois applicables, par priorité sur toute autre réclamation visant les biens d’un débiteur.

[185] La Couronne se pourvoit contre la décision de la Cour d’appel de l’Alberta qui, comme le juge en cabinet, a conclu que le tribunal chargé d’appliquer la *LACC* avait le pouvoir de subordonner les

to the priming charges (2019 ABCA 314, 93 Alta. L.R. 29, aff'g 2017 ABQB 550, 60 Alta. L.R. (6th) 103). Having examined the pertinent provisions of the Fiscal Statutes, and for the reasons that follow, we find ourselves in respectful disagreement with that conclusion, and prefer the view of the dissenting judge, Wakeling J.A. The Crown's deemed trust claims under the Fiscal Statutes have ultimate priority and cannot be subordinated by priming charges.

[186] In our view, the text of the impugned provisions in the Fiscal Statutes is clear: the Crown's deemed trust operates "[n]otwithstanding . . . any other enactment of Canada" (*ITA*, s. 227(4.1)).² Parliament used unequivocal language — indeed, *the very language suggested by this Court in Sparrow Electric* — to give ultimate priority to the Crown's claim. Further, and again in clear and unequivocal text, Parliament imposed limits on the broad grant of authority by which a court can prioritize priming charges, thereby making plain the superiority of deemed trust claims. Finally, no provision of the *CCAA* is rendered meaningless by this interpretation. Unlike in other contexts such as the legislative scheme governing the GST/HST, Parliament has left no room for subordinating the deemed trusts under the Fiscal Statutes in pursuit of other legislative objectives. We would, therefore, allow the appeal.

II. Analysis

A. *General Comments on the Nature of the Deemed Trusts Under the Fiscal Statutes*

[187] The deemed trust created by the *ITA* is an essential instrument to collect source deductions (*First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002]

² The wording of the deemed trust provisions in the relevant provisions of the Fiscal Statutes is materially identical. This decision focuses on the deemed trusts in s. 227(4) and (4.1) of the *ITA*. The reasoning herein, however, applies with equal force to each of the other statutes.

réclamations relatives à une fiducie réputée créée par les lois fiscales aux charges super prioritaires (2019 ABCA 314, 93 Alta. L.R. 29, conf. 2017 ABQB 550, 60 Alta. L.R. (6th) 103). Après avoir examiné les dispositions applicables des lois fiscales, et pour les motifs qui suivent, nous ne partageons pas ce point de vue et nous nous rangeons plutôt à l'avis du juge dissident, le juge Wakeling. Les réclamations de la Couronne relatives à une fiducie réputée créée par les lois fiscales ont priorité absolue et ne peuvent pas être subordonnées aux charges super prioritaires.

[186] À notre avis, le libellé des dispositions contestées des lois fiscales est clair : la fiducie réputée de la Couronne produit ses effets « [m]algré [. . .] tout autre texte législatif fédéral » (*LIR*, par. 227(4.1)).² Le législateur a employé des termes non équivoques — *les termes mêmes proposés par notre Cour dans l'arrêt Sparrow Electric* — pour accorder une priorité absolue à la réclamation de la Couronne. En outre, toujours dans un langage clair et non équivoque, le législateur a imposé des limites aux larges pouvoirs par lesquels un tribunal peut accorder la priorité à des charges super prioritaires, établissant ainsi clairement la supériorité des réclamations relatives à une fiducie réputée. Enfin, cette interprétation ne fait perdre son sens à aucune des dispositions de la *LACC*. Contrairement à d'autres contextes, comme dans celui du régime législatif régissant la TPS/TVH, le législateur n'a pas ouvert la porte à la subordination de la fiducie réputée créée par les lois fiscales en vue de réaliser d'autres objectifs législatifs. Nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi.

II. Analyse

A. *Observations générales sur la nature de la fiducie réputée créée par les lois fiscales*

[187] La fiducie réputée créée par la *LIR* est un instrument essentiel à la perception des retenues à la source (*First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002

² Les dispositions pertinentes des lois fiscales en matière de fiducie réputée ont un libellé sensiblement identique. La présente décision met l'accent sur les fiducies réputées prévues aux par. 227(4) et (4.1) de la *LIR*. Le raisonnement exposé ici vaut cependant tout autant pour chacune des autres lois.

2 S.C.R. 720, at para. 22). The *ITA* grants special priority to the Crown to collect unremitted source deductions, reflecting its status as an “involuntary creditor” (*First Vancouver*, at para. 23).

[188] Section 227(4) and (4.1) of the *ITA* reads:

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

(4.1) Notwithstanding any other provision of this Act, the *Bankruptcy and Insolvency Act* (except sections 81.1 and 81.2 of that Act), any other enactment of Canada, any enactment of a province or any other law, where at any time an amount deemed by subsection 227(4) to be held by a person in trust for Her Majesty is not paid to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act, property of the person and property held by any secured creditor (as defined in subsection 224(1.3)) of that person that but for a security interest (as defined in subsection 224(1.3)) would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust is deemed

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

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

and is property beneficially owned by Her Majesty notwithstanding any security interest in such property and in the proceeds thereof, and the proceeds of such property

CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720, par. 22). La *LIR* accorde à la Couronne la priorité de rang pour la perception des retenues à la source non versées, étant donné son statut de « créancier involontaire » (*First Vancouver*, par. 23).

[188] Les paragraphes 227(4) et (4.1) de la *LIR* prévoient ce qui suit :

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

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

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

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

Ces biens sont des biens dans lesquels Sa Majesté a un droit de bénéficiaire malgré toute autre garantie sur ces biens ou sur le produit en décollant, et le produit décollant

shall be paid to the Receiver General in priority to all such security interests.

[189] These sections describe two relevant events. First, at the time of the deduction, a trust is deemed in favour of the Crown, binding every person (the “tax debtor”) who collects source deductions in the amount withheld until the person remits the source deductions (*ITA*, s. 227(4)). Section 227(4) deems the tax debtor to hold the source deductions “separate and apart from the property of the person and from property held by any secured creditor (as defined in subsection 224(1.3)) of that person”.

[190] The second event occurs where the tax debtor has failed to remit the source deductions in accordance with the manner and time provided by the *ITA*. Section 227(4.1) extends the deemed trust to all “property of the person and property held by any secured creditor . . . equal in value to the amount so deemed to be held in trust”. This is achieved by deeming the source deductions to be held “in trust for Her Majesty” from the moment the amount was “deducted or withheld by the person, separate and apart from the property of the person”. Parliament further provided that the unremitted source deductions under the Fiscal Statutes “form no part of the estate or property of the person” from the time of deduction or withholding, and is “property beneficially owned by Her Majesty notwithstanding any security interest in such property and in the proceeds thereof, and the proceeds of such property shall be paid to the Receiver General in priority to all such security interests”.

[191] This Court has held that the deemed trust is a “creatur[e] of statute” and “is not in truth a real [trust], as the subject matter of the trust cannot be identified from the date of creation of the trust” (*Sparrow Electric*, at para. 31, per Gonthier J., citing D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada* (2nd ed. 1984), at p. 117, and adopted in *First Vancouver*, at para. 37). This statement fuelled a debate in this appeal about whether the deemed trust is a security interest or a proprietary interest, with the respondents arguing that the Crown cannot hold a proprietary

de ces biens est payé au receveur général par priorité sur une telle garantie.

[189] Ces paragraphes décrivent deux événements pertinents. Premièrement, dès le moment où le montant est retenu, une fiducie réputée est créée en faveur de la Couronne, contraignant chaque personne (le « débiteur fiscal ») qui effectue des retenues à la source à retenir le montant en vue de le verser à Sa Majesté (*LIR*, par. 227(4)). Aux termes du par. 227(4), le débiteur fiscal est réputé détenir le montant des retenues à la source « séparé de ses propres biens et des biens détenus par son créancier garanti au sens [du paragraphe 224(1.3)] ».

[190] Le deuxième événement se produit lorsque le débiteur fiscal fait défaut de verser les retenues à la source selon les modalités et dans le délai prévus par la *LIR*. Le paragraphe 227(4.1) étend la fiducie réputée à tous « les biens de la personne, et les biens détenus par son créancier garanti [. . .] d’une valeur égale [au montant réputé être détenu en fiducie] ». Ainsi, les retenues à la source sont réputées être détenues « en fiducie pour Sa Majesté » à compter du moment où le montant est « déduit ou retenu », « sépar[ées] des propres biens de la personne ». Le législateur a également prévu que les retenues à la source non versées au titre des lois fiscales sont réputées « ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne » à compter du moment où le montant est déduit ou retenu, et qu’elles constituent des « biens dans lesquels Sa Majesté a un droit de bénéficiaire malgré toute autre garantie sur ces biens ou sur le produit en découlant, et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur une telle garantie ».

[191] Notre Cour a jugé que la fiducie réputée « tire son origine de la législation » et qu’elle « n’est pas réelle, étant donné que son objet ne peut être identifié à compter de la date de création de la fiducie » (*Sparrow Electric*, par. 31, le juge Gonthier, citant D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada* (2^e éd. 1984), p. 117, et adopté dans *First Vancouver*, par. 37). Cette déclaration a donné lieu, dans le cadre du présent pourvoi, à un débat sur la question de savoir si la fiducie réputée crée une garantie ou un intérêt propriétaire. Les intimées soutiennent que la

interest in the debtor's property because there is a lack of certainty in the subject matter.

[192] We agree with each of our colleagues Justices Karakatsanis and Côté that the deemed trust is not a “true” trust and that it does not confer an ownership interest or the rights of a beneficiary on the Crown as they are understood at common law or within the meaning of the *Civil Code of Québec* (Karakatsanis J.'s reasons, at paras. 119-20; Côté J.'s reasons, at paras. 43 and 49). Respectfully, however, our colleagues miss the point of the *deemed* quality of the trust. The matters of a property interest, certainty of subject matter and autonomous patrimony that arise from attempts to describe the operation of the deemed trust are entirely irrelevant and do not assist in deciding this appeal, nor in understanding Parliament's intent. The deemed trust is a legal fiction, with *sui generis* characteristics that are described in s. 227(4) and (4.1) of the *ITA*. As noted in *First Vancouver*, at para. 34, “it is open to Parliament to characterize the trust in whatever way it chooses; it is not bound by restraints imposed by ordinary principles of trust law”. While *First Vancouver* considered the contrast between a statutory trust and a common law trust, the same applies to our colleague Côté J.'s reference to the *Civil Code (Canada (Attorney General) v. Caisse populaire d'Amos*, 2004 FCA 92, 324 N.R. 31, at para. 49). What matters here is not the *characterization* of the deemed trust that is at issue, but its *operation*. And as we explain, it *operates* to give the Crown a statutory right of access to the debtor's property to the extent of its *corpus* and a right to be paid in priority to all security interests.

[193] Further, no concerns regarding certainty of subject matter or autonomous patrimony arise here. It is of course true that, in common law Canada, for a trust to come into existence there must be certainty of intention, certainty of subject matter, and certainty of object (D. W. M. Waters, M. R. Gillen and L. D. Smith, eds., *Waters' Law of Trusts in Canada* (4th ed. 2012), at p. 140; E. E. Gillese, *The Law of Trusts*

Couronne ne peut pas détenir un intérêt propriétaire sur les biens des débitrices en raison de l'incertitude quant aux biens sujets à la fiducie.

[192] Nous convenons avec chacune de nos collègues les juges Karakatsanis et Côté que la fiducie réputée n'est pas une fiducie « véritable » et qu'elle ne confère pas à la Couronne un intérêt propriétaire ou des droits de bénéficiaire tel qu'on les entend en common law ou au sens du *Code civil du Québec* (motifs de la juge Karakatsanis, par. 119-120; motifs de la juge Côté, par. 43 et 49). En tout respect, cependant, nos collègues ne saisissent pas le caractère *réputé* de la fiducie. Les questions de l'intérêt propriétaire, de la certitude quant aux biens sujets à la fiducie et du patrimoine autonome qui découlent des tentatives d'expliquer le fonctionnement de la fiducie réputée sont dénuées de toute pertinence et n'aident pas à trancher le présent pourvoi, ni à comprendre l'intention du législateur. La fiducie réputée est une fiction juridique assortie de caractéristiques *sui generis* décrites aux par. 227(4) et 227(4.1) de la *LIR*. Comme il a été souligné au par. 34 de l'arrêt *First Vancouver*, « le législateur peut qualifier la fiducie comme il l'entend; il n'est pas lié par les contraintes découlant des principes habituels du droit des fiducies ». Bien que l'arrêt *First Vancouver* ait traité du contraste entre une fiducie créée en vertu de la loi et une fiducie en common law, ses enseignements valent pour le renvoi de notre collègue la juge Côté au *Code civil (Canada (Procureur général) c. Caisse populaire d'Amos*, 2004 CAF 92, 324 N.R. 31, par. 49). Ce qui importe en l'espèce n'est pas la *qualification* de la fiducie réputée en cause, mais son *fonctionnement*. Comme nous l'expliquerons, elle a *pour effet* de conférer à la Couronne un droit d'accès aux biens du débiteur jusqu'à concurrence de la masse fiduciaire ainsi que le droit d'être payée par priorité sur toute garantie.

[193] En outre, il n'existe aucune préoccupation concernant la certitude quant à la matière ou le patrimoine autonome en l'espèce. Certes, il est vrai qu'en common law au Canada, la certitude quant à l'intention de créer une fiducie, la certitude quant aux biens sujets à la fiducie et la certitude quant à l'objet sont nécessaires pour qu'une fiducie prenne naissance (D. W. M. Waters, M. R. Gillen et L. D.

(3rd ed. 2014), at p. 41). Similarly, under the Quebec civil law, “[t]hree requirements must . . . be met in order for a trust to be constituted: property must be transferred from an individual’s patrimony to another patrimony by appropriation; the property must be appropriated to a particular purpose; and the trustee must accept the property” (*Bank of Nova Scotia v. Thibault*, 2004 SCC 29, [2004] 1 S.C.R. 758, at para. 31). And, again, it is also true that the subject matter of the deemed trust under s. 227(4.1) cannot be identified from the date of creation of the trust and does not constitute an autonomous patrimony to which specific property is transferred.

[194] But again, none of this remotely matters here. Statutory text, not ordinary principles of trust law, determines the nature of, and rights conferred by, deemed trusts (*First Vancouver*, at para. 34). And this Court has recognized that Parliament, through the trust deemed by s. 227(4.1) of the *ITA*, has “revitaliz[ed] the trust whose subject matter has lost all identity” (*Sparrow Electric*, at para. 31, per Gonthier J., adopted in *First Vancouver*, at para. 37). This is because the subject matter of the deemed trust is ascertained *ex post facto*, corresponding to the property of the tax debtor and property held by any secured creditor equal in value to the amount deemed to be held in trust by s. 227(4) that, but for the security interest, would be property of the tax debtor. In short, the subject matter is whatever assets the employer then has from which to realize the original trust debt. Hence Iacobucci J.’s description in *First Vancouver* of the operation of s. 227(4.1) as “similar in principle to a floating charge” (para. 4). Parliament also circumvented the traditional requirements of the *Civil Code* for constituting a trust by requiring the amount of the unremitted source deductions to be held “separate and apart from the property of the [debtor]” and to “form no part of the estate [*patrimoine*, in the French version] or property of the [debtor]” (s. 227(4.1)).

Smith, dir., *Waters’ Law of Trusts in Canada* (4^e éd. 2012), p. 140; E. E. Gillese, *The Law of Trusts* (3^e éd. 2014), p. 41). De même, en droit civil québécois, « [t]rois conditions sont [. . .] nécessaires pour la constitution d’une fiducie : le transfert de biens du patrimoine d’une personne à un patrimoine d’affectation, l’affectation des biens à une fin particulière et l’acceptation par un fiduciaire » (*Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*, 2004 CSC 29, [2004] 1 R.C.S. 758, par. 31). Par ailleurs, il est également vrai que la matière de la fiducie réputée créée par le par. 227(4.1) ne peut être identifiée à compter de la date de création de la fiducie et qu’elle ne constitue pas un patrimoine autonome auquel sont transférés des biens en particulier.

[194] Mais là encore, rien de ce qui précède n’est d’une quelconque pertinence en l’espèce. C’est le texte législatif, et non les principes habituels du droit des fiducies, qui détermine la nature des fiducies réputées et les droits qu’elles confèrent (*First Vancouver*, par. 34). De plus, notre Cour a reconnu que le législateur avait, au moyen de la fiducie réputée prévue au par. 227(4.1) de la *LIR*, « revitalis[é] la fiducie dont l’objet a perdu toute identité » (*Sparrow Electric*, par. 31, le juge Gonthier, adopté dans *First Vancouver*, par. 37). Il en est ainsi parce que les biens sujets à la fiducie réputée sont établis après coup; ils correspondent aux biens du débiteur fiscal et aux biens détenus par un créancier garanti d’une valeur équivalente au montant réputé être détenu en fiducie en vertu du par. 227(4) qui, en l’absence de la garantie, seraient ceux du débiteur fiscal. Bref, les biens sujets à la fiducie correspondent à tous les biens, quels qu’ils soient, que l’employeur possède alors et au moyen desquels la fiducie initiale peut être réalisée. C’est pourquoi le juge Iacobucci, dans l’arrêt *First Vancouver*, a déclaré que la fiducie réputée prévue au par. 227(4.1) « s’apparent[ait] sur le plan des principes à une charge flottante » (par. 4). Le législateur a aussi contourné les conditions classiques établies dans le *Code civil* pour la constitution d’une fiducie en exigeant que le montant des retenues à la source non versées soit détenu « sépar[é] des propres biens d[u] débiteur » et « ne [fasse pas] partie du patrimoine ou des biens d[u] débiteur » (par. 227(4.1)).

[195] In short, the requirements of “true” trusts of civil and common law are irrelevant to ascertaining the operation of a statutorily deemed trust. Parliament did not legislate a “true” trust. Instead, it legislated a deeming provision which “artificially imports into a word or an expression an additional meaning which they would not otherwise convey beside the normal meaning which they retain where they are used” (*R. v. Verrette*, [1978] 2 S.C.R. 838, at p. 845).

[196] On this point, and contrary to the view of the majority at the Court of Appeal, Iacobucci J. *did not* hold that the deemed trust *is* a floating charge — nor that it was “of the same nature” (Côté J.’s reasons, at para. 51) — but rather that it operated *similarly*, by permitting a debtor in the interim to alienate property in the normal course of business. They are distinct legal concepts; whereas the deemed trust takes “priority over existing and future security interests”, a floating charge would be overridden by a subsequent fixed charge (*Toronto-Dominion Bank v. Canada*, 2020 FCA 80, [2020] 3 F.C.R. 201, at para. 62; see also *First Vancouver*, at para. 28).

[197] Significantly, the s. 227(4.1) deemed trust does not encompass the whole of the tax debtor’s interest in property, but only the amount deemed to be held in trust by s. 227(4). But this does not mean the Crown cannot have a property interest in the debtor’s property. It merely limits that interest to the extent of the unremitted source deductions. This makes sense. The Crown may collect only what it is owed.

B. *The Deemed Trust Under the Fiscal Statutes Have Absolute Priority Over All Other Claims in CCAA Proceedings*

[198] The text, context, and purpose of s. 227(4.1) of the *ITA* support the conclusion that s. 227(4.1) of the *ITA* and the related deemed trust provisions under the Fiscal Statutes bear only one plausible

[195] En somme, les conditions des fiducies « véritables » en droit civil et en common law ne sont d’aucune utilité pour déterminer le fonctionnement d’une fiducie réputée créée en application de la loi. Le législateur n’a pas créé une fiducie « véritable ». Il a plutôt adopté une disposition déterminative qui « donne à un mot ou à une expression un sens autre que celui qu’on leur reconnaît habituellement et qu’il conserve là où on l’utilise » (*R. c. Verrette*, [1978] 2 R.C.S. 838, p. 845).

[196] Sur ce point, et contrairement à l’avis des juges majoritaires de la Cour d’appel, le juge Iacobucci *n’a pas* jugé que la fiducie réputée *constituait* une charge flottante — ni qu’elle [TRADUCTION] « particip[ait] de la nature d’une “charge flottante” » (motifs de la juge Côté, par. 51) — mais plutôt qu’elle fonctionnait de manière *semblable* en permettant à un débiteur, dans l’intervalle, de se départir d’un bien détenu en fiducie dans le cadre normal de ses activités. Ce sont là des concepts juridiques distincts; alors que la fiducie réputée a la « priorité de rang sur les garanties actuelles et futures », une charge flottante serait supplantée par une sûreté ultérieure (*Banque Toronto-Dominion c. Canada*, 2020 CAF 80, [2020] 3 R.C.F. 201, par. 62; voir aussi *First Vancouver*, par. 28).

[197] Fait important à signaler, la fiducie réputée prévue au par. 227(4.1) ne comprend pas l’ensemble des biens du débiteur fiscal, mais seulement les biens d’une valeur équivalente au montant réputé être détenu en fiducie en vertu du par. 227(4). Cela ne signifie pas que la Couronne ne peut pas détenir un intérêt propriétaire sur les biens du débiteur, mais seulement que cet intérêt se limite à la valeur des retenues à la source non versées, ce qui est logique. La Couronne ne peut percevoir que ce qui lui est dû.

B. *La fiducie réputée créée par les lois fiscales a priorité absolue sur toutes les autres réclamations dans le cadre de procédures engagées sous le régime de la LACC*

[198] Le texte, le contexte et l’objectif du par. 227(4.1) de la *LIR* appuient la conclusion selon laquelle il n’existe qu’une seule interprétation plausible de ce paragraphe et des dispositions connexes

interpretation: the Crown’s deemed trust enjoys priority over all other claims, including priming charges granted under the *CCAA*. Parliament’s intention when it amended and expanded s. 227(4) and (4.1) of the *ITA* was clear and unmistakable.

(1) The Deemed Trusts Apply Notwithstanding the Provisions of the *CCAA*

(a) *Text of the Fiscal Statutes*

[199] The text of s. 227(4.1) of the *ITA* is determinative: the Crown’s deemed trust claim enjoys superior priority over all “security interests”, including priming charges under the *CCAA*. The amount subject to the deemed trusts is deemed “to be held . . . separate and apart from the property of the person” and “to form no part of the estate or property of the person”. It is “beneficially owned by Her Majesty”, and the “proceeds of such property shall be paid . . . in priority to all such security interests”. The Crown’s right pursuant to its deemed trust is clear: it is a right to be paid in priority to all security interests.

[200] Parliament granted this unassailable priority by employing the unequivocal language of “[n]otwithstanding any . . . enactment of Canada”. This is a “blanket paramountcy clause”; it prevails over all other statutes (P. Salembier, *Legal and Legislative Drafting* (2nd ed. 2018), at p. 385). No similar “notwithstanding” provision appears in the *CCAA*, subordinating the claims under the deemed trusts of the Fiscal Statutes to priming charges. Indeed, it is quite the opposite: unlike most deemed trusts which are nullified in *CCAA* proceedings by the operation of s. 37(1) of the *CCAA*, s. 37(2) *preserves* the deemed trusts of the Fiscal Statutes. This distinguishes the deemed trust at issue here from those discussed in *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, which were nullified by the operation of what is now s. 37(1). Deschamps J. repeatedly contrasted the different deemed trusts and specified that “the Crown’s deemed trust and corresponding priority in source deductions remain effective both in reorganization

concernant la fiducie réputée qui figurent dans les lois fiscales : la fiducie réputée de la Couronne a préséance sur toute autre réclamation, y compris sur les charges super prioritaires accordées en vertu de la *LACC*. Lorsque le législateur a modifié les par. 227(4) et (4.1) de la *LIR* et élargi leur portée, son intention était claire et sans équivoque.

(1) La fiducie réputée s’applique malgré les dispositions de la *LACC*

a) *Texte des lois fiscales*

[199] Le libellé du par. 227(4.1) de la *LIR* est déterminant : la fiducie réputée de la Couronne a priorité absolue sur toutes les « garanties », y compris sur les charges super prioritaires créées sous le régime de la *LACC*. Le montant sujet à la fiducie réputée est réputé « être déten[u] [. . .] sépar[é] des propres biens de la personne » et « ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne ». « Sa Majesté a un droit de bénéficiaire » sur ce montant et « le produit découlant de ces biens est payé [. . .] par priorité sur [toute autre] garantie ». Le droit conféré à la Couronne par la fiducie réputée créée en sa faveur est clair : il s’agit du droit d’être payée par priorité sur toute garantie.

[200] Le législateur a accordé cette priorité inattaquable en employant ces termes non équivoques : « [m]algré [. . .] tout autre texte législatif fédéral . . . » Il s’agit d’une [TRADUCTION] « disposition générale attributive de préséance »; elle a préséance sur toute autre loi (P. Salembier, *Legal and Legislative Drafting* (2^e éd. 2018), p. 385). Il ne figure dans la *LACC* aucune disposition dérogatoire semblable (« malgré »), subordonnant aux charges super prioritaires les réclamations relatives à une fiducie réputée créée par les lois fiscales. En fait, c’est tout l’inverse : contrairement à la plupart des fiducies réputées qui sont neutralisées dans le cadre de procédures engagées sous le régime de la *LACC* par l’application du par. 37(1) de la *LACC*, le par. 37(2) *préserv*e la fiducie réputée prévue par les lois fiscales. Cela distingue la fiducie réputée en litige dans la présente affaire de celles dont il était question dans l’arrêt *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, qui ont été neutralisées par l’application de ce qui est maintenant le par. 37(1).

and in bankruptcy” (para. 38). The *ITA* and *CCAA* thus operate without conflict.

(b) *Legislative Predecessor Provisions*

[201] The predecessor provisions of a statutory provision form part of the “entire context” in which it must be interpreted (*Merk v. International Association of Bridge, Structural, Ornamental and Reinforcing Iron Workers, Local 771*, 2005 SCC 70, [2005] 3 S.C.R. 425, at para. 28). And here, it confirms that, by enacting s. 227(4.1) of the *ITA*, Parliament intended for the deemed trusts arising from the Fiscal Statutes to have absolute priority over all secured creditors, as defined in s. 224(1.3) of the *ITA*.

[202] As already noted, Parliament amended s. 227(4.1) of the *ITA* to its current form in response to this Court’s decision in *Sparrow Electric*. In *Sparrow Electric*, both Royal Bank and the Minister claimed priority to the proceeds from the tax debtor’s property. This Court held that the Bank had priority since the inventory was subject to the Bank’s security before the deemed trust arose. In reaching this conclusion, Iacobucci J. invited Parliament to grant absolute priority to the Crown, and showed how this could be achieved:

I wish to emphasize that it is open to Parliament to step in and assign absolute priority to the deemed trust. A clear illustration of how this might be done is afforded by s. 224(1.2) *ITA*, which vests certain moneys in the Crown “notwithstanding any security interest in those moneys” and provides that they “shall be paid to the Receiver General in priority to any such security interest”. All that is needed to effect the desired result is clear language of that kind. In the absence of such clear language, judicial innovation is undesirable, both because the issue is policy charged and because a legislative mandate is apt to be clearer than a rule whose precise bounds will become

La juge Deschamps a maintes fois comparé les différentes fiducies réputées et précisé que « la fiducie réputée établie en faveur de la Couronne et la priorité dont celle-ci jouit de ce fait sur les retenues à la source continuent de s’appliquer autant pendant la réorganisation que pendant la faillite » (par. 38). La *LIR* et la *LACC* n’entrent donc pas en conflit.

b) *Dispositions législatives antérieures*

[201] Les versions antérieures d’une disposition législative font partie du « contexte global » dans lequel cette disposition doit être interprétée (*Merk c. Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural, ornemental et d’armature, section locale 771*, 2005 CSC 70, [2005] 3 R.C.S. 425, par. 28). En l’espèce, le contexte confirme qu’en édictant le par. 227(4.1) de la *LIR*, le législateur voulait que la fiducie réputée créée par les lois fiscales jouisse d’une priorité absolue sur tous les créanciers garantis, au sens du par. 224(1.3) de la *LIR*.

[202] Comme il a déjà été souligné, le législateur a modifié le par. 227(4.1) de la *LIR* pour adopter son libellé actuel en réponse à l’arrêt *Sparrow Electric* de notre Cour. Dans l’affaire *Sparrow Electric*, tant la Banque Royale que Sa Majesté revendiquaient la priorité de rang relativement au produit de la vente des biens de la débitrice fiscale. Notre Cour a jugé que la priorité de rang revenait à la Banque puisque les biens figurant dans l’inventaire étaient assujettis à la garantie de la Banque avant que la fiducie réputée n’ait pris naissance. En tirant cette conclusion, le juge Iacobucci a invité le législateur à accorder la priorité absolue à la Couronne et lui a montré comment y arriver :

. . . je tiens à souligner qu’il est loisible au législateur d’intervenir et d’accorder la priorité absolue à la fiducie réputée. Le paragraphe 224(1.2) *LIR* illustre clairement comment cela pourrait se faire. Cette disposition attribue à Sa Majesté certaines sommes « malgré toute autre garantie au titre de ce[s] somme[s] », et prévoit qu’elles « doi[vent] être payée[s] au receveur général par priorité sur toute autre garantie au titre de ce[s] somme[s] ». Pour obtenir le résultat souhaité, il suffit d’utiliser des termes aussi clairs. En l’absence de pareils termes, l’innovation judiciaire n’est pas souhaitable parce qu’il s’agit d’une question qui regorge de considérations de principe et parce qu’une

fixed only as a result of expensive and lengthy litigation. [Emphasis added; para. 112.]

[203] Parliament proceeded to do just that. It amended the Fiscal Statutes to reinforce its priority. The press release accompanying the amendments stated that the objective of the amendments was to “assert the absolute priority of the Crown’s claim [for] unremitted source deductions [and to] ensure that tax revenue losses are minimised and that delinquent taxpayers and their secured creditors do not benefit from failures to remit source deductions and GST at the expense of the Crown” (Department of Finance Canada, at p. 1 (emphasis added)).

[204] The purpose of these amendments was described by Iacobucci J. for this Court in *First Vancouver*. It was, he recognized, to grant priority to the deemed trusts and ensure the Crown’s claim prevails over secured creditors, irrespective of when the security interest arose (paras. 28-29). “It is evident from these changes” he added, “that Parliament has made a concerted effort to broaden and strengthen the deemed trust in order to facilitate the collection efforts of the Minister” (para. 29). Parliament’s intention could not have been clearer.

[205] Indeed, our colleagues’ view to the contrary leaves us wondering: if the all-encompassing scope of the notwithstanding clause of s. 227(4.1) of the *ITA* is *insufficient* to prevail over the priming charges, what language would possibly be *sufficient*? Courts must give proper effect to Parliament’s plain statutory direction, and not strain to subvert it on the basis that Parliament’s categorical language or “basket clause” did not itemize a particular security interest.

(2) The Priming Charges Are “Security Interests” Within the Meaning of the Fiscal Statutes

[206] The priming charge provisions in ss. 11.2(1), 11.51(1) and 11.52(1) of the *CCAA* allow the

prescription du législateur est plus susceptible d’être claire qu’une règle dont les limites précises ne seront établies que par suite d’une longue et coûteuse série de poursuites. [Nous soulignons; par. 112.]

[203] C’est exactement ce que le législateur a fait. Il a modifié les lois fiscales afin de renforcer sa priorité. Le communiqué qui accompagnait les modifications mentionnait que celles-ci avaient pour objectif d’« établir la priorité absolue des droits de l’État [à l’égard des] retenues à la source non versées [et de] minimiser les pertes de recettes fiscales et empêch[er] les contribuables contrevenants et leurs créanciers garantis de tirer profit du non-versement de retenues à la source et de TPS au détriment de l’État » (Ministère des Finances du Canada, p. 1 (nous soulignons)).

[204] L’objectif de ces modifications a été décrit par le juge Iacobucci au nom de notre Cour dans l’arrêt *First Vancouver*. Comme il l’a reconnu, l’objectif était d’accorder la priorité de rang à la fiducie réputée et de faire en sorte que la créance de la Couronne ait préséance sur celles des créanciers garantis, peu importe le moment où la garantie a pris naissance (par. 28-29). « Ces modifications révèlent que le législateur a manifestement voulu consolider la fiducie réputée et en accroître la portée afin de faciliter les opérations de recouvrement du ministre », a-t-il ajouté (par. 29). L’intention du législateur n’aurait pas pu être plus claire.

[205] En fait, l’opinion contraire de nos collègues nous amène à nous questionner : si la portée englobante de la disposition de dérogation du par. 227(4.1) de la *LIR* ne suffit pas à garantir la priorité de rang sur les charges super prioritaires, quel libellé imaginable aurait *suffi*? Les tribunaux doivent donner dûment effet aux directives législatives claires du législateur et ne pas s’efforcer de les renverser au motif que le libellé sans équivoque ou la « clause omnibus » du législateur ne mentionne pas expressément une garantie en particulier.

(2) Les charges super prioritaires constituent une « garantie » au sens des lois fiscales

[206] Selon les dispositions relatives aux charges super prioritaires figurant aux par. 11.2(1), 11.51(1)

supervising court to “make an order declaring that all or part of the company’s property is subject to a security or charge” (“*charge ou sûreté*” in the French version). This does not, however, prevail over the deemed trust created by s. 227(4.1) of the *ITA*, which provides that the unpaid amounts of the deemed trust for source deductions have priority over all “security interests”. That term is defined by s. 224(1.3) of the *ITA* as follows:

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

This makes clear that a “security interest” includes a “charge” (a “*sûreté*” in the French version). Further, ss. 11.2(1), 11.51(1) and 11.52(1) of the *CCAA* describe the priming charges as a “security or charge”. There can be no doubt, therefore, that priming charges under the *CCAA* are security interests under the *ITA*.

[207] Even were this insufficient, the definition of “security interest” in s. 224(1.3) of the *ITA* is sufficiently expansive to capture *CCAA* priming charges. The word “includes”, and the categorical language of “encumbrance of any kind whatever, however or whenever arising, created, deemed to arise or otherwise provided for” could not be any more expansive. As Professor Sullivan explains, “[t]he purpose of a list of examples following the word ‘including’ is normally to emphasize the broad range of general language and to ensure that it is not inappropriately read down so as to exclude something that is meant to be included” (*Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at para. 4.39).

[208] This Court has already recognized, in *Caisse populaire Desjardins de l’Est de Drummond v.*

et 11.52(1) de la *LACC*, un juge surveillant « peut par ordonnance [. . .] déclarer que tout ou partie des biens de la compagnie sont grevés d’une charge ou sûreté ». Cette charge ou sûreté n’a toutefois pas pré-séance sur la fiducie réputée créée par le par. 227(4.1) de la *LIR*, lequel prévoit que le montant des retenues à la source non versées réputé être détenu en fiducie a priorité sur toute autre « garantie ». Ce terme est ainsi défini au par. 224(1.3) de la *LIR* :

garantie Intérêt ou, pour l’application du droit civil, droit sur un bien qui garantit l’exécution d’une obligation, notamment un paiement. Sont en particulier des garanties les intérêts ou, pour l’application du droit civil, les droits nés ou découlant de débetures, hypothèques, privilèges, nantissements, sûretés, fiducies réputées ou réelles, cessions et charges, quelle qu’en soit la nature, de quelque façon ou à quelque date qu’elles soient créées, réputées exister ou prévues par ailleurs. (*security interest*)

Il est donc clair qu’une « garantie » englobe une « sûreté » et une « charge ». En outre, les par. 11.2(1), 11.51(1) et 11.52(1) de la *LACC* décrivent les charges super prioritaires comme une « charge ou sûreté ». Par conséquent, il ne fait aucun doute que les charges super prioritaires créées sous le régime de la *LACC* sont des garanties au sens de la *LIR*.

[207] Même si cela ne suffisait pas, la définition de « garantie » énoncée au par. 224(1.3) de la *LIR* est assez large pour comprendre les charges super prioritaires prévues sous le régime de la *LACC*. La portée de l’expression « sont en particulier » et du passage catégorique « charges, quelle qu’en soit la nature, de quelque façon ou à quelque date qu’elles soient créées, réputées exister ou prévues par ailleurs » ne pourrait pas être plus large. Comme l’explique la professeure Sullivan, [TRADUCTION] « [u]ne liste d’exemples introduite par le terme “notamment” [ou “sont en particulier” dans le paragraphe qui nous occupe] a généralement pour objectif de souligner la vaste portée des termes généraux et de veiller à ce qu’elle ne soit pas mal interprétée de façon à exclure un élément qui ne doit pas l’être » (*Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), par. 4.39).

[208] Notre Cour a déjà reconnu, dans l’arrêt *Caisse populaire Desjardins de l’Est de Drummond*

Canada, 2009 SCC 29, [2009] 2 S.C.R. 94, that Parliament chose “an expansive definition of ‘security interest’ . . . in order to enable maximum recovery by the Crown” (para. 14), such that it captures any interest in the property of the debtor that secures payment or performance of an obligation:

In order to constitute a security interest for the purposes of s. 227(4.1) *ITA* and s. 86(2.1) *EIA*, the creditor must hold “any interest in property that secures payment or performance of an obligation”. The definition of “security interest” in s. 224(1.3) *ITA* does not require that the agreement between the creditor and debtor take any particular form, nor is any particular form expressly excluded. So long as the creditor’s interest in the debtor’s property secures payment or performance of an obligation, there is a “security interest” within the meaning of this section. While Parliament has provided a list of “included” examples, these examples do not diminish the broad scope of the words “any interest in property” [Emphasis added; para. 15.]

In that case, Rothstein J. held for the Court that a contract providing a right to compensation (or set-off at common law) could constitute a “security interest” under s. 224(1.3) of the *ITA*, *despite that it was not enumerated in the definition* and that it is *not traditionally understood as such* (paras. 37-40).

[209] For all these reasons, the priming charges fall under the definition of “security interest”, because they are “interest[s] in the debtor’s property [that] secur[e] payment or performance of an obligation”, i.e. the payment of the monitor, the interim lender, and directors. Consequently, the Crown’s interest under the trust deemed created by s. 227(4.1) of the *ITA* enjoys priority over the priming charges.

[210] Our colleague Côté J., however, sees the matter differently. In our respectful view, she disregards this Court’s authoritative statement of the law in *Caisse populaire Desjardins de l’Est de Drummond*. Specifically, she concludes that priming charges are not “security interests” under the *ITA* because “[c]ourt-ordered charges are unlike conventional consensual and non-consensual security interests in that they are integrally connected to insolvency

c. Canada, 2009 CSC 29, [2009] 2 R.C.S. 94, que le législateur a opté pour « une définition large de la “garantie” afin de maximiser le recouvrement par Sa Majesté » (par. 14), qui englobe tout intérêt sur un bien qui garantit l’exécution d’une obligation, notamment un paiement :

Il y a garantie aux fins des par. 227(4.1) *LIR* et 86(2.1) *LAÉ* lorsque le créancier détient un « [d]roit sur un bien qui garantit l’exécution d’une obligation, notamment un paiement ». La définition de « garantie » au par. 224(1.3) *LIR* n’exige pas que l’entente entre le créancier et le débiteur revête une forme particulière et elle n’en exclut aucune expressément. Dès lors que le droit du créancier sur le bien du débiteur garantit l’exécution d’une obligation, notamment un paiement, il y a « garantie » au sens de cette disposition. L’énumération d’exemples dans la définition légale n’a pas pour effet de limiter la portée générale de l’expression « [d]roit sur un bien » . . . [Nous soulignons; par. 15.]

Dans ce cas, le juge Rothstein, s’exprimant au nom de la Cour, a déclaré qu’un contrat conférant un droit de compensation pouvait constituer une « garantie » au sens du par. 224(1.3) de la *LIR* même si la compensation n’est pas énumérée dans la définition et même si elle n’est ordinairement pas considérée comme telle (par. 37-40).

[209] Pour toutes ces raisons, les charges super prioritaires entrent dans la définition de « garantie » puisqu’elles constituent un « intérêt [. . .] sur un bien qui garantit l’exécution d’une obligation, notamment un paiement », par exemple le paiement du contrôleur, du prêteur temporaire et des dirigeants. Par conséquent, l’intérêt de la Couronne au titre de la fiducie réputée créée par le par. 227(4.1) de la *LIR* prend rang devant les charges super prioritaires.

[210] Notre collègue la juge Côté voit toutefois les choses différemment, mais à notre humble avis, elle fait abstraction de l’exposé du droit faisant autorité de notre Cour dans *Caisse populaire Desjardins de l’Est de Drummond*. Plus précisément, elle conclut que les charges super prioritaires ne sont pas des « garanties » au sens de la *LIR* parce que « [les charges super prioritaires d’origine judiciaire] se distinguent des garanties consensuelles et non consensuelles

proceedings that operate for the benefit of the creditors as a group” (Côté J.’s reasons, at para. 62 (emphasis deleted), quoting R. J. Wood, “Irresistible Force Meets Immovable Object: *Canada v. Canada North Group Inc.*” (2020), 63 *Can. Bus. L.J.* 85, at p. 98). With respect, nothing in the definition of security interest in the *ITA* precludes the inclusion of an interest that is designed to operate to the benefit of all creditors.

[211] Further, and irrespective of the nature of *CCAA* proceedings, our colleague’s conclusion is irreconcilable with this Court’s holding in *Caisse populaire Desjardins de l’Est de Drummond* and with the “expansive definition” Parliament adopted to maximize recovery (*Caisse populaire Desjardins de l’Est de Drummond*, at para. 14). The fact that the instrument is court-ordered and is for the presumed benefit of all creditors is irrelevant. It does not affect *the nature* of the priming charges — to secure the payment of an obligation — which is the only relevant criterion (para. 15). As for the express inclusion of “priming charges” in the definition and their creation by court order, we reiterate that “*sûreté*” and “*charge*” are explicitly included “however or whenever arising, created, deemed to arise or provided for” (*ITA*, s. 224(1.3)).

[212] Nor is Professor Wood’s commentary, and by extension, the reasoning in *DaimlerChrysler Financial Services (Debis) Canada Inc. v. Mega Pets Ltd.*, 2002 BCCA 242, 1 B.C.L.R. (4th) 237, and *Minister of National Revenue v. Schwab Construction Ltd.*, 2002 SKCA 6, 213 Sask. R. 278, of any avail to our colleague Karakatsanis J. (para. 102; see also Wood, at p. 98, fns. 51-52). While those judgments held that finance leases and conditional sales agreements did not fall under the definition of s. 224(1.3) of the *ITA* because they were not specifically listed, that reasoning was later squarely rejected in *Caisse populaire de l’Est de Drummond*. And, were that not enough, *Mega Pets* and *Schwab*, unlike the instant case, dealt with situations where property was not

classiques en ce qu’elles sont intimement liées aux procédures d’insolvabilité qui se déroulent au profit de l’ensemble des créanciers » (motifs de la juge Côté, par. 62 (soulignement omis), citant R. J. Wood, « Irresistible Force Meets Immovable Object : *Canada v. Canada North Group Inc.* » (2020), 63 *Rev. can. dr. comm.* 85, p. 98). Avec égards, rien dans la définition de garantie qui figure dans la *LIR* ne permet d’exclure une garantie conçue pour fonctionner au profit de tous les créanciers.

[211] Une fois de plus, et quelle que soit la nature des procédures intentées sous le régime de la *LACC*, la conclusion de notre collègue est inconciliable avec celle de notre Cour dans l’arrêt *Caisse populaire Desjardins de l’Est de Drummond* de même qu’avec la « définition large » retenue par le législateur pour maximiser le recouvrement (*Caisse populaire Desjardins de l’Est de Drummond*, par. 14). Le fait que l’instrument est constitué par un tribunal et qu’il est présumé bénéficiaire à tous les créanciers n’a aucune importance. Il n’a aucune incidence sur *la nature* des charges super prioritaires — soit garantir l’exécution d’une obligation, notamment un paiement — qui constitue le seul critère pertinent (par. 15). En ce qui concerne l’inclusion expresse des « charges super prioritaires » dans la définition et leur constitution par ordonnance judiciaire, nous réitérons que les « sûretés » et « charges » sont explicitement incluses « de quelque façon ou à quelque date qu’elles soient créées, réputées exister ou prévues par ailleurs » (*LIR*, par. 224(1.3)).

[212] De plus, ni l’observation du professeur Wood ni, par extension, le raisonnement avancé dans *DaimlerChrysler Financial Services (Debis) Canada Inc. c. Mega Pets Ltd.*, 2002 BCCA 242, 1 B.C.L.R. (4th) 237, et *Minister of National Revenue c. Schwab Construction Ltd.*, 2002 SKCA 6, 213 Sask. R. 278, ne sont d’une quelconque utilité pour notre collègue la juge Karakatsanis (par. 102; voir aussi Wood, p. 98, n. 51-52). Bien qu’il ait été conclu dans ces jugements que les contrats de location-financement et les contrats de vente conditionnelle n’entraient pas dans la définition énoncée au par. 224(1.3) de la *LIR* parce qu’ils n’y étaient pas précisément mentionnés, ce raisonnement a par la suite été rejeté sans ambages dans l’arrêt *Caisse populaire de l’Est de Drummond*.

transferred to the debtor, which facts were treated as determinatively supporting the conclusion that the instruments in those cases were not “security interests”. For example, under a conditional sales agreement, the seller does not have an interest in the debtor’s property because ownership rests with the seller until performance of the obligation (*Mega Pets*, at para. 32). By contrast, the priming charges secure payment out of property that remains the debtor’s.

[213] Finally, this Court’s interpretation of “security interest” in *Caisse populaire de l’Est de Drummond* is confirmed by the French version of the text. “*Sont en particulier des garanties*” is illustrative, not limitative. *Le Robert* (online) defines “*en particulier*” (in particular) as [TRANSLATION] “particularly, among others, especially, above all” (emphasis added). Unsurprisingly, the French version of s. 224(1.3) has been described as being [TRANSLATION] “as broadly worded as possible” (R. P. Simard, “Priorités et droits spéciaux de la couronne”, in *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Sûretés* (loose-leaf), vol. 1, by P.-C. Lafond, ed., fasc. 4, at para. 20). There is no discordance between both versions of the text. The French version conforms perfectly to the English text’s use of the verb “includes”, and confirms the plain reading of the English version.

[214] Respectfully, our colleagues Côté and Karakatsanis JJ. frustrate the clear will of Parliament. Clear, all-inclusive language should be treated as such, and not circumvented by straining to draw distinctions of no legal significance whatsoever or by searching for what is not specifically mentioned in order to avoid the otherwise inescapable conclusion that Parliament granted absolute priority to the deemed trusts.

(3) Conclusion

[215] It is this simple:

Comme si ce n’était pas suffisant, les affaires *Mega Pets* et *Schwab*, contrairement à l’affaire en l’espèce, concernaient des situations où les biens n’avaient pas été transférés au débiteur, lequel fait avait été considéré comme déterminant et avait mené à la conclusion que les instruments en question dans ces affaires ne constituaient pas des « garanties ». Par exemple, aux termes d’un contrat de vente conditionnelle, le vendeur ne dispose d’aucun intérêt sur les biens du débiteur puisque le vendeur demeure propriétaire jusqu’à l’exécution de l’obligation (*Mega Pets*, par. 32). À l’inverse, les charges super prioritaires garantissent le paiement à partir des biens qui appartiennent toujours au débiteur.

[213] Enfin, l’interprétation que notre Cour donne au terme « garantie » dans *Caisse populaire de l’Est de Drummond* est confirmée par la version française du texte. « *Sont en particulier des garanties* » est un passage illustratif, et non limitatif. *Le Robert* (en ligne) définit « en particulier » comme suit : « *particulièrement, notamment, spécialement, surtout* » (nous soulignons). Sans surprise, la version française du par. 224(1.3) a été qualifiée d’« aussi large qu’il est possible de l’écrire » (R. P. Simard, « Priorités et droits spéciaux de la couronne », dans *JurisClasseur Québec — Collection de droit civil — Sûretés* (feuilles mobiles), vol. 1, par P.-C. Lafond, dir., fasc. 4, par. 20). Il n’y a aucune discordance entre les deux versions du texte. La version française correspond parfaitement à l’emploi du verbe « *includes* » dans le texte anglais, et confirme le sens clair de la version anglaise.

[214] Avec égards, nos collègues les juges Côté et Karakatsanis contrecarrent la volonté claire du législateur. Un langage clair et englobant devrait être traité comme tel et ne pas être contourné en tentant désespérément de faire des distinctions dénuées de toute importance sur le plan juridique ou en cherchant ce qui n’est pas expressément mentionné dans le but d’éviter la conclusion, autrement inéluctable, selon laquelle le législateur voulait accorder la priorité absolue à la fiducie réputée.

(3) Conclusion

[215] La conclusion est simple :

1. the Fiscal Statutes give absolute priority to the deemed trusts for source deductions over all security interests notwithstanding the *CCAA*;
2. the priming charges are “security interests” within the meaning of the Fiscal Statutes; and
3. the *CCAA* does not subordinate the claims under the deemed trusts of the Fiscal Statutes to the priming charges.

[216] This is sufficient to decide the appeal: the deemed trusts of the Fiscal Statutes have priority over the priming charges. However, in view of the respondents’ submissions that such a finding leaves the deemed trust provisions in the Fiscal Statutes in conflict with the *CCAA*, and that recognizing the ultimate priority of the Crown’s deemed trust renders certain provisions of the *CCAA* meaningless, we are compelled to explain why this is not so.

C. *The CCAA and the Fiscal Statutes Operate Harmoniously*

(1) The Broad Grant of Authority Under Section 11 of the CCAA Is Not Unlimited

[217] It is not disputed that s. 11 of the *CCAA* contains a grant of broad supervisory discretion and the power to “make any order that it considers appropriate in the circumstances” to give effect to that supervisory role (see J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2nd ed. 2013), at pp. 18-19). What is in dispute, however, are the limits to this broad power.

[218] A supervising judge’s authority to grant priming charges was not always contained in the *CCAA*. Prior to the 2009 amendments, it was derived from the courts’ inherent jurisdiction (*Temple City Housing Inc., Re*, 2007 ABQB 786, 42 C.B.R. (5th) 274, at para. 14; Q.B. reasons, at para. 105). While the amendments in some respects represented a codification of the past practice, they clarified how priming charges operated (*CCAA*, ss. 11.2, 11.51 and 11.52). Despite being “the engine driving the statutory scheme”, s. 11’s exercise was expressly stated

1. les lois fiscales donnent à la fiducie réputée créée à l’égard des retenues à la source priorité absolue sur toute garantie malgré la *LACC*;
2. les charges super prioritaires sont des « garanties » au sens des lois fiscales;
3. la *LACC* n’accorde pas aux charges super prioritaires préséance sur une réclamation au titre d’une fiducie réputée créée par les lois fiscales.

[216] Il n’en faut pas davantage pour trancher le pourvoi : la fiducie réputée créée par les lois fiscales a préséance sur les charges super prioritaires. Cependant, comme les intimées soutiennent que cette conclusion ferait en sorte que les dispositions relatives à la fiducie réputée contenues dans les lois fiscales entrent en conflit avec la *LACC* et ferait perdre leur sens à certaines dispositions de la *LACC*, nous nous devons d’expliquer pourquoi ce n’est pas le cas.

C. *La LACC et les lois fiscales s’appliquent de façon harmonieuse*

(1) Les larges pouvoirs conférés par l’art. 11 de la LACC ne sont pas sans limites

[217] Il n’est pas contesté que l’art. 11 de la *LACC* confère au tribunal un vaste pouvoir discrétionnaire de surveillance ainsi que le pouvoir de « rendre toute ordonnance qu’il estime indiquée » afin de donner effet à ce rôle de surveillance (voir J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2^e éd. 2013), p. 18-19). Ce sont plutôt les limites de ce vaste pouvoir qui sont contestées.

[218] La *LACC* n’a pas toujours conféré à un juge surveillant le pouvoir d’accorder des charges super prioritaires. Avant les modifications de 2009, ce pouvoir découlait de la compétence inhérente du tribunal (*Temple City Housing Inc., Re*, 2007 ABQB 786, 42 C.B.R. (5th) 274, par. 14; motifs de la C.B.R., par. 105). Les modifications visaient, à certains égards, à codifier les pratiques antérieures, mais elles visaient aussi à clarifier le fonctionnement des charges super prioritaires (*LACC*, art. 11.2, 11.51 et 11.52). Bien que l’art. 11 ait été qualifié de « moteur

by Parliament to be “subject to the restrictions set out in this Act” (see *9354-9186 Québec inc. v. Callidus Capital Corp.*, 2020 SCC 10, [2020] 1 S.C.R. 521, at paras. 48-49, citing *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5 (C.A.), at para. 36). Three such restrictions are significant here.

- (a) *The Continued Operation of the Deemed Trusts for Unremitted Source Deductions (Section 37(2))*

[219] The first restriction on the authority to grant priming charges is found in s. 37(2) of the CCAA. This provides for the continued operation of the deemed trusts under the Fiscal Statutes in a CCAA proceeding — a point this Court *repeatedly* highlighted in *Century Services*, at paras. 78-81. At the hearing of this appeal, the respondents argued that s. 37(1) nullifies the Crown’s priority in respect of all deemed trusts under the CCAA, and that s. 37(2) acts merely to reincorporate the deemed trusts under the Fiscal Statutes into CCAA proceedings without their absolute priority. This tortured interpretation misconceives the effect of s. 37(1).

[220] Section 37(1) provides that, despite any deemed trust provision in federal or provincial legislation, “property of a debtor company shall not be regarded as being held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision”, but it is expressly made “[s]ubject to subsection (2)”. Through s. 37(2), Parliament also preserved the operation of the deemed trusts under the Fiscal Statutes within CCAA proceedings by providing that “[s]ubsection (1) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under [the Fiscal Statutes]”. In the face of Parliament’s clear direction that the deemed trusts operate “notwithstanding” any other enactment, and the express preservation of the deemed trusts in the CCAA, there is simply no basis whatsoever for reading s. 37 as

du régime législatif », le législateur a expressément déclaré que le pouvoir qu’il confère doit être exercé « sous réserve des restrictions prévues par la présente loi » (voir *9354-9186 Québec inc. c. Callidus Capital Corp.*, 2020 CSC 10, [2020] 1 R.C.S. 521, par. 48-49, citant *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5 (C.A.), par. 36). Trois restrictions de ce genre importent en l’espèce.

- a) *Le fonctionnement continu des fiducies réputées créées à l’égard des retenues à la source non versées (par. 37(2))*

[219] La première restriction imposée au pouvoir d’accorder des charges super prioritaires est énoncée au par. 37(2) de la LACC, lequel prévoit le maintien en vigueur de la fiducie réputée créée par les lois fiscales dans le cadre d’une procédure engagée sous le régime de la LACC — un point que notre Cour a souligné *maintes fois* dans l’arrêt *Century Services*, par. 78 à 81. À l’audition du présent pourvoi, les intimées ont soutenu que le par. 37(1) a pour effet de neutraliser la priorité de la Couronne en regard de toutes les fiducies réputées sous le régime de la LACC et que le par. 37(2) vise simplement à réintégrer les fiducies réputées créées par les lois fiscales dans les procédures engagées sous le régime de la LACC, mais sans leur priorité absolue. Cette interprétation tortueuse se méprend sur l’effet du par. 37(1).

[220] Le paragraphe 37(1) prévoit que, par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale en matière de fiducie réputée, « aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme [un bien détenu en fiducie pour Sa Majesté] par le seul effet d’une telle disposition ». Toutefois, cela ne s’applique que « [s]ous réserve du paragraphe (2) ». Au moyen du par. 37(2), le législateur a également protégé l’application de la fiducie réputée créée par les lois fiscales dans le cadre de procédures engagées sous le régime de la LACC en disposant que « [l]e paragraphe (1) ne s’applique pas à l’égard des sommes réputées détenues en fiducie aux termes des [lois fiscales] ». Étant donné la directive claire du législateur voulant que la fiducie réputée s’applique « malgré » tout autre

invalidating the deemed trust provisions under the Fiscal Statutes only to revive them with a conveniently lesser priority. Such an interpretation finds no support in the text, context, or purpose of the statutory schemes. Rather, all those considerations support the view that the deemed trusts under the Fiscal Statutes are preserved in CCAA proceedings in both form and substance, along with their absolute priority.

[221] Before turning to the second restriction, we note each of our colleagues Karakatsanis J. and Côté J. fail to give effect to Parliament's decision, expressed in clear statutory text, to "preserv[er] deemed trusts and asser[t] Crown priority only in respect of source deductions" under the CCAA (*Century Services*, at para. 45). For the same reason, the reliance they place on *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24, is misconceived. There, the Court held that the deemed trust created by provincial legislation was not a "true trust" so as to fall outside the debtor's property under what is now s. 67(1)(a) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 ("BIA"). That is not this case. Unlike the deemed trust in *Henfrey*, the deemed trusts of the Fiscal Statutes receive a particular treatment in bankruptcy and insolvency proceeding because they are preserved by s. 37(2) of the CCAA and s. 67(3) of the BIA. Further, while the Court in *Henfrey* concluded that the deemed trust was ineffective in bankruptcy because the commingling of assets rendered the money subject to the deemed trusts untraceable, this rationale has no application to s. 227(4.1). In *First Vancouver*, this Court noted that "by deeming the trust to be effective 'at any time' the debtor is in default, the amendments serve to strengthen the conclusion that the Minister is not required to trace its interest to assets which belonged to the tax debtor at the time the source deductions were made" (para. 37). Again, no conclusions regarding the nature of the deemed trusts flow from the fact that tracing is irrelevant under s. 227(4.1):

texte législatif, ainsi que la protection de la fiducie réputée expressément prévue par la LACC, il n'y a tout simplement aucune raison d'interpréter l'art. 37 comme s'il avait pour effet d'invalider les dispositions relatives à la fiducie réputée contenues dans les lois fiscales pour ensuite les rétablir, comme par hasard, avec une priorité de rang inférieure. Une telle interprétation ne trouve aucun appui dans le libellé, le contexte ou l'objectif des régimes législatifs. Tous ces éléments appuient plutôt la thèse selon laquelle, dans le cadre de procédures engagées sous le régime de la LACC, la fiducie réputée créée par les lois fiscales est préservée, autant dans la forme que sur le fond, tout comme sa priorité absolue.

[221] Avant de nous pencher sur la deuxième restriction, nous soulignons qu'aucune de nos collègues les juges Karakatsanis et Côté ne donne effet à la décision du législateur, exprimée dans un texte législatif clair, de « préserv[er] les fiducies réputées et [d']établi[r] la priorité de la Couronne seulement à l'égard des retenues à la source » sous le régime de la LACC (*Century Services*, par. 45). Pour la même raison, l'importance qu'elles accordent à l'arrêt *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24, est mal fondée. Dans cet arrêt, la Cour a conclu que la fiducie réputée créée par la loi provinciale n'était pas une « fiducie véritable » exclue du patrimoine de la débitrice en vertu de ce qui est maintenant l'al. 67(1)a) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3 (« LFI »). La présente espèce est différente. Contrairement à la fiducie réputée en question dans l'arrêt *Henfrey*, la fiducie réputée créée par les lois fiscales reçoit un traitement particulier dans le cadre d'une procédure en matière de faillite et d'insolvabilité parce qu'elle est préservée par le par. 37(2) de la LACC et le par. 67(3) de la LFI. En outre, bien que la Cour ait conclu dans *Henfrey* que la fiducie réputée était inopérante en cas de faillite du fait que le regroupement des biens rendait non identifiable le montant assujéti à la fiducie réputée, ce raisonnement ne s'applique pas au par. 227(4.1). Dans *First Vancouver*, notre Cour a souligné que « comme elles prévoient l'application de la fiducie réputée en cas de défaut du débiteur (en anglais, « at any time »), les modifications appuient la conclusion que le ministre n'a pas à rattacher

the deemed trusts are statutory instruments and the question is one of operation, *not* characterization.

(b) *Priming Charges Attach Only to the Property of the Debtor Company*

[222] The second restriction on the CCAA’s broad authority to grant priming charges is that the CCAA requires priming charges to attach only to “all or part” of the property of the debtor’s company (s. 11.2(1); see also ss. 11.51(1) and 11.52(1)). Here, Parliament evinces a clear intent to preserve the ultimate priority it afforded the deemed trusts under the Fiscal Statutes. This is because, by operation of s. 227(4.1) of the *ITA* and s. 37(2) of the CCAA, the unremitted source deductions are deemed *not* to form part of the property of the debtor’s company.

[223] Parliament could not have been more explicit: the source deductions are deemed never to form part of the company’s property and, if there is a default in remittances, the Crown is deemed to obtain beneficial ownership in the tax debtor’s property in the amount of the unremitted source deductions that it can collect “notwithstanding” any other enactment or security interest. Whether this is a true ownership interest is irrelevant to this appeal as the legislation *deems* the Crown to obtain beneficial ownership for these purposes. It follows that the priming charges cannot supersede the Crown’s deemed trust claim because they may attach *only to the property of the debtor’s company*, of which Parliament took great care to ensure the source deductions were deemed to form no part. As Michael J. Hanlon explains:

While it has been held that an interim financing charge may rank ahead of the deemed trusts existing in favour

son droit aux biens qui appartaient au débiteur fiscal lorsque les retenues à la source ont été faites » (par. 37). Encore une fois, aucune conclusion quant à la nature de la fiducie réputée ne découle du fait que l’origine du montant qui y est assujéti n’est pas pertinente au regard du par. 227(4.1) : la fiducie réputée est un instrument législatif et la question qui se pose concerne son fonctionnement, *non* sa qualification.

b) *Les charges super prioritaires ne grèvent que les biens de la compagnie débitrice*

[222] La deuxième restriction imposée au vaste pouvoir de constituer des charges super prioritaires que confère la *LACC* est que celle-ci prévoit que les charges super prioritaires ne peuvent se rattacher qu’à « tout ou partie » des biens de la compagnie débitrice (par. 11.2(1); voir aussi les par. 11.51(1) et 11.52(1)). Le législateur exprime ainsi l’intention claire de préserver la priorité absolue accordée à la fiducie réputée créée par les lois fiscales. Effectivement, par application du par. 227(4.1) de la *LIR* et du par. 37(2) de la *LACC*, les retenues à la source non versées sont réputées *ne pas* faire partie des biens de la compagnie débitrice.

[223] Le législateur n’aurait pas pu être plus clair : les retenues à la source sont réputées ne jamais faire partie des biens de la compagnie et, en cas de non-versement, la Couronne est réputée obtenir un droit de bénéficiaire sur les biens du débiteur fiscal jusqu’à concurrence du montant des retenues à la source non versées, droit dont elle peut se prévaloir « malgré » tout autre texte législatif ou toute autre garantie. Qu’il s’agisse ou non d’un véritable intérêt propriétaire, cela importe peu en l’espèce, car selon la législation, la Couronne est *réputée* détenir un droit de bénéficiaire à ces fins. Il s’ensuit que les charges super prioritaires ne peuvent pas prendre rang devant la réclamation de la Couronne au titre de la fiducie réputée puisqu’elles peuvent se rattacher *uniquement* aux biens de la compagnie débitrice, dont les retenues à la source sont réputées ne pas faire partie comme s’en est assuré avec soin le législateur. Comme l’explique Michael J. Hanlon :

[TRADUCTION] Bien qu’il ait été jugé qu’une charge en faveur d’un prêteur temporaire peut prendre rang devant

of the Canada Revenue Agency with respect to amounts owing on account of unremitted source deductions, this appears to be incorrect. Property deemed to be held in trust pursuant to the provisions creating the deemed trust are deemed not to form part of the debtor's estate, and given that those deemed trusts with respect to source deductions, are preserved in a CCAA context, the interim financing charge would not attach to those assets. [Emphasis added; footnotes omitted.]

(*Halsbury's Laws of Canada — Bankruptcy and Insolvency* (2017 Reissue), at HBI-376)

(c) *The Definition of “Secured Creditor” (Section 2)*

[224] The third restriction on the CCAA's broad authority to grant priming charges is that the court “may order that the security or charge rank in priority over the claim of any secured creditor of the company” (ss. 11.2(2), 11.51(2) and 11.52(2)). Also, the definition of “secured creditor” in s. 2(1) of the CCAA makes it manifestly clear that the Crown is not a “secured creditor” in respect of its deemed trust claims under the Fiscal Statutes:

secured creditor means a holder of a mortgage, hypothec, pledge, charge, lien or privilege on or against, or any assignment, cession or transfer of, all or any property of a debtor company as security for indebtedness of the debtor company, or a holder of any bond of a debtor company secured by a mortgage, hypothec, pledge, charge, lien or privilege on or against, or any assignment, cession or transfer of, or a trust in respect of, all or any property of the debtor company, whether the holder or beneficiary is resident or domiciled within or outside Canada, and a trustee under any trust deed or other instrument securing any of those bonds shall be deemed to be a secured creditor for all purposes of this Act except for the purpose of voting at a creditors' meeting in respect of any of those bonds;

This definition highlights two relevant considerations. First, the definition should be read as

une fiducie réputée créée en faveur de l'Agence du revenu du Canada à l'égard d'un montant dû au titre de retenues à la source non versées, cette conclusion semble incorrecte. Les biens réputés être détenus en fiducie en vertu des dispositions créant la fiducie réputée sont considérés comme ne faisant pas partie du patrimoine du débiteur, et puisque la fiducie réputée créée à l'égard des retenues à la source est préservée sous le régime de la LACC, la charge en faveur d'un prêteur temporaire ne se rattacherait pas à ces biens. [Nous soulignons; notes en bas de page omises.]

(*Halsbury's Laws of Canada — Bankruptcy and Insolvency* (réédition 2017), HBI-376)

(c) *La définition de « créancier garanti » (art. 2)*

[224] La troisième restriction imposée au vaste pouvoir de constituer des charges super prioritaires que confère la LACC est que le tribunal « peut préciser, dans l'ordonnance, que la charge ou sûreté a priorité sur toute réclamation des créanciers garantis de la compagnie » (par. 11.2(2), 11.51(2) et 11.52(2)). De plus, selon la définition de « créancier garanti » énoncée au par. 2(1) de la LACC, il est tout à fait clair que la Couronne ne peut être considérée comme tel au regard des réclamations relatives à la fiducie réputée que lui accordent les lois fiscales :

créancier garanti Détenteur d'hypothèque, de gage, charge, nantissement ou privilège sur ou contre l'ensemble ou une partie des biens d'une compagnie débitrice, ou tout transport, cession ou transfert de la totalité ou d'une partie de ces biens, à titre de garantie d'une dette de la compagnie débitrice, ou un détenteur de quelque obligation d'une compagnie débitrice garantie par hypothèque, gage, charge, nantissement ou privilège sur ou contre l'ensemble ou une partie des biens de la compagnie débitrice, ou un transport, une cession ou un transfert de tout ou partie de ces biens, ou une fiducie à leur égard, que ce détenteur ou bénéficiaire réside ou soit domicilié au Canada ou à l'étranger. Un fiduciaire en vertu de tout acte de fiducie ou autre instrument garantissant ces obligations est réputé un créancier garanti pour toutes les fins de la présente loi sauf la votation à une assemblée de créanciers relativement à ces obligations.

Cette définition fait ressortir deux considérations pertinentes. Premièrement, la définition devrait être

encompassing two classes of creditors. And second, the use of the word “trust” must be given legal significance.

[225] As to the first consideration, we accept the Crown’s submission that the proper reading of the definition of secured creditor references only two classes of secured creditors: (i) holders of direct security, and (ii) holders of secured bonds. So understood, a secured creditor means either

a holder of a mortgage, hypothec, pledge, charge, lien or privilege on or against, or any assignment, cession or transfer of, all or any property of a debtor company as security for indebtedness of the debtor company,

or

a holder of any bond of a debtor company secured by a mortgage, hypothec, pledge, charge, lien or privilege on or against, or any assignment, cession or transfer of, or a trust in respect of, all or any property of the debtor company

The reference to “trust” appears only in relation to an instrument securing a bond of the debtor company. The definition must be read as “secured creditor means . . . a holder of any bond of a debtor company secured by . . . a trust in respect of, all or any property of the debtor company”. Accordingly, holders of an interest under a deemed trust are not a third class of creditors (A. Prévost, “Que reste-t-il de la fiducie réputée en matière de régimes de retraite?” (2016), *75 R. du B.* 23, at p. 58).

[226] While finding this interpretation “initially attractive”, the majority of the Court of Appeal ultimately rejected this reading. It did so because, irrespective of whether the definition needs a third reference to a “holder of a trust” drafted in parallel to the first two classes of creditors, the Crown’s interest could be classified as a “charge” and is therefore captured by the first class of secured creditors

interprétée comme englobant deux catégories de créanciers. Deuxièmement, il faut attribuer de l’importance, sur le plan juridique, à l’emploi du mot « fiducie ».

[225] En ce qui concerne la première considération, nous acceptons l’argument de la Couronne selon lequel la juste interprétation de la définition de créancier garanti ne renvoie qu’à deux catégories de créanciers garantis : (i) les détenteurs de garanties directes; (ii) les détenteurs d’obligations garanties. Par conséquent, on entend par créancier garanti :

un détenteur d’hypothèque, de gage, charge, nantissement ou privilège sur ou contre l’ensemble ou une partie des biens d’une compagnie débitrice, ou tout transport, cession ou transfert de la totalité ou d’une partie de ces biens à titre de garantie d’une dette de la compagnie débitrice

ou

un détenteur de quelque obligation d’une compagnie débitrice garantie par hypothèque, gage, charge, nantissement ou privilège sur ou contre l’ensemble ou une partie des biens de la compagnie débitrice, ou un transport, une cession ou un transfert de tout ou partie de ces biens, ou une fiducie à leur égard . . .

Le renvoi à la « fiducie » n’est lié qu’à un instrument garantissant une obligation de la compagnie débitrice. La définition de « créancier garanti » inclut donc un « détenteur de quelque obligation d’une compagnie débitrice garantie par [. . .] une fiducie à [l’égard de l’ensemble ou d’une partie des biens de la compagnie débitrice] ». En conséquence, les détenteurs d’un intérêt en vertu d’une fiducie réputée ne forment pas une troisième catégorie de créanciers (A. Prévost, « Que reste-t-il de la fiducie réputée en matière de régimes de retraite? » (2016), *75 R. du B.* 23, p. 58).

[226] Bien qu’ils aient trouvé cette interprétation [TRADUCTION] « intéressante à première vue », les juges majoritaires de la Cour d’appel l’ont ultimement rejetée. Selon eux, indépendamment de la question de savoir si la définition devrait faire mention des « détenteurs de fiducie » comme troisième catégorie, le droit de la Couronne pourrait être qualifié de « charge », faisant ainsi d’elle un membre de la

(C.A. reasons, at paras. 42-43). Respectfully, this is incorrect. Deemed trusts are not covered by the word “charge”. To conclude that the word “charge” encompasses “deemed trusts” under the first class of secured creditors when “charge” and “trust” are listed distinctly under the second class of secured creditors (holders of secured bonds) would be incoherent and run contrary to legislative presumptions in statutory interpretation. Why would Parliament include a specific reference to *trusts* if they are already covered by *charge*? Parliament is presumed to avoid “superfluous or meaningless words, [and] phrases” (*Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533, at para. 178). The deliberate and distinct text of “trust” and “charge” shows that it was not Parliament’s intention to have holders of deemed trusts subsumed under “charge” such that the Crown in this circumstance would become a secured creditor.

[227] In any case, if there were only one class of creditor, the Crown would not be a secured creditor with respect to the deemed trust claim under the Fiscal Statutes. While Parliament distinguished between “deemed or actual trust[s]” in s. 224(1.3) of the *ITA*, it made no such distinction in the definition of secured creditor. Parliament is presumed to legislate with intent and chose its words carefully. Our role as a court with respect to legislation is interpretation, not drafting. We must ascribe legal significance to Parliament’s choice of text — that is, to the words Parliament chose and *did not* choose.

(d) “Restrictions” Under Section 11 of the CCAA

[228] Our colleague Karakatsanis J. agrees with our analysis of the priming charge provisions, but she does not seem to view them as “restrictions” within the meaning of s. 11 because “[t]he general language of s. 11 should not . . . be ‘restricted by the

première catégorie des créanciers garantis (motifs de la C.A., par. 42-43). Avec égards, ce raisonnement est erroné. Le terme « charge » ne vise pas la fiducie réputée. En ce qui concerne la première catégorie de créanciers garantis, conclure que le terme « charge » englobe la « fiducie réputée » alors que les termes « charge » et « fiducie » sont indiqués séparément pour la deuxième catégorie de créanciers garantis (détenteurs d’obligations garanties) serait incohérent et irait à l’encontre des présomptions en matière d’interprétation législative. Pourquoi le législateur ferait-il expressément mention des *fiducies* si celles-ci sont déjà visées par les *charges*? Le législateur est censé éviter « les termes [et] les phrases [. . .] superflus et dénués de sens » (*Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533, par. 178). L’emploi délibéré et distinct des termes « fiducie » et « charge » montre que le législateur ne voulait pas que les fiducies réputées soient visées par le terme « charge » et que la Couronne puisse, à titre de détentrice d’une fiducie réputée, être considérée comme un créancier garanti dans cette situation.

[227] De toute façon, s’il n’y avait qu’une seule catégorie de créanciers, la Couronne ne serait pas un créancier garanti au regard de la réclamation relative à la fiducie réputée créée par les lois fiscales. Alors que le législateur a établi une distinction entre les « fiducies réputées ou réelles » au par. 224(1.3) de la *LIR*, il n’a pas établi la même distinction dans la définition de créancier garanti. Le législateur est présumé légiférer sciemment et choisir ses mots soigneusement. En tant que tribunal, notre rôle en ce qui concerne la législation en est un d’interprétation et non de rédaction. Nous devons attribuer de l’importance, sur le plan juridique, au libellé choisi par le législateur — c’est-à-dire aux termes que le législateur a et à ceux qu’il *n’a pas* choisis.

d) Les « restrictions » visées à l’art. 11 de la LACC

[228] Notre collègue la juge Karakatsanis souscrit à notre analyse des dispositions relatives aux charges super prioritaires, mais elle ne semble pas les considérer comme des « restrictions » au sens de l’article 11 parce que « [l]a possibilité [. . .] de rendre

availability of more specific orders” (Karakatsanis J.’s reasons, at para. 170, citing *Century Services*, at para. 70). With respect, as a matter of law and statutory interpretation this view is simply unavailable to our colleague. Neither s. 11 nor the court’s inherent jurisdiction can “empower a judge . . . to make an order negating the unambiguous expression of the legislative will” (*Baxter Student Housing Ltd. v. College Housing Co-operative Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 475, at p. 480; see also *R. v. Caron*, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78, at para. 32). Parliament has imposed clear restrictions on the courts’ power to give priority to priming charges. It is one thing to rely on s. 11 as a source of general authority even when other specific orders are available; it is another to misconstrue s. 11 as a source of unfettered authority to circumvent such unambiguous restrictions. While courts may use their general s. 11 power to create priming charges for purposes other than those that are specifically enumerated (see Wood, at pp. 90-91), Parliament has clearly expressed its intention to restrict any such charge in a critical way — it cannot take priority over the Crown’s deemed trust.

[229] For the same reason, we respectfully find untenable our colleague Justice Moldaver’s suggestion that it is unclear whether there are restrictions *internal* to the CCAA itself that would prevent a court from using its power under s. 11 to order a priming charge in priority to the Crown’s deemed trust claim. This statement does not account for Parliament’s clear intention, recorded in s. 37(2), to preserve the Crown’s right to be paid in absolute priority over all secured creditors in CCAA proceedings. It also renders superfluous the restrictions on the court’s authority to prioritize priming charges under ss. 11.2(2), 11.51(2) and 11.52(2) of the CCAA.

des ordonnances plus spécifiques n’a pas pour effet de restreindre” la portée des termes généraux utilisés à l’art. 11 » (motifs de la juge Karakatsanis, par. 170, citant *Century Services*, par. 70). À notre humble avis, sur le plan du droit et de l’interprétation législative, notre collègue ne peut tout simplement pas faire valoir ce point de vue. Ni l’art. 11 ni la compétence inhérente du tribunal « n’autorise [un juge] à rendre une ordonnance qui va à l’encontre de la volonté clairement exprimée du législateur » (*Baxter Student Housing Ltd. c. College Housing Co-operative Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 475, p. 480; voir aussi *R. c. Caron*, 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78, par. 32). Le législateur a imposé des restrictions claires au pouvoir des tribunaux d’accorder préséance à des charges super prioritaires. C’est une chose que de se fonder sur l’art. 11 en guise de source de pouvoir général même lorsque d’autres ordonnances plus spécifiques peuvent être rendues; c’en est une autre que d’interpréter l’art. 11, à tort, comme une source de pouvoir absolu de façon à contourner des restrictions sans équivoque. Bien que les tribunaux puissent utiliser le pouvoir général que leur confère l’art. 11 afin de créer des charges super prioritaires à d’autres fins que celles expressément énumérées (voir Wood, p. 90-91), le législateur a clairement manifesté son intention de restreindre cette charge de manière importante — elle ne peut avoir préséance sur la fiducie réputée de la Couronne.

[229] Pour la même raison, nous jugeons, avec égards, insoutenable la proposition de notre collègue le juge Moldaver selon laquelle on ne saurait dire s’il existe des restrictions *internes* à la LACC elle-même qui empêcherait un tribunal d’user du pouvoir que lui accorde l’art. 11 pour ordonner qu’une charge super prioritaire ait préséance sur la réclamation de la Couronne au titre d’une fiducie réputée. Cette affirmation ne tient pas compte de l’intention claire du législateur, consignée au par. 37(2), de préserver le droit de la Couronne d’être payée en priorité absolue aux dépens de tous les créanciers garantis dans une procédure intentée sous le régime de la LACC. Elle rend en outre superflue la limitation du pouvoir du tribunal de primer les charges super prioritaires en vertu des par. 11.2(2), 11.51(2) et 11.52(2) de la LACC.

[230] Further, our colleague Moldaver J. says it is unnecessary to “define the particular nature or operation of the” deemed trust under the *ITA* (para. 255), and relies on the “notwithstanding” language of s. 227(4.1) of the *ITA* to determine whether the Crown’s claim can have priority over priming charges. This interpretation effectively reads in a conflict in the statutory schemes, despite this Court’s clear direction that “an interpretation which results in conflict should be eschewed unless it is unavoidable” (*Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 SCC 14, [2007] 1 S.C.R. 591, at para. 47). In any event, this is not an *unavoidable* conflict: there is simply *no* conflict. Parliament *avoided* any conflict between the *CCAA* and the *ITA* by imposing restrictions upon the court’s authority under s. 11 of the *CCAA*.

(e) *Structure of Crown Claims Under the CCAA*

[231] Finally, while not a “restrictio[n] set out in [the *CCAA*]”, as specified in s. 11, the cogency of the statutory scheme as a whole depends on an interpretation where the Crown cannot be a secured creditor. This is so because classifying the Crown as “secured creditor” would disrupt the structure of Crown claims that the *CCAA* clearly defines at ss. 37 to 39 (Wood, at p. 98). Section 37 applies to deemed trust claims, with s. 37(1) providing that deemed trusts in favour of the Crown are ineffective under the *CCAA*, as a general rule, and s. 37(2) providing an exemption for the deemed trust for source deductions. Section 38(1) sets out the general rule that the Crown’s secured claims rank as unsecured claims, with specific exemptions at s. 38(2) and (3). Finally, s. 39(1) preserves the Crown’s secured creditor status if it registers before the commencement of the *CCAA* proceedings but, under s. 39(2), that security is subordinate to prior perfected security interests.

[230] De plus, notre collègue le juge Moldaver mentionne qu’il n’est pas nécessaire de « définir la nature ou le fonctionnement particulier » de la fiducie réputée sous le régime de la *LIR* (par. 255), et il s’appuie sur la disposition de dérogation au par. 227(4.1) de la *LIR* pour décider si la réclamation de la Couronne peut prendre rang devant des charges super prioritaires. Cette interprétation a pour effet de créer un conflit dans les régimes législatifs, en dépit de la directive claire de notre Cour selon laquelle « une interprétation qui donne lieu à un conflit devrait être évitée dans la mesure du possible » (*Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 CSC 14, [2007] 1 R.C.S. 591, par. 47). Quoi qu’il en soit, ce n’est pas un conflit *inévitabile* : il n’y a tout simplement *aucun* conflit. Le législateur a *évit*é tout conflit entre la *LACC* et la *LIR* en restreignant le pouvoir dont le tribunal est investi par l’art. 11 de la *LACC*.

e) *Structure des réclamations de la Couronne sous le régime de la LACC*

[231] Enfin, bien qu’il ne s’agisse pas d’une « restrictio[n] prévu[e] par la [*LACC*] », comme le précise l’art. 11, la cohérence du régime législatif dans son ensemble dépend d’une interprétation selon laquelle la Couronne n’est pas un créancier garanti. De fait, qualifier la Couronne de « créancier garanti » aurait pour effet de perturber la structure des réclamations de la Couronne que la *LACC* définit de façon claire aux art. 37 à 39 (Wood, p. 98). L’article 37 s’applique aux réclamations au titre d’une fiducie réputée. Le paragraphe 37(1) prévoit que les fiducies réputées créées en faveur de la Couronne sont inopérantes sous le régime de la *LACC*, de façon générale, et le par. 37(2) prévoit une exemption pour les fiducies réputées créées à l’égard des retenues à la source. Le paragraphe 38(1) établit la règle générale selon laquelle les réclamations garanties de la Couronne prennent rang comme réclamations non garanties, sous réserve des exceptions énoncées aux par. 38(2) et (3). Enfin, le par. 39(1) protège la réclamation garantie de la Couronne si elle a été enregistrée avant l’introduction d’une procédure intentée sous le régime de la *LACC*, mais, suivant le par. 39(2), cette réclamation garantie est subordonnée aux garanties opposables antérieures.

[232] This leads us to question why Parliament would expressly “preserve” the deemed trusts of the Fiscal Statutes by operation of s. 37(2), only then to rank the Crown as an unsecured creditor by the operation of s. 38(1). Unlike the interpretation that affords the deemed trusts ultimate priority, allowing the Crown to be reduced to an unsecured creditor in respect of its deemed trust claims would render s. 37(2) almost meaningless. Further, this interpretation would require the Crown to register its claim under s. 39(1) to preserve its status because the deemed trust is not afforded the exemption under s. 38. It would be illogical for Parliament to confer greater protection on secured claims afforded an exemption under s. 38(2) or (3) than it conferred on deemed trusts for source deductions, when the clear objective was to confer “absolute priority” on the latter (*First Vancouver*, at paras. 26-28).

[233] We note that Professor Wood is not alone in recognizing that “sections 38 and 39 of the CCAA govern the conditions upon which a Crown claim can be viewed as ‘secured’ for the purposes of the CCAA” (F. L. Lamer, *Priority of Crown Claims in Insolvency* (loose-leaf), at §79.2). Since the deemed trusts for unremitted source deductions under the Fiscal Statutes do not meet the conditions of these sections, it follows that the Crown’s claim is not “secured”.

[234] In our view, a plain reading of the definition of secured creditor within the context of the broader statutory scheme results in a single inescapable conclusion. That is, there are three classes of Crown claims under the CCAA: (1) claims pursuant to deemed trusts continued under the CCAA; (2) secured claims; and (3) unsecured claims. The claims for unremitted source deductions fall under the first type: claims pursuant to deemed trusts continued under the CCAA.

[232] Ce qui précède nous amène à nous demander pourquoi le législateur aurait expressément « protégé » les fiducies réputées créées par les lois fiscales par l’application du par. 37(2), pour ensuite faire de la Couronne un créancier non garanti par l’application du par. 38(1). Contrairement à l’interprétation qui accorde la priorité absolue à la fiducie réputée, le fait de traiter la Couronne comme un créancier non garanti à l’égard de ses réclamations au titre d’une fiducie réputée ferait perdre presque tout son sens au par. 37(2). En outre, cette interprétation exigerait de la Couronne qu’elle enregistre sa réclamation aux termes du par. 39(1) pour protéger son rang puisque la fiducie réputée n’est pas visée par l’exception prévue à l’art. 38. Il serait illogique que le législateur ait accordé aux réclamations garanties visées par les exceptions prévues aux par. 38(2) ou (3) une protection plus grande que celle accordée à la fiducie réputée créée à l’égard des retenues à la source, alors que l’objectif manifeste était de conférer une « priorité absolue » à la fiducie réputée (*First Vancouver*, par. 26-28).

[233] Nous soulignons que le professeur Wood n’est pas seul à reconnaître que les [TRADUCTION] « articles 38 et 39 de la LACC régissent les conditions dans lesquelles une réclamation de la Couronne peut être considérée comme étant “garantie” pour l’application de la LACC » (F. L. Lamer, *Priority of Crown Claims in Insolvency* (feuilles mobiles), §79.2). Puisque la fiducie réputée créée par les lois fiscales à l’égard des retenues à la source non versées ne satisfait pas aux conditions de ces articles, la réclamation de la Couronne n’est pas « garantie ».

[234] À notre avis, le sens ordinaire de la définition de créancier garanti dans le contexte du régime législatif général ne peut donner lieu qu’à une seule conclusion inéluctable, à savoir qu’il existe trois catégories de réclamations de la Couronne en vertu de la LACC : (1) les réclamations au titre d’une fiducie réputée maintenue en vigueur sous le régime de la LACC; (2) les réclamations garanties; (3) les réclamations non garanties. Les réclamations à l’égard des retenues à la source non versées entrent dans la première catégorie, soit les réclamations au titre d’une fiducie réputée maintenue sous le régime de la LACC.

(2) Recognizing the Ultimate Priority of the Crown's Deemed Trust Does Not Defeat the Purpose of any Provision of the CCAA

[235] For two further and related reasons, the majority at the Court of Appeal and the respondents resist the conclusion that the Crown's deemed trust enjoys absolute priority.

(a) *Protection of Crown Claims Under Section 6(3)*

[236] First, the majority held that granting ultimate priority to the deemed trusts would render s. 6(3) of the CCAA meaningless. This provision prohibits the court from sanctioning a compromise or arrangement unless it provides for payment in full to the Crown, within six months of the sanction of the plan, of all amounts due to the Crown. The majority reasoned that if the Crown is always paid first for its deemed trust claims under the Fiscal Statutes, there would be no need to protect the Crown claims under s. 6(3).

[237] Respectfully, this conclusion is erroneous. A review of the purpose and scope of s. 6(3) of the CCAA is clear: it operates only where there is an arrangement or compromise put to the court, and it protects the entirety of the Crown claim pursuant to s. 224(1.2) of the ITA and similar provisions of the Fiscal Statutes. This includes claims *not* subject to the deemed trusts under the Fiscal Statutes, such as income tax withholdings, employer contributions to employment insurance and CPP, interest and penalties. In contrast, the deemed trusts arise immediately and operate continuously “from the time the amount was deducted or withheld” from the employee's remuneration, and apply to *only those* deductions. It follows, then, that, without s. 6(3), the Crown would be guaranteed entitlement only to unremitted source deductions when the court sanctions a compromise or arrangement, and not to its other claims under s. 224(1.2) of the ITA. This is because most of the

(2) Reconnaître la priorité absolue de la fiducie réputée de la Couronne ne va à l'encontre de l'objectif d'aucune disposition de la LACC

[235] Pour deux autres raisons connexes, les juges majoritaires de la Cour d'appel et les intimées refusent de conclure que la fiducie réputée de la Couronne bénéficie d'une priorité absolue.

a) *Protection des réclamations de la Couronne en application du par. 6(3)*

[236] Premièrement, les juges majoritaires ont statué que le fait d'accorder une priorité absolue à la fiducie réputée ferait perdre son sens au par. 6(3) de la LACC. Cette disposition interdit au tribunal d'homologuer une transaction ou un arrangement qui ne prévoit pas le paiement intégral à la Couronne, dans les six mois suivant l'homologation, de toutes les sommes qui lui sont dues. Les juges majoritaires ont estimé que si les réclamations de la Couronne au titre d'une fiducie réputée créée par les lois fiscales sont toujours payées en priorité, il n'y a pas lieu de protéger les réclamations de la Couronne visées par le par. 6(3).

[237] Avec égards, cette conclusion est erronée. L'examen de l'objectif et de la portée du par. 6(3) de la LACC est sans équivoque : ce paragraphe s'applique seulement si une transaction ou un arrangement est soumis au tribunal, et il protège l'intégralité de la réclamation de la Couronne au titre du par. 224(1.2) de la LIR et des dispositions semblables des lois fiscales. Sont comprises les réclamations qui *ne sont pas* assujetties à une fiducie réputée créée par les lois fiscales, comme les retenues d'impôt, les cotisations d'un employeur à l'assurance-emploi et au RPC, les intérêts et les pénalités. En revanche, la fiducie réputée s'applique immédiatement et de façon continue « à compter du moment où le montant est déduit ou retenu » sur le salaire d'un employé, et elle s'applique *uniquement à ces* retenues. Par conséquent, en l'absence du par. 6(3), les réclamations de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées seraient garanties une fois que le tribunal

Crown's claims rank as unsecured under s. 38 of the *CCAA*.

[238] It bears emphasizing that s. 6(3) does *not* apply where no arrangement is proposed or to *CCAA* proceedings which involve the liquidation of the debtor's assets. Such "liquidating *CCAAs*" are "now commonplace in the *CCAA* landscape" (*Callidus Capital Corp.*, at para. 42). The absolute priority of the deemed trusts under the Fiscal Statutes, continued by s. 37(2) of the *CCAA*, provides protection to the Crown's claim for unremitted source deductions in liquidating *CCAAs*. Each of our colleagues Côté and Karakatsanis JJ. deprive the Crown of its guaranteed entitlements in such cases, despite Parliament having unambiguously granted "absolute priority" to claims for unremitted source deductions (Department of Finance Canada).

[239] We note that our colleague Karakatsanis J. does not conclude that s. 6(3) is rendered nugatory by our interpretation; rather, she says that, since the term "beneficial ownership" as it is used in the deemed trusts does not have the same meaning at common law, we must look to the *CCAA* to ascertain the Crown's rights. This "manipulation of private law concepts, without settled meaning", she further says, raises the question of *how* the deemed trust survives under the *CCAA* (para. 181). And the answer, she finds, is furnished by s. 6(3).

[240] This is wrong for three reasons. First, there is no question as to how the deemed trust survives. Section 37(2) operates to exempt the deemed trusts under the Fiscal Statutes from any change in form or substance under the *CCAA*; this continues the operation of s. 227(4.1), which confers absolute priority on the Crown's claim to the deemed trusts under the Fiscal Statutes. In other words, the deemed trust

aurait homologué une transaction ou un arrangement, mais pas ses autres réclamations visées par le par. 224(1.2) de la *LIR*. En effet, la plupart des réclamations de la Couronne prennent rang comme réclamations non garanties en application de l'art. 38 de la *LACC*.

[238] Il importe de souligner que le par. 6(3) *ne* s'applique *pas* si aucun arrangement n'est proposé ni dans le cadre d'une procédure engagée sous le régime de la *LACC* qui comprend la liquidation des actifs du débiteur. De telles « procédures de liquidation sous le régime de la *LACC* » sont « maintenant couran[tes] dans le contexte de la *LACC* » (*Callidus Capital Corp.*, par. 42). La priorité absolue de la fiducie réputée créée par les lois fiscales, et maintenue par le par. 37(2) de la *LACC*, protège la réclamation de la Couronne à l'égard des retenues à la source non versées dans le cadre de procédures de liquidation sous le régime de la *LACC*. Nos collègues les juges Karakatsanis et Côté privent toutes deux la Couronne de son droit garanti en pareils cas, alors que le législateur a pourtant clairement accordé la « priorité absolue » aux réclamations à l'égard des retenues à la source non versées (Ministère des Finances du Canada).

[239] Nous soulignons que notre collègue la juge Karakatsanis ne conclut pas que le par. 6(3) est rendu inopérant par notre interprétation. Elle affirme plutôt que, comme le terme « droit de bénéficiaire » utilisé dans le contexte de la fiducie réputée n'a pas la même signification en common law, nous devons nous tourner vers la *LACC* pour déterminer les droits de la Couronne. Elle ajoute que cette « adaptation de concepts de droit privé sans signification établie » soulève la question de savoir *comment* la fiducie réputée survit sous le régime de la *LACC* (par. 181). À son avis, la réponse réside dans le par. 6(3).

[240] Cette conclusion est erronée pour trois raisons. Premièrement, aucune question ne se pose quant à la façon dont la fiducie réputée survit. Le paragraphe 37(2) s'applique de façon à soustraire la fiducie réputée créée par les lois fiscales à tout changement de forme ou de fond sous le régime de la *LACC*; est ainsi maintenue l'application du par. 227(4.1), lequel confère une priorité absolue à

survives as it was under the Fiscal Statutes. It is unsurprising, therefore, that this Court did not opine on *how* the trust “survives” in *CCAA* proceedings in *Century Services*: it is, with respect, plain and obvious.

[241] Secondly, our colleague Karakatsanis J.’s suggestion that the understanding of the rights conferred on the Crown under the deemed trust must arise from reading s. 6(3) of the *CCAA* entirely by-passes the text of the *ITA* which specifically sets out those rights. After providing that the Crown has “beneficial ownership” of the value of the unremitted source deduction, the *ITA* continues: “. . . the proceeds of such property shall be paid to the Receiver General in priority to all such security interests” (s. 227(4.1)). This is the right of the Crown under the deemed trust, and our colleague fails to give effect to this right.

[242] Finally, as we have discussed, s. 6(3) protects different interests than those captured by the deemed trusts. If s. 6(3) were to exhaust the Crown’s rights under the *CCAA*, our colleague Karakatsanis J. correctly observes that “there may be some risk to the Crown that the plan [under s. 6(3)] may fail, and the Crown may not be paid in full if the restructuring dissolves into liquidation and the estate is depleted in the interim” (para. 155 (emphasis added)). This, however, only supports our interpretation. The right “not to have to compromise” under s. 6(3) is a right independent of the Crown’s right under deemed trusts (para. 155 (emphasis deleted)).

(b) *Power to Stay the Crown’s Garnishment Right (Section 11.09)*

[243] Secondly, the majority at the Court of Appeal and the respondents say that giving effect to the clear statutory wording would be contrary to the purpose of s. 11.09 of the *CCAA*, which grants courts the power to stay the Crown’s garnishment right under

la réclamation de la Couronne au titre d’une fiducie réputée créée par les lois fiscales. En d’autres mots, la fiducie réputée survit telle qu’elle était en application des lois fiscales. Il n’est donc pas étonnant que notre Cour ne se soit pas prononcée sur la *façon* dont la fiducie « survit » dans le cadre de procédures engagées sous le régime de la *LACC* dans l’arrêt *Century Services* : la réponse est, avec égards, évidente et manifeste.

[241] Deuxièmement, la proposition de notre collègue la juge Karakatsanis, selon laquelle les droits conférés à la Couronne au titre de la fiducie réputée doivent découler de la lecture du par. 6(3) de la *LACC* passe complètement à côté du texte de la *LIR* qui énonce expressément ces droits. Après avoir disposé que la Couronne détient un « droit de bénéficiaire » sur la valeur des retenues à la source non versées, la *LIR* ajoute ce qui suit : « . . . le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur une telle garantie » (par. 227(4.1)). Voilà le droit qui revient à la Couronne au titre de la fiducie réputée, et notre collègue ne donne pas effet à ce droit.

[242] Enfin, comme nous l’avons vu, le par. 6(3) protège des droits différents de ceux visés par la fiducie réputée. Si le par. 6(3) évacue les droits de la Couronne sous le régime de la *LACC*, notre collègue la juge Karakatsanis fait remarquer à juste titre qu’il « y a peut-être un risque que le plan échoue et que la Couronne ne soit pas payée intégralement si la restructuration se solde par une liquidation et que le patrimoine a été épuisé en cours de route » (par. 155 (nous soulignons)). Toutefois, cette observation ne fait qu’appuyer notre interprétation. Le droit « de ne pas avoir à transiger » qu’accorde le par. 6(3) est indépendant du droit de la Couronne au titre de la fiducie réputée (par. 155 (italique omis)).

(b) *Pouvoir de suspendre l’exercice, par la Couronne, de son droit de saisie-arrêt (art. 11.09)*

[243] Ensuite, les juges majoritaires de la Cour d’appel et les intimés soutiennent que donner effet au texte législatif clair irait à l’encontre de l’objectif de l’art. 11.09 de la *LACC*, lequel confère au tribunal le pouvoir de suspendre le droit de saisie-arrêt de

the *ITA* (C.A. reasons, at para. 54). This demonstrates, the argument goes, Parliament's intent to have the court exercise control over the Crown's interests while monitoring the restructuring proceedings. On this view, granting absolute priority to the deemed trusts under the Fiscal Statutes necessarily implies that s. 11.09 of the *CCAA* does not apply to the deemed trust claim.

[244] Again respectfully, this is not so. A court-ordered stay of garnishments under s. 11.09 of the *CCAA* can apply to the Crown's deemed trust claims under the Fiscal Statutes because the deemed trust provisions and s. 11.09 each serve different purposes: the deemed trusts grant a priority to the Crown, while s. 11.09 imposes conditions on when and how the Crown can enforce its garnishment rights under s. 224(1.2) of the *ITA*. In other words, s. 11.09 permits the Court to stay the Crown's ability to enforce its claims under the deemed trusts, but it does not remove its priority.

[245] The critical point is this: giving effect to Parliament's clear intent to grant absolute priority to the deemed trust does not render s. 6(3) or s. 11.09 meaningless. To the contrary, s. 6(3) and s. 11.09 respect the ultimate priority of the deemed trusts under the Fiscal Statutes by allowing for the ultimate priority of the Crown claim to persist, while not frustrating the remedial purpose of the *CCAA*.

(3) Conclusion

[246] As with our discussion of the deemed trust's absolute priority, the harmonious operation of the *CCAA* and the Fiscal Statutes can be summarized as follows:

1. the *CCAA* preserves the Crown's right to be paid in priority to all security interests for its claims for source deductions under the Fiscal Statutes;

la Couronne en vertu de la *LIR* (motifs de la C.A., par. 54). Si l'on en croit cet argument, le législateur voulait permettre au tribunal d'exercer un contrôle sur les droits de la Couronne tout en surveillant le processus de restructuration. Dans cette optique, accorder la priorité absolue à la fiducie réputée créée par les lois fiscales signifie nécessairement que l'art. 11.09 de la *LACC* ne s'applique pas à la réclamation relative à une fiducie réputée.

[244] Encore avec égards, ce n'est pas le cas. Une ordonnance de suspension de la saisie-arrêt en vertu de l'art. 11.09 de la *LACC* peut s'appliquer aux réclamations de la Couronne relatives à la fiducie réputée créée par les lois fiscales, parce que les dispositions en matière de fiducie réputée et l'art. 11.09 servent des fins différentes : la fiducie réputée accorde une priorité à la Couronne, tandis que l'art. 11.09 impose des conditions quant au moment et à la façon dont la Couronne peut exercer son droit de saisie-arrêt au titre du par. 224(1.2) de la *LIR*. En d'autres mots, l'art. 11.09 permet au tribunal de suspendre la faculté de la Couronne d'exécuter ses réclamations relatives à une fiducie réputée, mais il n'écarte pas la priorité de la Couronne.

[245] Le point crucial est le suivant : donner effet à l'intention claire du législateur d'accorder la priorité absolue à la fiducie réputée ne rend pas le par. 6(3) ou l'art. 11.09 dénué de sens. Au contraire, le par. 6(3) et l'art. 11.09 respectent la priorité absolue de la fiducie réputée créée par les lois fiscales en permettant le maintien de la priorité absolue de la réclamation de la Couronne sans contrecarrer l'objet réparateur de la *LACC*.

(3) Conclusion

[246] Comme nous l'avons mentionné au sujet de la priorité absolue de la fiducie réputée, l'application harmonieuse de la *LACC* et des lois fiscales peut se résumer ainsi :

1. la *LACC* protège le droit de la Couronne d'être payée par priorité sur toute garantie pour ses réclamations à l'égard de retenues à la source en vertu des lois fiscales;

- | | |
|---|--|
| <p>2. under the <i>CCAA</i>, the Crown is not a “secured creditor” in respect of its deemed trust claims under the Fiscal Statutes;</p> <p>3. as priming charges can attach only to the debtor’s property, and as Parliament has made it clear that unremitted source deductions form no part of the debtor’s property, the Crown’s interest under the deemed trust is not subject to the priming charges;</p> <p>4. section 6(3) of the <i>CCAA</i>, which operates only where there is an arrangement or compromise put to the court, protects the entirety of the Crown claim under s. 224(1.2) of the <i>ITA</i> and similar provisions of the Fiscal Statutes; and</p> <p>5. the deemed trust’s grant of priority to the Crown is unaffected by s. 11.09, which instead imposes conditions on when and how the Crown can enforce its garnishment rights under s. 224(1.2) of the <i>ITA</i>.</p> <p>D. <i>Policy Reasons Do Not Support a Different Interpretation</i></p> | <p>2. sous le régime de la <i>LACC</i>, la Couronne n’est pas un « créancier garanti » à l’égard de ses réclamations relatives à une fiducie réputée créée par les lois fiscales;</p> <p>3. comme les charges super prioritaires ne peuvent se rattacher qu’aux biens du débiteur, et le législateur a indiqué clairement que les retenues à la source non versées ne font pas partie des biens du débiteur, l’intérêt de la Couronne au titre de la fiducie réputée n’est pas subordonné aux charges super prioritaires;</p> <p>4. le paragraphe 6(3) de la <i>LACC</i>, qui s’applique seulement si une transaction ou un arrangement a été soumis au tribunal, protège l’intégralité de la réclamation de la Couronne visée par le par. 224(1.2) de la <i>LIR</i> et les dispositions semblables des lois fiscales;</p> <p>5. la priorité accordée à la Couronne au titre de la fiducie réputée n’est pas touchée par l’art. 11.09, qui impose plutôt des conditions quant au moment et à la façon dont la Couronne peut exercer son droit de saisie-arrêt en vertu du par. 224(1.2) de la <i>LIR</i>.</p> <p>D. <i>Des considérations de politique générale n’appuient pas une interprétation différente</i></p> |
|---|--|

[247] The majority of the Court of Appeal and the respondents place significant weight on what they view as the potentially “absurd consequences” that would result from concluding that the deemed trusts under the Fiscal Statutes have priority over the priming charges. The same point implicitly underlies our colleague Côté J.’s reasons. Indeed, the majority at the Court of Appeal went as far as to warn that, under this interpretation, interim financing would “simply end”, an assertion that “almost certainly goes too far” (C.A. reasons, at para. 50; Wood, at p. 99). It added that it would lead to more business failures and, in turn, undermine tax collection (paras. 48 and 50). We disagree.

[247] Les juges majoritaires de la Cour d’appel et les intimées accordent une grande importance aux conséquences, qu’ils jugent potentiellement [TRADUCTION] « absurdes », qu’aurait le fait de conclure que la fiducie réputée créée par les lois fiscales a préséance sur les charges super prioritaires. Le même avis sous-tend implicitement les motifs de notre collègue la juge Côté. En effet, les juges majoritaires de la Cour d’appel sont allés jusqu’à affirmer que, suivant cette interprétation, le financement temporaire [TRADUCTION] « prendrait tout simplement fin », une affirmation qui « est presque assurément exagérée » (motifs de la C.A., par. 50; Wood, p. 99). Ils ont ajouté que cette interprétation mènerait à davantage de faillites d’entreprises et, partant, nuirait à la perception des impôts (par. 48 et 50). Nous sommes en désaccord.

[248] The “absurd consequences” identified by the majority at the Court of Appeal rest on faulty premises. The conclusion that interim financing would “simply end” was not supported by the record. The majority extrapolated from admittedly incomplete and dated data about interim financing drawn from a textbook which does not indicate the presence of a deemed trust claim. This sweeping statement elides cases where there is no interim lending and cases, such as this one, where the debtor’s assets are sufficient to satisfy both the interim lending and the Crown’s deemed trust claim. This is an omission that cannot be readily ignored as there are usually enough funds available to satisfy both the Crown claim *and* the court-ordered priming charges (Wood, at p. 100). Equally unfounded is the majority’s claim that confirming the priority of the deemed trusts of the Fiscal Statutes would “inject an unacceptable level of uncertainty into the insolvency process” (C.A. reasons, at para. 51). A company applying under the CCAA is required to provide its financial statements (s. 10(2)(c)), which include the source deductions owed to the Crown. Interim lenders can rely on this information to evaluate the risk of providing financing.

[249] Moreover, the majority at the Court of Appeal did not consider that Parliament can, and did, choose to prioritize the integrity of the tax system over the interests of secured creditors. Indeed, and with respect, the majority’s own interpretation arguably itself produces absurd results, whereby employees’ gross remuneration are conscripted as a subsidy to secure interim financing and the services of insolvency professionals.

[250] We therefore do not remotely see the consequences of our interpretation as rising to the level of absurdity. And Parliament has unambiguously struck

[248] Les [TRADUCTION] « conséquences absurdes » dont parlent les juges majoritaires de la Cour d’appel reposent sur de fausses prémisses. La conclusion selon laquelle le financement temporaire « prendrait tout simplement fin » n’était pas étayée par le dossier. Les juges majoritaires ont extrapolé à partir de données incomplètes et désuètes sur le financement temporaire tirées d’un ouvrage qui ne fait aucune mention de réclamations relatives à une fiducie réputée. Il s’agit d’une affirmation péremptoire qui élude les cas dans lesquels le débiteur ne reçoit aucun financement temporaire et les cas, comme en l’espèce, dans lesquels les actifs du débiteur sont suffisants pour couvrir à la fois le financement temporaire et la réclamation de la Couronne relative à la fiducie réputée. Cette omission ne peut être facilement ignorée puisque les fonds disponibles suffisent généralement à couvrir la réclamation de la Couronne *et* les charges super prioritaires ordonnées par le tribunal (Wood, p. 100). Est également sans fondement l’affirmation des juges majoritaires selon laquelle le fait de confirmer la priorité de la fiducie réputée créée par les lois fiscales [TRADUCTION] « introduirait un niveau d’incertitude inacceptable dans le processus de faillite » (motifs de la C.A., par. 51). Une compagnie qui présente une demande sous le régime de la LACC est tenue de fournir ses états financiers (al. 10(2)c)) indiquant les retenues à la source dues à la Couronne. Les prêteurs temporaires peuvent se fonder sur ces renseignements pour évaluer le risque d’offrir un financement.

[249] De plus, les juges majoritaires de la Cour d’appel n’ont pas tenu compte du fait que le législateur peut choisir, et a choisi, d’accorder à l’intégrité du régime fiscal la priorité sur les droits des créanciers garantis. En effet, avec égards, on pourrait soutenir que l’interprétation des juges majoritaires produit elle-même des résultats absurdes, à savoir que le salaire brut des employés est utilisé comme subvention pour obtenir le financement temporaire et les services des professionnels de l’insolvabilité.

[250] Par conséquent, nous ne croyons absolument pas que les conséquences de notre interprétation constituent une absurdité. Le législateur a, de

the balance it considered appropriate in pursuit of the dual objectives of collecting unremitted source deductions, which are not the property of the debtor, and avoiding the “devastating social and economic effects of bankruptcy” (*Century Services*, at para. 59, quoting *Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 1 O.R. (3d) 289 (C.A.), at p. 306, per Doherty J.A., dissenting). Whether s. 227(4.1) of the *ITA* is an effective means to protect the fiscal base or whether “the Crown is biting off the hand that feeds it” are not questions that this Court has the competence or legitimacy to answer (C.A. reasons, at para. 48).

[251] In any event, even were there evidence that giving priority to the deemed trusts under the Fiscal Statutes over the priming charges produced absurd results, our conclusion would be no different. The presumption against absurdity is exactly that: a presumption. Nothing more. Illogical consequences flowing from the application of a statute do not give rein to courts to disregard clear legislative intent. As Lamer C.J. noted in *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at para. 41, “Parliament . . . has the right to legislate illogically (assuming that this does not raise constitutional concerns). And if Parliament is not satisfied with the judicial application of its illogical enactments, then Parliament may amend them accordingly.”

[252] Here, Parliament’s intention to give absolute priority to the deemed trust of the Fiscal Statutes is unequivocal. Our role is to give effect to this intention.

III. Disposition

[253] We would allow the appeal. The respondents should be entitled to costs in accordance with “Schedule B” to the regulations (*Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156). There are no exceptional circumstances that would justify enhanced costs. Despite the appeal being moot, it was not improper for the Crown to seek the correct interpretation of the Fiscal Statutes.

façon non équivoque, établi l’équilibre qu’il estimait juste au regard du double objectif de recouvrer les retenues à la source non versées, qui ne font pas partie des biens du débiteur, et d’éviter les [TRADUCTION] « effets dévastateurs, — tant sur le plan social qu’économique — de la faillite » (*Century Services*, par. 59, citant *Elan Corp. c. Comiskey* (1990), 1 O.R. (3d) 289 (C.A.), p. 306, le juge Doherty, dissident). Notre Cour ne dispose ni de la compétence ni de la légitimité nécessaires pour trancher les questions de savoir si le par. 227(4.1) de la *LIR* constitue un moyen efficace de protéger l’assiette fiscale ou de savoir si [TRADUCTION] « la Couronne mord la main qui la nourrit » (motifs de la C.A., par. 48).

[251] De toute façon, même si des éléments de preuve démontraient que la préséance de la fiducie réputée créée par les lois fiscales sur les charges super prioritaires donnait des résultats absurdes, notre conclusion ne serait pas différente. La présomption contre l’absurdité n’est rien de plus qu’une présomption. Des conséquences illogiques découlant de l’application d’une loi ne permettent pas aux tribunaux de faire fi de l’intention claire du législateur. Comme le juge en chef Lamer l’a souligné dans *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, par. 41, « le législateur a le droit de légiférer de façon illogique (pourvu que cela ne soulève pas de préoccupations d’ordre constitutionnel). Si le législateur n’est pas satisfait de l’application que les tribunaux accordent aux textes législatifs illogiques, il peut les modifier en conséquence. »

[252] En l’espèce, l’intention du législateur d’accorder la priorité absolue à la fiducie réputée créée par les lois fiscales est sans équivoque. Notre rôle est de donner effet à cette intention.

III. Dispositif

[253] Nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi. Les intimées ont droit aux dépens conformément à l’annexe B du règlement (*Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156). Il n’y a aucune circonstance exceptionnelle qui justifierait des dépens majorés. Malgré le caractère théorique du pourvoi, la Couronne a, à bon droit, sollicité une interprétation juste des lois fiscales.

The following are the reasons delivered by

[254] MOLDAVER J. (dissenting) — I have had the benefit of reading the reasons of my colleagues, Justice Côté, Justice Karakatsanis, and Justices Brown and Rowe. While I substantially agree with the analysis and conclusions of Brown and Rowe JJ., there are two points that I wish to address.

[255] First, unlike Brown and Rowe JJ., I see no reason to define the particular nature or operation of the Crown’s interest under s. 227(4.1) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“*ITA*”), in the context of proceedings under the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“*CCAA*”). While a future appeal may require this Court to determine exactly how the Crown’s interest under s. 227(4.1) “survives”, and whether it amounts to some form of ownership interest in the debtor’s property, as Brown and Rowe JJ. maintain, some form of security interest in that property, or something else entirely (e.g., a right not to have to compromise, as Karakatsanis J. maintains), such an inquiry is not necessary in this case. Properly interpreted, the relevant provisions of the *CCAA* and *ITA* work in harmony to direct that the Crown’s interest — in whatever form it takes — must be given priority over court-ordered priming charges. This conclusion is sufficient to dispose of the appeal.

[256] In my view, to the extent that Brown and Rowe JJ. conclude that the Crown’s interest under s. 227(4.1) affords the Crown beneficial ownership over the source deductions such that “the source deductions are deemed never to form part of the company’s property”, they have effectively decided the appeal by two paths — first, by way of the Crown’s absolute priority under s. 227(4.1), and second, by way of the Crown’s beneficial ownership over any unremitted source deductions (para. 223). As they note, if the Crown’s interest amounts to an ownership interest and unremitted source deductions do not

Version française des motifs rendus par

[254] LE JUGE MOLDAVER (dissident) — J’ai pris connaissance des motifs de mes collègues, soit ceux de la juge Côté, ceux la juge Karakatsanis, ainsi que ceux des juges Brown et Rowe. Bien que je souscrive pour l’essentiel à l’analyse et aux conclusions des juges Brown et Rowe, il y a deux points que je tiens à aborder.

[255] En premier lieu, contrairement aux juges Brown et Rowe, je ne vois aucune raison de définir la nature ou le fonctionnement particulier du droit que le par. 227(4.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.) (« *LIR* »), confère à la Couronne dans le cadre des procédures intentées sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36 (« *LACC* »). Bien qu’un futur pourvoi puisse nécessiter que notre Cour précise les circonstances exactes dans lesquelles les intérêts conférés à la Couronne en vertu du par. 227(4.1) « survivent » et s’ils peuvent être assimilés à une certaine forme d’intérêt propriétaire sur les biens du débiteur, comme l’affirment les juges Brown et Rowe, à une certaine forme de garantie sur ces biens, ou à quelque chose de complètement différent (p. ex., un droit de ne pas avoir à transiger, comme l’affirme la juge Karakatsanis), une telle analyse n’est pas nécessaire en l’espèce. Correctement interprétées, les dispositions pertinentes de la *LACC* et de la *LIR* s’harmonisent de façon à ce que l’intérêt de la Couronne — quel qu’il soit — ait priorité sur les charges super prioritaires d’origine judiciaire. Cette conclusion suffit pour trancher le pourvoi.

[256] À mon avis, dans la mesure où ils estiment que l’intérêt que possède la Couronne en vertu du par. 227(4.1) lui confère un droit de bénéficiaire sur les retenues à la source, de sorte que « les retenues à la source sont réputées ne jamais faire partie des biens de la compagnie », les juges Brown et Rowe ont effectivement tranché le pourvoi par deux voies distinctes : tout d’abord en reconnaissant la priorité absolue dont bénéficie la Couronne en vertu du par. 227(4.1), et, ensuite, en reconnaissant le droit de bénéficiaire qu’elle possède sur les retenues à la source non versées (par. 223). Comme ils le font

form part of the debtor company's property, priming charges could never attach to those source deductions, whether ordered under the specific priming charge provisions or the court's broad power under s. 11 of the *CCAA* (paras. 222-23). If this is indeed the case, it is not clear that the issue of competing priority between the Crown's interest and court-ordered priming charges ever arises, as the source deductions would be simply inaccessible to anyone other than the Crown. As I am not necessarily convinced that the Crown's interest under s. 227(4.1) amounts to an ownership interest, and as the Crown's absolute priority does not depend on this conclusion, I would leave the question of the nature of the Crown's interest to another day.

[257] Second, while I agree with Brown and Rowe JJ. that s. 37(2) of the *CCAA* can be interpreted as an internal restriction on s. 11, I hesitate to accept this conclusion, as it strikes me that in order to give proper effect to Parliament's intention for s. 11 to serve as the "engine" that drives the *CCAA* and empowers supervising judges to further its remedial objectives, any restrictions on that discretionary power should be explicit and unambiguous (*9354-9186 Québec inc. v. Callidus Capital Corp.*, 2020 SCC 10, [2020] 1 S.C.R. 521, at para. 48, citing *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5 (C.A.), at para. 36). With respect, s. 37(2) does not amount to such an explicit and unambiguous restriction. Rather, s. 37(2) is a simple exception to s. 37(1), which serves to nullify the effect of any statutory provision that deems property to be held in favour of the Crown:

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

observer, si l'intérêt de la Couronne équivaut à un intérêt propriétaire et les retenues à la source non versées ne font pas partie des biens de l'entreprise débitrice, les charges super prioritaires ne peuvent en aucun cas grever les retenues à la source, qu'elles soient constituées en vertu des dispositions spécifiques relatives aux charges super prioritaires ou en vertu du pouvoir général conféré au tribunal par l'art. 11 de la *LACC* (par. 222-223). Si c'est effectivement le cas, il n'est pas évident que se soulève même un problème de priorités concurrentes entre l'intérêt de la Couronne et la charge super prioritaire d'origine judiciaire, puisque personne d'autre que la Couronne n'a accès aux retenues à la source. Comme je ne suis pas nécessairement convaincu que l'intérêt que possède la Couronne en vertu du par. 227(4.1) équivaut à un intérêt propriétaire, et comme la priorité absolue de la Couronne ne dépend pas de cette conclusion, je remettrais à une autre occasion l'examen de la nature du droit de la Couronne.

[257] En deuxième lieu, bien que je convienne avec les juges Brown et Rowe que le par. 37(2) de la *LACC* peut être interprété comme une restriction interne à l'art. 11, j'hésite à accepter cette conclusion, car il me semble que, pour donner un effet approprié à l'intention du législateur de faire de l'art. 11 le « moteur » de la *LACC* qui confère aux juges surveillants le pouvoir de favoriser la réalisation des objectifs réparateurs de cette loi, toute restriction à ce pouvoir discrétionnaire devrait être explicite et non équivoque (*9354-9186 Québec inc. c. Callidus Capital Corp.*, 2020 CSC 10, [2020] 1 R.C.S. 521, par. 48, citant *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5 (C.A.), par. 36). Avec égards, le par. 37(2) ne constitue pas une restriction explicite et non équivoque. Le paragraphe 37(2) est plutôt une simple exception au par. 37(1), qui vise à annuler l'effet de toute disposition législative selon laquelle les biens sont réputés être détenus en faveur de la Couronne :

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

(2) Subsection (1) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*

[258] In effect, then, the function of s. 37(2) is merely to preserve the Crown’s deemed trust under s. 227(4.1) from extinguishment under s. 37(1). In preserving the Crown’s interest, however, “s. 37(2) does not explain what to do with that right for the purposes of a *CCAA* proceeding”, nor does it say anything that would limit the court’s power under s. 11 to order priming charges in priority to the Crown’s deemed trust claim (Karakatsanis J.’s reasons, at para. 153). Indeed, as Karakatsanis J. notes, “[t]here is no provision in the *CCAA* stipulating what the court can do with trust property and no provision in the *CCAA* conferring more specific jurisdiction on whether a priming charge can rank ahead of the beneficiary of a deemed trust” (para. 176). Rather, it is only when one looks to s. 227(4.1) that the absolute priority of the Crown’s interest — and the resulting limitations on s. 11 — become apparent. It is thus not entirely clear that interpreting s. 37(2) as an internal restriction accords with the function of s. 37(2) or the leeway that Parliament intended for the scope of powers under s. 11. In other words, the relationship between ss. 11 and 37(2) may not be as clear-cut as my colleagues seem to suggest. Accordingly, while I ultimately agree with Brown and Rowe JJ. that s. 37(2) can be interpreted as an internal restriction so as to avoid a conflict between the *CCAA* and *ITA*, I feel it important to explain that, if this interpretation is mistaken, s. 11 is nonetheless restricted by the external text of s. 227(4.1).

[259] If s. 37(2) does not amount to an internal restriction on s. 11, using s. 11 to prioritize priming charges over the Crown’s deemed trust claim would put the provision in direct conflict with s. 227(4.1) which, as my colleagues Brown and Rowe JJ. have

(2) Le paragraphe (1) ne s’applique pas à l’égard des sommes réputées détenues en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*

[258] En réalité, le par. 37(2) vise simplement à empêcher que la fiducie réputée de la Couronne en vertu du par. 227(4.1) soit éteinte par application du par. 37(1). Toutefois, bien qu’il vise à protéger l’intérêt de la Couronne, « le par. 37(2) n’explique pas quoi faire de ce droit dans le cadre d’une procédure engagée sous le régime de la *LACC* », et il ne renferme aucune disposition qui limiterait le pouvoir que possède le tribunal en vertu de l’art. 11 d’ordonner que des charges super prioritaires prennent rang devant la fiducie réputée de la Couronne (motifs de la juge Karakatsanis, par. 153). D’ailleurs, comme le signale la juge Karakatsanis, « [a]ucune disposition de la *LACC* n’indique ce que le tribunal peut faire avec les biens de la fiducie et aucune disposition de la *LACC* ne confère plus précisément compétence pour décider si une charge super prioritaire peut prendre rang devant le bénéficiaire de la fiducie réputée » (par. 176). Au contraire, ce n’est en fait que lorsqu’on examine le par. 227(4.1) que la priorité absolue de l’intérêt de la Couronne — et les limites qui découlent de l’art. 11 — deviennent apparentes. Il n’est donc pas parfaitement clair que le fait d’interpréter le par. 37(2) comme une restriction interne s’accorde avec le rôle que joue le par. 37(2) ou avec la latitude que le législateur souhaitait donner au tribunal dans l’exercice des pouvoirs que lui confère l’art. 11. En d’autres termes, le lien entre l’art. 11 et le par. 37(2) n’est peut-être pas aussi évident que semblent le suggérer mes collègues. Par conséquent, même si je conviens en fin de compte avec les juges Brown et Rowe que le par. 37(2) peut être interprété comme une restriction interne afin d’éviter un conflit entre la *LACC* et la *LIR*, je juge important d’expliquer que, si cette interprétation est inexacte, la portée de l’art. 11 est néanmoins restreinte par le libellé externe du par. 227(4.1).

[259] Si le par. 37(2) n’équivaut pas à une restriction interne à l’art. 11, recourir à l’art. 11 pour faire passer une charge super prioritaire devant la réclamation de la Couronne au titre d’une fiducie réputée entrerait en conflit direct avec le par. 227(4.1),

explained, requires that the Crown's claim be ranked in priority to all security interests, including priming charges. The direct conflict would trigger the "[n]otwithstanding" language in s. 227(4.1), which states that "[n]otwithstanding . . . any other enactment of Canada", the Crown's claim is to have priority. This language thus imposes an external restriction on the court's power under s. 11. Indeed, the supremacy of s. 227(4.1) is implicitly acknowledged by the text of s. 11 as, unlike s. 227(4.1), which operates despite "any other enactment of Canada", s. 11 only operates "[d]espite anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up and Restructuring Act*", but not despite anything in the *ITA*. Accordingly, while the court's discretionary authority under s. 11 could, in theory, empower a court to subordinate the Crown's interest in unremitted source deductions, that power is ultimately stopped short by the express language of s. 227(4.1).

[260] In outlining this position, I consider it important to contextualize this Court's statement in *Callidus* that "the jurisdiction granted by s. 11 is constrained only by restrictions set out in the *CCAA* itself, and the requirement that the order made be 'appropriate in the circumstances'" (para. 67). The focus in *Callidus* was on the discretionary authority of supervising *CCAA* judges within the confines of the *CCAA* itself; it was not on addressing the question of the authority of *CCAA* judges to apply s. 11 in the face of overriding federal legislation. Respectfully, where, as here, Parliament has expressly indicated the supremacy of a statute over the provisions of the *CCAA*, the court's power under s. 11 is correspondingly restricted.

[261] The Crown's deemed trust claim must thus take priority over all court-ordered priming charges, whether they arise under the specific priming charge provisions, or under the court's discretionary authority.

ce qui, comme mes collègues les juges Brown et Rowe l'expliquent, exige que la réclamation de la Couronne prenne rang avant toutes les garanties, y compris les charges super prioritaires. Ce conflit direct entraînerait l'application de la disposition restrictive du par. 227(4.1), à savoir que « [m]algré [. . .] tout autre texte législatif fédéral », la réclamation de la Couronne doit avoir priorité. Cette disposition impose donc une limite externe au pouvoir que l'art. 11 confère au tribunal. En fait, la primauté du par. 227(4.1) est implicitement reconnue par le texte de l'art. 11 car, contrairement au par. 227(4.1), qui s'applique « [m]algré [. . .] tout autre texte législatif fédéral », l'art. 11 ne s'applique que « [m]algré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations et les restructurations* », mais non malgré toute disposition de la *LIR*. Par conséquent, bien que le pouvoir discrétionnaire conféré par l'art. 11 au tribunal permette en théorie à celui-ci de subordonner l'intérêt de la Couronne dans les retenues à la source non versées à d'autres intérêts, ce pouvoir est en définitive restreint par les termes exprès du par. 227(4.1).

[260] En exposant cette position, j'estime important de situer dans son contexte l'affirmation de notre Cour dans l'arrêt *Callidus* selon laquelle « le pouvoir conféré par l'art. 11 n'est limité que par les restrictions imposées par la *LACC* elle-même, ainsi que par l'exigence que l'ordonnance soit "indiquée" dans les circonstances » (par. 67). L'arrêt *Callidus* mettait l'accent sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge surveillant nommé sous le régime de la *LACC* à l'intérieur des limites imposées par la *LACC* elle-même, et non pas sur la question du pouvoir du juge d'appliquer l'art. 11 malgré une loi fédérale prépondérante. Avec égards, lorsque, comme en l'espèce, le législateur prévoit expressément qu'une loi a priorité sur les dispositions de la *LACC*, le pouvoir conféré par l'art. 11 au tribunal est restreint en conséquence.

[261] La réclamation de la Couronne au titre d'une fiducie réputée a donc priorité sur toutes les charges super prioritaires d'origine judiciaire, peu importe que celles-ci aient été créées en vertu des dispositions expresses à cet effet ou en vertu du pouvoir discrétionnaire du tribunal.

[262] A necessary consequence of the absolute supremacy of the Crown's deemed trust claim over court-ordered priming charges is that the Crown's interest under s. 227(4.1) cannot be given effect by s. 6(3) of the *CCAA*. Section 6(3) of the *CCAA* provides that

[u]nless Her Majesty agrees otherwise, the court may sanction a compromise or arrangement only if the compromise or arrangement provides for the payment in full to Her Majesty in right of Canada or a province, within six months after court sanction of the compromise or arrangement, of all amounts that were outstanding at the time of the application for an order under section 11 or 11.02 and that are of a kind that could be subject to a demand under

(a) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* . . .

[263] In my view, there are two reasons why s. 6(3) cannot represent the Crown's interest under s. 227(4.1). First, the focus of s. 6(3) is to establish a timeframe for payment to the Crown of certain outstanding debts in the event that the debtor company succeeds in staying viable as a going concern. By contrast, s. 227(4.1) is focused on ensuring the *priority* of the Crown's claim. The key point of distinction here is that, under s. 6(3), the Crown could be ranked last, so long as it is paid within six months of any arrangement. Such an outcome would be plainly inconsistent with the absolute priority of the Crown's claim, as established by the *CCAA* and *ITA*. Second, as s. 6(3) applies only where a compromise or plan of arrangement is reached, the Crown's deemed trust claim would not operate in the event that a liquidation occurred under the *CCAA*, thereby depriving the Crown of its priority over security interests in such circumstances. Again, this potential consequence would be at odds with the clear intention of the *CCAA* and *ITA*.

[264] Before concluding, I would note that it cannot be doubted that Parliament considered the potential consequences of its legislative actions, including any consequences for *CCAA* proceedings. If

[262] Une conséquence nécessaire de la primauté absolue dont jouit la réclamation de la Couronne au titre d'une fiducie présumée sur les charges super prioritaires d'origine judiciaire est que le par. 6(3) de la *LACC* ne permet pas de donner effet à l'intérêt conféré à la Couronne par le par. 227(4.1). Le paragraphe 6(3) de la *LACC* prévoit ce qui suit :

Le tribunal ne peut, sans le consentement de Sa Majesté, homologuer la transaction ou l'arrangement qui ne prévoit pas le paiement intégral à Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province, dans les six mois suivant l'homologation, de toutes les sommes qui étaient dues lors de la demande d'ordonnance visée aux articles 11 ou 11.02 et qui pourraient, de par leur nature, faire l'objet d'une demande aux termes d'une des dispositions suivantes :

a) le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* . . .

[263] À mon avis, deux raisons expliquent pourquoi le par. 6(3) ne s'applique pas à l'intérêt conféré à la Couronne par le par. 227(4.1). Premièrement, le par. 6(3) vise à établir un délai pour le paiement de certaines créances de la Couronne en souffrance au cas où la compagnie débitrice parviendrait à assurer sa viabilité. À l'inverse, le par. 227(4.1) vise à accorder *priority* à la réclamation de la Couronne. La différence essentielle ici est que, par application du par. 6(3), la Couronne pourrait être reléguée au dernier rang à la condition qu'elle soit payée dans les six mois suivant tout arrangement. Un tel résultat serait de toute évidence incompatible avec la priorité absolue que la *LACC* et la *LIR* accordent à la réclamation de la Couronne. Deuxièmement, comme le par. 6(3) ne s'applique que si les parties concluent une transaction ou parviennent à un arrangement, la réclamation de la Couronne au titre d'une fiducie réputée ne serait pas opposable en cas de liquidation sous le régime de la *LACC*; la Couronne perdrait alors sa priorité au profit d'autres garanties. Là encore, cette conséquence possible irait à l'encontre de l'objectif clair de la *LACC* et de la *LIR*.

[264] Avant de conclure, je ferai remarquer qu'il ne fait aucun doute que le législateur a réfléchi aux conséquences possibles de ses mesures législatives, y compris sur les procédures engagées sous le régime

circumstances do arise in which the priority of the Crown's claim threatens the viability of a particular restructuring, it clearly lies with the Crown to be flexible so as to avoid any consequences that would undermine the remedial purposes of the CCAA.

[265] I would, therefore, allow the appeal. The respondents are entitled to costs in this Court in accordance with Schedule B of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156.

Appeal dismissed with costs, ABELLA, MOLDAVER, BROWN and ROWE JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Canada, Vancouver.

Solicitors for the respondents Canada North Group Inc., Canada North Camps Inc., Campcorp Structures Ltd., DJ Catering Ltd., 816956 Alberta Ltd., 1371047 Alberta Ltd., 1919209 Alberta Ltd. and Ernst & Young Inc. in its capacity as monitor: Duncan Craig, Edmonton.

Solicitors for the respondent the Business Development Bank of Canada: Cassels Brock & Blackwell, Calgary.

Solicitors for the intervener the Insolvency Institute of Canada: Blake, Cassels & Graydon, Calgary.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals: Osler, Hoskin & Harcourt, Calgary.

de la LACC. S'il devait arriver que la priorité accordée à la réclamation de la Couronne menace la viabilité d'une restructuration, c'est de toute évidence à la Couronne qu'il appartient de faire preuve de souplesse afin d'éviter toute conséquence qui compromettrait l'objet réparateur de la LACC.

[265] Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi. Les intimées ont droit aux dépens devant notre Cour conformément à l'annexe B des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges ABELLA, MOLDAVER, BROWN et ROWE sont dissidents.

Procureur de l'appelante : Procureur général du Canada, Vancouver.

Procureurs des intimées Canada North Group Inc., Canada North Camps Inc., Campcorp Structures Ltd., DJ Catering Ltd., 816956 Alberta Ltd., 1371047 Alberta Ltd., 1919209 Alberta Ltd. et Ernst & Young Inc. en sa qualité de contrôleur : Duncan Craig, Edmonton.

Procureurs de l'intimée la Banque de développement du Canada : Cassels Brock & Blackwell, Calgary.

Procureurs de l'intervenant l'Institut d'insolvabilité du Canada : Blake, Cassels & Graydon, Calgary.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation : Osler, Hoskin & Harcourt, Calgary.

**Grant Thornton LLP and
Kent M. Ostridge** *Appellants*

v.

Province of New Brunswick *Respondent*

- and -

Grant Thornton International Ltd. *Appellant*

v.

Province of New Brunswick *Respondent*

and

**Chartered Professional Accountants of
Canada** *Intervener*

**INDEXED AS: GRANT THORNTON LLP v.
NEW BRUNSWICK**

2021 SCC 31

File No.: 39182.

2021: March 24; 2021: July 29.

Present: Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe,
Martin and Kasirer JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEW BRUNSWICK**

Limitation of actions — Discoverability — Requisite degree of knowledge to discover claim — Negligence — Province delivering loan guarantees to company based on auditor's report — Company running out of working capital months after receiving loan from bank — Province paying out guarantees — Province commencing negligence claim against auditor — Auditor seeking summary judgment on basis that claim commenced after two-year statutory limitation period — Standard to be applied in determining whether plaintiff has requisite degree of knowledge to discover claim — Whether province discovered negligence claim against auditor — Whether claim statute-barred — Limitation of Actions Act, S.N.B. 2009, c. L-8.5, s. 5(1)(a), (2).

**Grant Thornton LLP et
Kent M. Ostridge** *Appellants*

c.

Province du Nouveau-Brunswick *Intimée*

- et -

Grant Thornton International Ltd. *Appelante*

c.

Province du Nouveau-Brunswick *Intimée*

et

Comptables professionnels agréés du Canada
Intervenante

**RÉPERTORIÉ : GRANT THORNTON LLP c.
NOUVEAU-BRUNSWICK**

2021 CSC 31

N° du greffe : 39182.

2021 : 24 mars; 2021 : 29 juillet.

Présents : Les juges Moldaver, Karakatsanis, Côté,
Brown, Rowe, Martin et Kasirer.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK**

Prescription — Possibilité de découvrir le dommage — Degré de connaissance requis pour découvrir une réclamation — Négligence — Garanties de prêts accordées à une société par la province sur le fondement du rapport d'un vérificateur — Fonds de roulement de la société épuisé quelques mois après qu'elle a reçu le prêt bancaire — Versement des garanties par la province — Réclamation par la province contre le vérificateur pour négligence — Jugement sommaire sollicité par le vérificateur au motif que la réclamation a été présentée après le délai de prescription légale de deux ans — Norme à appliquer pour déterminer si le demandeur a le degré requis de connaissance pour découvrir la réclamation — La province a-t-elle découvert la réclamation pour négligence contre le vérificateur? — La réclamation est-elle prescrite? — Loi sur la prescription, L.N.-B. 2009, c. L-8.5, art. 5(1a), (2).

In 2008, a New Brunswick-based company sought loans from a bank, but it needed loan guarantees from the province. The province agreed to \$50 million in loan guarantees, conditional upon the company subjecting itself to an external review of its assets by its auditor. The auditor opined in a report that the company's financial statements presented fairly, in all material respects, the company's financial position in accordance with generally accepted accounting principles. Relying upon that report, the province executed and delivered the loan guarantees, which, in turn, enabled the company to borrow funds from the bank. When the company ran out of working capital four months after receiving the loan guarantees from the province, the bank called on the province to pay out the loan guarantees, which it did on March 18, 2010. The province then retained another accounting and auditing firm to review the company's financial position. The other firm's report was issued in draft on February 4, 2011, and opined that the company's financial statements had not, in fact, been prepared in conformity with generally accepted accounting principles. Specifically, the other firm estimated that the company's assets and net earnings were overstated by a material amount. Those misstatements had not been identified by the auditor in its report.

On June 23, 2014, the province commenced a claim against the auditor, alleging negligence. The auditor moved for summary judgment to have the claim dismissed as statute-barred by virtue of the limitation period under s. 5(1)(a) of the provincial *Limitation of Actions Act* ("LAA"), which provides that no claim shall be brought after two years from the day on which the claim was discovered. The motions judge held that, properly interpreted, s. 5(2) of the LAA, which sets out when a claim is discovered, required that the province knew or ought to have known that it had *prima facie* grounds to infer that it had a potential cause of action against the auditor. He granted summary judgment and struck the province's action, finding that the province had the requisite knowledge by March 18, 2010, more than two years before it commenced its claim. The Court of Appeal allowed the province's appeal and set aside the motion judge's judgment. It rejected the standard used by the motions judge and held that the governing standard was whether a plaintiff knows or ought reasonably to have known facts that confer a legally enforceable right to a remedy, which the court found can only exist if the plaintiff has knowledge of each constituent element of the claim. Applying that standard,

En 2008, une société du Nouveau-Brunswick a demandé des prêts à une banque. Toutefois, elle avait besoin de garanties de prêts de la province. Cette dernière a accepté de fournir des garanties pour 50 millions de dollars, à la condition que la société accepte de se soumettre à un examen externe de son actif par son vérificateur. Dans un rapport, celui-ci a exprimé l'opinion que les états financiers de la société donnaient, à tous les égards importants, une image fidèle de sa situation financière, conformément aux principes comptables généralement reconnus. Sur la foi de ce rapport, la province a signé et remis les garanties de prêts, permettant ainsi à la société d'emprunter des fonds à la banque. Lorsque la société a épuisé son fonds de roulement quatre mois après avoir reçu les garanties de prêts de la province, la banque a demandé à cette dernière de rembourser les sommes visées par ces garanties, ce qu'elle a fait le 18 mars 2010. La province a alors retenu les services d'un autre cabinet d'experts-comptables et de vérificateurs pour qu'il passe en revue les états financiers de la société. Le rapport de l'autre cabinet a été remis dans sa version provisoire le 4 février 2011, et il exprimait l'opinion que les états financiers de la société n'avaient en fait pas été dressés conformément aux principes comptables généralement reconnus. Plus précisément, l'autre cabinet a estimé que l'actif de la société ainsi que ses gains nets avaient été surévalués d'un montant considérable. Ces inexactitudes n'avaient pas été relevées par le vérificateur dans son rapport.

Le 23 juin 2014, la province a présenté une réclamation pour négligence contre le vérificateur. Celui-ci a sollicité un jugement sommaire en vue de faire rejeter la réclamation, au motif qu'elle était prescrite en application du délai de prescription prévu à l'al. 5(1)a) de la *Loi sur la prescription* (« LP ») de la province, qui énonce que toute réclamation se prescrit par un délai de deux ans à compter du jour où sont découverts les faits y ayant donné naissance. Le juge saisi des motions a conclu que, suivant l'interprétation qu'il convient de donner au par. 5(2) de la LP, lequel précise à quel moment une réclamation est découverte, il devait être établi que la province avait appris ou aurait dû apprendre qu'elle avait des moyens suffisants à première vue pour déduire l'existence d'une réclamation éventuelle contre le vérificateur. Il a prononcé un jugement sommaire et rejeté la réclamation de la province, jugeant que celle-ci avait déjà la connaissance requise le 18 mars 2010, soit plus de deux ans avant de présenter sa réclamation. La Cour d'appel a accueilli l'appel de la province et annulé le jugement du juge saisi des motions. Elle a rejeté la norme appliquée par ce dernier et statué que la norme applicable est celle de savoir si le demandeur a appris ou aurait normalement dû apprendre les faits qui

it found that the limitation period had not been triggered because the province had not yet discovered its claim.

Held: The appeals should be allowed and the motions judge's judgment restored.

The standard to be applied in determining whether a plaintiff has the requisite degree of knowledge to discover a claim under s. 5(2) of the *LAA*, thereby triggering the two-year limitation period in s. 5(1)(a), is whether the plaintiff has knowledge, actual or constructive, of the material facts upon which a plausible inference of liability on the defendant's part can be drawn. Applying this standard in the present case, the province discovered its claim against the auditor on February 4, 2011. By then, it knew or ought to have known that a loss occurred and that the loss was caused in whole or in part by conduct which the auditor had been retained to detect. This was sufficient to draw a plausible inference that the auditor had been negligent. Since the province did not bring its claim until June 23, 2014, more than two years later, its claim is therefore statute-barred.

In order to properly set the standard, two distinct inquiries are required. The first inquiry asks whether, in determining if a statutory limitation period has been triggered, the plaintiff's state of knowledge is to be assessed in the same manner as the common law rule of discoverability. Under that rule, a cause of action arises for purposes of a limitation period when the material facts on which it is based have been discovered or ought to have been discovered by the plaintiff by the exercise of reasonable diligence. The common law rule of discoverability does not apply to every statutory limitation period. Rather, it is an interpretive tool for construing limitations statutes and, as such, it can be ousted by clear legislative language. Assessing whether a legislature has codified, limited or ousted the common law rule is a matter of statutory interpretation. Section 5(1)(a) and (2) of the *LAA* does not contain any language ousting or limiting the common law rule; rather, it codifies it. This interpretation is supported by the words of s. 5, read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the *LAA*'s scheme and object, and the intention of the legislature. Accordingly, as established by the rule of discoverability and the *LAA*, the limitation period is triggered

lui confèrent un droit exécutoire à un recours, un droit qui, a-t-elle statué, n'existe que si le demandeur est au courant de chacun des éléments constitutifs de la réclamation. Appliquant cette norme, la cour a conclu que le délai de prescription n'avait pas commencé à courir, parce que la province n'avait pas encore découvert les faits ayant donné naissance à sa réclamation.

Arrêt : Les appels sont accueillis et le jugement du juge saisi des motions est rétabli.

La norme à appliquer pour déterminer si le demandeur a le degré de connaissance requis pour découvrir les faits ayant donné naissance à sa réclamation au sens du par. 5(2) de la *LP*, ce qui déclenche l'application du délai de prescription de deux ans prévu à l'al. 5(1)a), est celle de savoir s'il a une connaissance, réelle ou imputée, des faits importants permettant d'inférer plausiblement la responsabilité du défendeur. Appliquant cette norme en l'espèce, la province a découvert les faits ayant donné naissance à sa réclamation contre le vérificateur le 4 février 2011. À cette date, elle savait ou aurait dû savoir qu'une perte avait été causée et que cette perte était attribuable entièrement ou en partie aux actions que le vérificateur avait été retenu pour détecter. Cela était suffisant pour inférer plausiblement la négligence du vérificateur. Comme la province n'a présenté sa réclamation que le 23 juin 2014, soit plus de deux ans plus tard, celle-ci est prescrite.

Pour bien établir la norme, il faut poser deux questions distinctes. Pour déterminer si un délai de prescription fixé par la loi a commencé à courir, il faut d'abord se demander si le degré de connaissance du demandeur doit être évalué de la même manière que ce que prévoit la règle de common law de la possibilité de découvrir le dommage. Selon cette règle, une cause d'action prend naissance, aux fins de la prescription, lorsque les faits importants sur lesquels repose cette cause d'action ont été découverts par le demandeur ou auraient dû l'être, s'il avait fait preuve de diligence raisonnable. La règle de common law de la possibilité de découvrir le dommage ne s'applique pas à tous les délais de prescription fixés par le législateur. Il s'agit plutôt d'une règle d'interprétation visant à faciliter l'interprétation des délais de prescription fixés par la loi; elle peut donc être écartée par un texte législatif clair. La question de savoir si une assemblée législative a codifié, limité ou écarté cette règle de common law est une question d'interprétation législative. Le libellé de l'al. 5(1)a) et du par. 5(2) de la *LP* n'écarte ni ne limite la règle de common law; en réalité, il la codifie. Cette interprétation est confirmée par les mots de l'art. 5, lorsqu'on les lit dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical

when the plaintiff discovers or ought to have discovered, through the exercise of reasonable diligence, the material facts on which the claim is based.

The second inquiry relates to the particular degree of knowledge required to discover a claim. A claim is discovered when a plaintiff has knowledge, actual or constructive, of the material facts upon which a plausible inference of liability on the defendant's part can be drawn. This approach remains faithful to the common law rule of discoverability, which recognizes that it is unfair to deprive a plaintiff from bringing a claim before it can reasonably be expected to know the claim exists. It also accords with s. 5 of the *LAA*, promotes consistency and ensures that the degree of knowledge needed to discover a claim is more than mere suspicion or speculation. At the same time, it ensures the standard does not rise so high as to require certainty of liability or perfect knowledge. A plausible inference of liability is enough; it strikes the equitable balance of interests that the common law rule of discoverability seeks to achieve.

The material facts that must be actually or constructively known are generally set out in the limitation statute. In the *LAA*, they are listed in s. 5(2)(a) to (c). A claim is discovered when the plaintiff has actual or constructive knowledge that: (a) the injury, loss or damage occurred; (b) the injury loss or damage was caused by or contributed to by an act or omission; and (c) the act or omission was that of the defendant. This list is cumulative. In assessing the plaintiff's state of knowledge, both direct and circumstantial evidence can be used. A plaintiff will have constructive knowledge when the evidence shows that the plaintiff ought to have discovered the material facts by exercising reasonable diligence. Finally, the governing standard requires the plaintiff to be able to draw a plausible inference of liability on the part of the defendant from the material facts that are actually or constructively known. This means that in a negligence claim, a plaintiff does not need knowledge that the defendant owed it a duty of care or that the defendant's act or omission breached the applicable standard of care. All that is required is actual or constructive knowledge of the material facts from which a

qui s'harmonise avec l'économie et l'objet de la *LP* ainsi qu'avec l'intention du législateur. En conséquence, comme l'établissent la règle de la possibilité de découvrir et la *LP*, le délai de prescription commence à courir lorsque le demandeur découvre ou devrait découvrir, s'il fait preuve de diligence raisonnable, les faits importants sur lesquels repose sa réclamation.

Il faut ensuite se questionner sur le degré précis de connaissance requis pour découvrir les faits ayant donné naissance à une réclamation. Le demandeur découvre les faits à l'origine de sa réclamation lorsqu'il a une connaissance, réelle ou imputée, des faits importants permettant d'inférer plausiblement la responsabilité du défendeur. Cette approche reste fidèle à la règle de common law de la possibilité de découvrir le dommage, qui reconnaît qu'il est injuste de priver un demandeur de la possibilité d'intenter une action avant qu'on puisse raisonnablement s'attendre à ce qu'il soit au courant de l'existence de cette action. Elle est également compatible avec l'art. 5 de la *LP*, assure la cohérence du droit et garantit que le degré de connaissance requis pour découvrir les faits ayant donné naissance à une réclamation est plus élevé que de simples soupçons ou spéculations. En même temps, elle fait en sorte que la norme n'est pas stricte au point d'exiger une certitude quant à la responsabilité ou une connaissance parfaite. Une inférence plausible de responsabilité suffit : elle permet de trouver le juste équilibre entre les divers intérêts en jeu que vise la règle de common law de la possibilité de découvrir le dommage.

Les faits importants dont le demandeur doit avoir une connaissance réelle ou imputée sont généralement énoncés dans la loi sur la prescription. Dans la *LP*, ils sont énumérés aux al. 5(2)a) à c), selon lesquels les faits ayant donné naissance à la réclamation sont découverts lorsque le demandeur a une connaissance réelle ou imputée : a) des préjudices, pertes ou dommages survenus; b) du fait que les préjudices, pertes ou dommages ont été causés entièrement ou en partie par un acte ou une omission; et c) du fait que l'acte ou l'omission était le fait du défendeur. Cette énumération est cumulative. Pour déterminer le degré de connaissance du demandeur, on peut utiliser des preuves tant directes que circonstancielles. Le demandeur a une connaissance imputée lorsque la preuve démontre qu'il aurait dû découvrir les faits importants, s'il avait fait preuve d'une diligence raisonnable. Enfin, la norme applicable exige que le demandeur soit en mesure d'inférer plausiblement la responsabilité du défendeur à partir des faits importants dont il a une connaissance réelle ou imputée. Cela signifie que dans le cas d'une réclamation fondée sur la négligence, il n'est pas nécessaire que le demandeur soit

plausible inference can be made that the defendant acted negligently.

In the instant case, the province had actual or constructive knowledge of the material facts — namely, that a loss occurred and that the loss was caused or contributed to by an act or omission of the auditor — when it received the draft report from the other firm on February 4, 2011. The auditor’s act or omission was issuing its report with respect to the company’s financial statements, despite those statements not being prepared in accordance with generally accepted accounting principles and not fairly representing, in all material respects, the company’s financial position. This act or omission caused or contributed to the province’s loss because the province executed the \$50 million in loan guarantees in reliance on the auditor’s representations. Nothing more was needed to draw a plausible inference of negligence. The province’s claim is therefore statute-barred by s. 5(1)(a) of the *LAA*.

Cases Cited

Referred to: *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Ryan v. Moore*, 2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Peixeiro v. Haberman*, [1997] 3 S.C.R. 549; *Pioneer Corp. v. Godfrey*, 2019 SCC 42, [2019] 3 S.C.R. 295; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Galota v. Festival Hall Developments Ltd.*, 2016 ONCA 585, 133 O.R. (3d) 35; *De Shazo v. Nations Energy Co.*, 2005 ABCA 241, 48 Alta. L.R. (4th) 25; *Jardine v. Saskatoon Police Service*, 2017 SKQB 217; *Crombie Property Holdings Ltd. v. McColl-Frontenac Inc.*, 2017 ONCA 16, 406 D.L.R. (4th) 252; *Brown v. Wahl*, 2015 ONCA 778, 128 O.R. (3d) 583; *Lawless v. Anderson*, 2011 ONCA 102, 276 O.A.C. 75; *Insurance Corporation of British Columbia v. Mehat*, 2018 BCCA 242, 11 B.C.L.R. (6th) 217; *Kowal v. Shyiak*, 2012 ONCA 512, 296 O.A.C. 352; *Hill v. South Alberta Land Registration District* (1993), 8 Alta. L.R. (3d) 379; *HOOPP Realty Inc. v. Emery Jamieson LLP*, 2018 ABQB 276, 27 C.P.C. (8th) 83; *K.L.B. v. British Columbia*, 2003 SCC 51, [2003] 2 S.C.R. 403.

Statutes and Regulations Cited

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3.
Companies’ Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36.

au courant du devoir de diligence du défendeur envers lui ou du manquement à cette norme de diligence par un acte ou une omission. Tout ce qu’il faut, c’est une connaissance, réelle ou imputée, des faits importants permettant d’inférer plausiblement la négligence du défendeur.

En l’espèce, la province avait la connaissance réelle ou imputée des faits importants — à savoir qu’une perte était survenue et que celle-ci avait été causée entièrement ou en partie par un acte ou une omission du vérificateur — après avoir reçu le rapport provisoire de l’autre cabinet, le 4 février 2011. L’acte ou l’omission du vérificateur a consisté à remettre son rapport portant sur les états financiers de la société, même si ces états n’avaient pas été dressés conformément aux principes comptables généralement reconnus, et ne donnaient pas, à tous les égards importants, une image fidèle de la situation financière de la société. La perte subie par la province a été causée entièrement ou en partie par cet acte ou cette omission parce qu’elle a signé des garanties de prêts de 50 millions de dollars en se fiant aux déclarations du vérificateur. Rien de plus n’était nécessaire pour inférer plausiblement la négligence. La réclamation de la province est donc prescrite en application de l’al. 5(1)a) de la *LP*.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Ryan c. Moore*, 2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Peixeiro c. Haberman*, [1997] 3 R.C.S. 549; *Pioneer Corp. c. Godfrey*, 2019 CSC 42, [2019] 3 R.C.S. 295; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Galota c. Festival Hall Developments Ltd.*, 2016 ONCA 585, 133 O.R. (3d) 35; *De Shazo c. Nations Energy Co.*, 2005 ABCA 241, 48 Alta. L.R. (4th) 25; *Jardine c. Saskatoon Police Service*, 2017 SKQB 217; *Crombie Property Holdings Ltd. c. McColl-Frontenac Inc.*, 2017 ONCA 16, 406 D.L.R. (4th) 252; *Brown c. Wahl*, 2015 ONCA 778, 128 O.R. (3d) 588; *Lawless c. Anderson*, 2011 ONCA 102, 276 O.A.C. 75; *Insurance Corporation of British Columbia c. Mehat*, 2018 BCCA 242, 11 B.C.L.R. (6th) 217; *Kowal c. Shyiak*, 2012 ONCA 512, 296 O.A.C. 352; *Hill c. South Alberta Land Registration District* (1993), 8 Alta. L.R. (3d) 379; *HOOPP Realty Inc. c. Emery Jamieson LLP*, 2018 ABQB 276, 27 C.P.C. (8th) 83; *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, 2003 CSC 51, [2003] 2 R.C.S. 403.

Lois et règlements cités

Loi sur la faillite et l’insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3.
Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36.

Limitation of Actions Act, S.N.B. 2009, c. L-8.5, ss. 1(1) “claim”, 5.

Authors Cited

New Brunswick. Legislative Assembly. *Journal of Debates (Hansard)*, 3rd Sess., 56th Assem., June 17, 2009, p. 50.

New Brunswick. Office of the Attorney General. *Commentary on Bill 28: Limitation of Actions Act*, January 2009 (online: <https://www.gnb.ca/legis/bill/pdf/56/3/Limitations-e.pdf>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC31_1_eng.pdf).

APPEALS from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (Drapeau, Quigg and Green JJ.A.), 2020 NBCA 18, 54 C.P.C. (8th) 271, [2020] N.B.J. No. 70 (QL), 2020 CarswellNB 140 (WL Can.), setting aside a decision of Grant J., 2019 NBQB 36, [2019] N.B.J. No. 76 (QL), 2019 CarswellNB 151 (WL Can.). Appeals allowed.

Peter Griffin and Anthony S. Richardson, for the appellants Grant Thornton LLP and Kent M. Ostridge.

Steven R. Barnett, Q.C., and *J. Charles Foster, Q.C.*, for the appellant Grant Thornton International Ltd.

Josie H. Marks and Frederick C. McElman, Q.C., for the respondent.

Guy J. Pratte, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Overview

[1] On June 23, 2014, the Province of New Brunswick (“Province”) filed a statement of claim against Grant Thornton LLP, Kent M. Ostridge and Grant Thornton International Ltd. (collectively, “Grant Thornton”), seeking damages for negligence. In response, Grant Thornton brought summary judgment motions to have the Province’s claim dismissed

Loi sur la prescription, L.N.-B. 2009, c. L-8.5, art. 1(1) « réclamation », 5.

Doctrine et autres documents cités

Nouveau-Brunswick. Assemblée législative. *Journal des débats (Hansard)*, 3^e sess., 56^e lég., 17 juin 2009, p. 50.

Nouveau-Brunswick. Cabinet du procureur général. *Analyse du projet de loi 28 : Loi sur la prescription*, janvier 2009 (en ligne : <https://www.gnb.ca/legis/bill/pdf/56/3/Prescription-f.pdf>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC31_1_fra.pdf).

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick (les juges Drapeau, Quigg et Green), 2020 NBCA 18, 54 C.P.C. (8th) 271, [2020] A.N.-B. n° 70 (QL), 2020 CarswellNB 141 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Grant, 2019 NBBR 36, [2019] A.N.-B. n° 76 (QL), 2019 CarswellNB 152 (WL Can.). Pourvois accueillis.

Peter Griffin et Anthony S. Richardson, pour les appellants Grant Thornton LLP et Kent M. Ostridge.

Steven R. Barnett, c.r., et *J. Charles Foster, c.r.*, pour l’appelante Grant Thornton International Ltd.

Josie H. Marks and Frederick C. McElman, c.r., pour l’intimée.

Guy J. Pratte, pour l’intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Vue d’ensemble

[1] Le 23 juin 2014, la province du Nouveau-Brunswick (« province ») a intenté contre Grant Thornton LLP, Kent M. Ostridge et Grant Thornton International Ltd. (collectivement, « Grant Thornton ») une action dans laquelle elle réclamait des dommages-intérêts pour négligence. En réponse, Grant Thornton a présenté des motions en jugement

as statute-barred by virtue of the two-year limitation period under s. 5(1)(a) of the *Limitation of Actions Act*, S.N.B. 2009, c. L-8.5 (“LAA”).

[2] The motions judge granted summary judgment in favour of Grant Thornton. He found that s. 5(1)(a) barred the claim because the Province knew or ought to have known that it had *prima facie* grounds to infer that it had a potential claim against Grant Thornton more than two years before commencing its claim. The Court of Appeal overturned that decision. It rejected the “*prima facie* grounds” standard used by the motions judge and held instead that the governing standard is whether a plaintiff knows or ought reasonably to have known facts that confer a legally enforceable right to a remedy. That right, the court explained, only exists if the plaintiff has knowledge of each constituent element of the claim. Applying this standard, the court held that the two-year limitation period in s. 5(1)(a) had not been triggered because the Province had not yet discovered its claim (even though the Province had issued a 106-paragraph statement of claim almost six years before receiving the reasons of the Court of Appeal). Grant Thornton now appeals to this Court.

[3] This case turns on the standard to be applied in determining whether a plaintiff has the requisite degree of knowledge to discover a claim under s. 5(2), thereby triggering the two-year limitation period in s. 5(1)(a). Respectfully, the Court of Appeal adopted too high a standard. In my view, a claim is discovered when the plaintiff has knowledge, actual or constructive, of the material facts upon which a plausible inference of liability on the defendant’s part can be drawn. It follows from this standard that a plaintiff does not need knowledge of all the constituent elements of a claim to discover that claim.

sommaire en vue de faire rejeter la réclamation de la province, au motif qu’elle était prescrite en application du délai de prescription de deux ans prévu à l’al. 5(1)a de la *Loi sur la prescription*, L.N.-B. 2009, c. L-8.5 (« LP »).

[2] Le juge saisi des motions a rendu un jugement sommaire en faveur de Grant Thornton. Il a conclu que la réclamation était prescrite en application de l’al. 5(1)a puisqu’elle avait été intentée plus de deux ans après que la province avait appris ou aurait dû apprendre qu’elle avait des moyens suffisants à première vue pour déduire l’existence d’une réclamation éventuelle contre Grant Thornton. La Cour d’appel a infirmé cette décision. Elle a rejeté la norme des « moyens suffisants à première vue » appliquée par le juge saisi des motions et a statué que la norme applicable est celle de savoir si le demandeur a appris ou aurait normalement dû apprendre les faits qui lui confèrent un droit exécutoire à un recours. Ce droit, a expliqué la cour, n’existe que si le demandeur est au courant de chacun des éléments constitutifs de sa réclamation. Appliquant cette norme, la cour a jugé que le délai de prescription de deux ans prévu à l’al. 5(1)a n’avait pas commencé à courir, puisque la province n’avait pas encore découvert les faits ayant donné naissance à sa réclamation (et ce, même si elle avait produit une déclaration de 106 paragraphes presque six ans avant de recevoir les motifs de la Cour d’appel). Grant Thornton se pourvoit maintenant devant notre Cour.

[3] La présente affaire porte sur la norme à appliquer pour déterminer si le demandeur a le degré de connaissance requis pour découvrir les faits ayant donné naissance à sa réclamation au sens du par. 5(2), ce qui déclenche l’application du délai de prescription de deux ans prévu à l’al. 5(1)a). Soit dit en tout respect, la Cour d’appel a adopté une norme trop exigeante. À mon avis, le demandeur découvre les faits à l’origine de sa réclamation lorsqu’il a une connaissance, réelle ou imputée, des faits importants permettant d’inférer plausiblement la responsabilité du défendeur. Il découle de cette norme qu’il n’est pas nécessaire que le demandeur connaisse tous les éléments constitutifs de la réclamation pour découvrir les faits y ayant donné naissance.

[4] In the present case, I am satisfied that the Province discovered its claim against Grant Thornton on February 4, 2011. By then, the Province knew or ought to have known that a loss occurred and that the loss was caused in whole or in part by conduct which Grant Thornton had been retained to detect. This was sufficient to draw a plausible inference that Grant Thornton had been negligent. Although the Province had this knowledge by February 4, 2011, it did not bring its claim until June 23, 2014, more than two years later. The claim is therefore statute-barred by s. 5(1)(a) of the *LAA*. I would accordingly allow the appeal brought by Grant Thornton LLP and Kent M. Ostridge and the appeal brought by Grant Thornton International Ltd., set aside the Court of Appeal’s judgment, and restore the motions judge’s judgment.

II. Statement of Facts

[5] In the fall of 2008, the Atcon Group of Companies (“Atcon”) — a New Brunswick-based provider of construction, energy, industrial and waste management services — was having difficulties meeting its financial obligations. The company sought loans from the Bank of Nova Scotia, but it needed loan guarantees from the Province to obtain them.

[6] On April 24, 2009, the Province agreed to a total of \$50 million in loan guarantees, conditional upon Atcon subjecting itself to an external review of its assets by an auditing firm. The Province agreed that Atcon’s auditor, Grant Thornton, could perform the external review.

[7] A month later, on May 19, 2009, Grant Thornton delivered a letter to the Province (“Opinion Letter”) detailing the work it had done in performing its audit of Atcon’s consolidated financial statements for the fiscal year ending January 31, 2009 (“F2009”). In the letter, Grant Thornton stated that it was carrying out its audit in accordance with Generally Accepted Auditing Standards and that it had some outstanding

[4] Dans le cas qui nous occupe, je suis convaincu que la province a découvert les faits ayant donné naissance à sa réclamation contre Grant Thornton le 4 février 2011. À cette date, elle avait appris ou aurait dû avoir appris qu’une perte avait été causée et que cette perte était attribuable entièrement ou en partie aux actions que Grant Thornton avait été retenu pour détecter. Ces faits étaient suffisants pour inférer plausiblement la négligence de Grant Thornton. Même si la province était au courant de ces faits dès le 4 février 2011, elle a attendu au 23 juin 2014, soit plus de deux ans, pour présenter sa réclamation. Celle-ci est donc prescrite en application de l’al. 5(1)a de la *LP*. En conséquence, je suis d’avis de faire droit au pourvoi interjeté par Grant Thornton LLP et Kent M. Ostridge, de même qu’à celui interjeté par Grant Thornton International Ltd., d’annuler le jugement de la Cour d’appel et de rétablir celui du juge saisi des motions.

II. Faits

[5] À l’automne 2008, le groupe de sociétés Atcon (« Atcon ») — une entreprise néo-brunswickoise offrant des services dans les domaines de la construction, de l’énergie, de l’industrie et de la gestion des déchets — avait de la difficulté à s’acquitter de ses obligations financières. L’entreprise a demandé des prêts à la Banque de Nouvelle-Écosse, mais elle avait besoin de garanties de prêts de la province pour les obtenir.

[6] Le 24 avril 2009, la province a accepté de fournir ces garanties pour une somme totalisant 50 millions de dollars, à la condition qu’Atcon accepte de se soumettre à un examen externe de son actif par un cabinet de vérificateurs. La province a accepté que Grant Thornton, le vérificateur d’Atcon, procède à cet examen externe.

[7] Un mois plus tard, le 19 mai 2009, Grant Thornton a remis une lettre à la province (« lettre d’opinion »), dans laquelle il expliquait en détail les travaux qu’il avait effectués dans le cadre de la vérification des états financiers consolidés d’Atcon pour l’exercice clos le 31 janvier 2009 (« exercice 2009 »). Dans cette lettre, Grant Thornton déclarait qu’il avait effectué sa vérification conformément

matters to complete before issuing its audit report (“Unqualified Auditors’ Report”).

[8] The Unqualified Auditors’ Report was delivered to the Province on June 18, 2009. In it, Grant Thornton confirmed that it had reviewed Atcon’s financial statements for F2009 in accordance with Generally Accepted Auditing Standards, which among other things, required it to “plan and perform [the] audit to obtain reasonable assurance whether the financial statements [were] free of material misstatement” (R.R., at p. 26). Having done so, Grant Thornton opined that Atcon’s statements presented “fairly, in all material respects, the financial position of [Atcon] as at January 31, 2009 and the results of its operations and its cash flows for the year then ended in accordance with Canadian generally accepted accounting principles” (*ibid.*). Grant Thornton attached Atcon’s audited financial statements for F2009 to the report.

[9] That satisfied the Province. On June 30, 2009, relying upon the Opinion Letter, the Unqualified Auditors’ Report and the audited financial statements for F2009, the Province executed and delivered the loan guarantees in the amount of \$50 million to Atcon, which, in turn, enabled the company to borrow funds from the Bank of Nova Scotia.

[10] Atcon’s financial difficulties persisted. Operating losses and the shutdown of the company’s Western Canada operations resulted in Atcon running out of working capital by October 2009 — a mere four months after receiving the loan guarantees from the Province.

[11] Shortly thereafter, the Bank of Nova Scotia applied for a receivership order with respect to Atcon under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, and sought relief under the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36. On March 1, 2010, the New Brunswick Court of Queen’s Bench granted the Bank’s applications. A few days

aux normes de vérification généralement reconnues et qu’il lui restait quelques points à régler avant de remettre son rapport de vérification (« rapport sans réserve du vérificateur »).

[8] Le rapport sans réserve du vérificateur a été remis à la province le 18 juin 2009. Grant Thornton y confirmait qu’il avait vérifié les états financiers de l’exercice 2009 d’Atcon conformément aux normes de vérification généralement reconnues, qui l’obligeaient notamment [TRADUCTION] « à planifier et à effectuer la vérification de manière à avoir l’assurance raisonnable que les états financiers sont exempts d’inexactitudes importantes » (d.i., p. 26). Ayant agi de la sorte, Grant Thornton a exprimé son opinion que les états financiers d’Atcon donnaient « à tous les égards importants, une image fidèle de la situation financière, des résultats des activités et des flux de trésorerie d’[Atcon] au 31 janvier 2009 pour l’exercice terminé à cette date, conformément aux principes comptables généralement reconnus au Canada » (*ibid.*). Grant Thornton a joint à son rapport les états financiers vérifiés de l’exercice 2009 d’Atcon.

[9] Le 30 juin 2009, se déclarant satisfaite sur la foi de la lettre d’opinion, du rapport sans réserve du vérificateur et des états financiers vérifiés de l’exercice 2009, la province a signé et remis les garanties de prêts d’un montant de 50 millions de dollars à Atcon, permettant ainsi à cette dernière d’emprunter des fonds à la Banque de Nouvelle-Écosse.

[10] Les difficultés financières d’Atcon ont persisté. En raison de ses pertes d’exploitation et de la cessation de ses activités dans l’Ouest canadien, elle a épuisé son fonds de roulement en octobre 2009 — soit à peine quatre mois après avoir reçu les garanties de prêts de la province.

[11] Peu de temps après, la Banque de Nouvelle-Écosse a réclamé la mise sous séquestre d’Atcon en vertu de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3, et a présenté une demande de protection sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36. Le 1^{er} mars 2010, la Cour du Banc de la Reine du

later, the Bank called on the Province to pay out the loan guarantees. On March 18, 2010, the Province did — all \$50 million.

[12] The proceedings against Atcon and the Bank’s call on the loan guarantees concerned the Province. Accordingly, in June 2010, it retained RSM Richter Inc. (“Richter”), an accounting and auditing firm, to review Atcon’s financial position for F2009, and to issue a report on its findings (“Richter Report”).

[13] The Richter Report was issued in draft on February 4, 2011, and finalized on November 30, 2012. Save for some grammatical corrections, the final report was identical to the draft report.

[14] The findings in the Richter Report differed from those in the Unqualified Auditors’ Report produced by Grant Thornton. Importantly, unlike Grant Thornton, Richter opined that Atcon’s financial statements for F2009 had not, in fact, been prepared in conformity with Generally Accepted Accounting Principles. Richter formed this opinion based on what it described to be a “systematic approach” by Atcon’s management to “overstate assets, revenues and profits, [and] understate liabilities, expenses and losses” (A.R., vol. II, at p. 207). Specifically, the report identified various errors in the financial statements, which were considered to be “material” because it is “probable” that the errors would have influenced the decision of the person relying on the financial statements (*ibid.*, at p. 136 (emphasis deleted)). In that regard, Richter estimated that Atcon’s F2009 assets and net earnings were overstated by a material amount, ranging between \$28.3 million and \$35.4 million. Notably, in Grant Thornton’s audit of Atcon, materiality was set at \$1.2 million, which placed the misstatements identified by Richter far in excess of the materiality set by Grant Thornton for its audit. Those misstatements, however, had not

Nouveau-Brunswick a fait droit aux demandes de la banque. Quelques jours plus tard, celle-ci a demandé à la province de rembourser les sommes visées par les garanties de prêts. Le 18 mars 2010, la province s’est exécutée et a versé en totalité les 50 millions de dollars.

[12] Les instances introduites contre Atcon et la demande de remboursement des garanties de prêts présentée par la banque ont éveillé les soupçons de la province. En juin 2010, celle-ci a donc retenu les services du cabinet RSM Richter Inc. (« Richter ») — un cabinet d’experts-comptables et de vérificateurs — pour qu’il passe en revue les états financiers d’Atcon pour l’exercice 2009 et qu’il lui remette un rapport faisant état de ses conclusions (« rapport Richter »).

[13] Le rapport Richter a été remis dans sa version provisoire le 4 février 2011, et dans sa version définitive le 30 novembre 2012. À l’exception de quelques corrections d’ordre grammatical, le rapport définitif était identique au rapport provisoire.

[14] Les conclusions du rapport Richter étaient différentes de celles du rapport sans réserve du vérificateur remis par Grant Thornton. Fait important, contrairement à ce dernier, Richter était d’avis que les états financiers de l’exercice 2009 d’Atcon n’avaient en fait pas été dressés conformément aux principes comptables généralement reconnus. Richter fondait son opinion sur ce qu’il a qualifié de [TRADUCTION] « tendance systématique » de la direction d’Atcon à « surévaluer l’actif, les recettes et les bénéfices [ainsi qu’à] sous-évaluer le passif, les charges et les pertes » (d.a., vol. II, p. 207). Plus précisément, le rapport relevait dans les états financiers diverses erreurs qu’il jugeait « importantes » parce qu’il était « probable » qu’elles influenceraient la décision de la personne qui se fierait aux états financiers (*ibid.*, p. 136 (soulignement omis)). À cet égard, Richter a estimé que l’actif d’Atcon pour l’exercice 2009 ainsi que ses gains nets avaient été surévalués d’un montant considérable compris entre 28,3 millions de dollars et 35,4 millions de dollars. Dans son rapport de vérification d’Atcon, Grant Thornton avait notamment fixé l’importance relative à 1,2 million de dollars, de sorte que les inexactitudes décelées par

been identified by Grant Thornton in the Unqualified Auditors' Report.

[15] This information triggered a response from the Deputy Minister of Economic Development. In a letter to the New Brunswick Institute of Chartered Accountants dated December 21, 2012, the Deputy Minister advised the Institute that the Province was proceeding with a formal complaint against Grant Thornton. A copy of the Richter Report was attached.

[16] A year and a half later, on June 23, 2014, the Province commenced its claim alleging negligence against Grant Thornton. In its defence, Grant Thornton denied the allegations. Further, it moved to have the Province's claim summarily dismissed on the basis that it was barred by the two-year limitation period under s. 5(1)(a) of the *LAA*.

III. Relevant Statutory Provisions

[17] The relevant provisions of the *LAA* are:

Definitions and interpretation

1(1) The following definitions apply in this Act.

“claim” means a claim to remedy the injury, loss or damage that occurred as a result of an act or omission.

...

General limitation periods

5(1) Unless otherwise provided in this Act, no claim shall be brought after the earlier of

- (a) two years from the day on which the claim is discovered, and

Richter étaient de loin supérieures à cette importance relative. Grant Thornton n'avait toutefois pas relevé ces inexactitudes dans le rapport sans réserve du vérificateur.

[15] Ces renseignements ont incité le sous-ministre du Développement économique à intervenir. Dans une lettre datée du 21 décembre 2012 et adressée à l'Institut des comptables agréés du Nouveau-Brunswick, le sous-ministre a informé ce dernier que la province procédait au dépôt d'une plainte officielle contre Grant Thornton. Une copie du rapport Richter était jointe à cette lettre.

[16] Un an et demi plus tard, le 23 juin 2014, la province a présenté une réclamation contre Grant Thornton pour négligence. Dans sa défense, Grant Thornton a nié les allégations. Il a également demandé le rejet sommaire de la réclamation de la province, au motif qu'elle était prescrite en application du délai de prescription de deux ans prévu à l'al. 5(1)a) de la *LP*.

III. Dispositions législatives applicables

[17] Voici les dispositions pertinentes de la *LP* :

Définitions et interprétation

1(1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

...

« réclamation » Réclamation pour obtenir réparation de préjudices, de pertes ou de dommages survenus par suite d'un acte ou d'une omission.

...

Délais de prescription ordinaires

5(1) Sauf disposition contraire de la présente loi, toute réclamation se prescrit par celui des délais ci-dessous qui expire le premier :

- a) deux ans à compter du jour où sont découverts les faits y ayant donné naissance;

(b) fifteen years from the day on which the act or omission on which the claim is based occurred.

5(2) A claim is discovered on the day on which the claimant first knew or ought reasonably to have known

(a) that the injury, loss or damage had occurred,

(b) that the injury, loss or damage was caused by or contributed to by an act or omission, and

(c) that the act or omission was that of the defendant.

IV. Proceedings Below

A. *Court of Queen’s Bench of New Brunswick, 2019 NBQB 36 (Grant J.)*

[18] The main issue before the motions judge was when, if ever, the Province discovered its claim against Grant Thornton under s. 5 of the LAA. The answer, in his view, lay in the proper interpretation of s. 5(2).

[19] Under s. 5(2), the question, as he saw it, was whether the Province “knew or ought to have known that it had *prima facie* grounds to infer that it had a potential cause of action against the defendants” (para. 108 (CanLII)). If the Province had this knowledge more than two years before commencing its claim on June 23, 2014, then the claim was statute-barred by operation of the two-year limitation period applicable under s. 5(1)(a).

[20] In the opinion of the motions judge, the Province had the requisite knowledge by March 18, 2010. By then, it had suffered a loss by paying \$50 million to the Bank of Nova Scotia and it could reasonably have inferred that Grant Thornton caused or contributed to the act or omission giving rise to this loss. This, in the motions judge’s view, gave the Province *prima facie* grounds to

b) quinze ans à compter du jour où a eu lieu l’acte ou l’omission sur lequel elle est fondée.

5(2) Les faits ayant donné naissance à la réclamation sont découverts le jour où le réclamant a appris ou aurait dû normalement apprendre :

a) que sont survenus les préjudices, les pertes ou les dommages;

b) que les préjudices, les pertes ou les dommages ont été causés entièrement ou en partie par un acte ou une omission;

c) que l’acte ou l’omission était le fait du défendeur.

IV. Juridictions d’instances inférieures

A. *Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, 2019 NBBR 36 (le juge Grant)*

[18] La principale question que devait trancher le juge saisi des motions était celle de savoir à quel moment, le cas échéant, la province avait découvert les faits ayant donné naissance à sa réclamation contre Grant Thornton au sens de l’art. 5 de la LP. La réponse dépendait, selon lui, de l’interprétation qu’il convient de donner au par. 5(2).

[19] À son avis, il fallait, suivant le par. 5(2), se demander si la province « avait appris ou aurait dû apprendre [. . .] qu’elle avait des moyens suffisants à première vue pour déduire l’existence d’une cause d’action éventuelle contre les défendeurs » (par. 108 (CanLII)). Si la province connaissait ces faits plus de deux ans avant de présenter sa réclamation le 23 juin 2014, celle-ci était prescrite en application du délai de prescription de deux ans prévu à l’al. 5(1)a).

[20] Selon le juge saisi des motions, le 18 mars 2010, la province avait déjà appris tous ces faits. À ce moment-là, elle avait subi une perte en payant la somme de 50 millions de dollars à la Banque de Nouvelle-Écosse et elle pouvait normalement inférer que Grant Thornton avait, par un acte ou une omission, causé entièrement ou en partie la perte survenue. Selon le juge saisi des motions, ces faits

infer the existence of a potential claim against Grant Thornton. In the alternative, he found that the Province had the requisite knowledge after it received the draft Richter Report on February 4, 2011. Either way, he concluded that the Province had failed to commence its claim within the two-year limitation period applicable under s. 5(1)(a). Hence, the claim was statute-barred.

[21] In the result, the motions judge granted summary judgment in favour of Grant Thornton and dismissed the Province’s claim.

B. *Court of Appeal of New Brunswick, 2020 NBCA 18, 54 C.P.C. (8th) 271 (Drapeau, Quigg and Green J.J.A.)*

[22] The Court of Appeal unanimously allowed the appeal. It held that the motions judge “applied the wrong legal test for s. 5(1)(a) purposes” and “made a palpable and overriding error in finding the Province discovered its claim more than two years before proceedings were commenced” (paras. 81 and 127).

[23] Regarding the legal test, the court rejected the motions judge’s test — “*prima facie* grounds to infer . . . a potential cause of action” — on the basis that it was not stringent enough (paras. 6-7 (emphasis deleted), quoting trial reasons, at para. 108). Instead, the court set out what it believed to be the correct and “more exacting” test, namely that “the two-year limitation period begins to run the day after the plaintiff knows or ought reasonably to have known facts that confer a legally enforceable right to a remedy” (para. 7). In claims for negligence, the court explained, “that right only exists if the defendant was under a relevant duty of care and its loss-causing act or omission fell below the applicable standard of care” (para. 7).

donnaient à la province les moyens suffisants à première vue pour déduire l’existence d’une réclamation éventuelle contre Grant Thornton. À titre subsidiaire, il a conclu que la province avait la connaissance requise après avoir reçu la version provisoire du rapport Richter le 4 février 2011. Il a estimé que, dans un cas comme dans l’autre, la province n’avait pas présenté sa réclamation dans le délai de prescription de deux ans prévu à l’al. 5(1)a). Sa réclamation était donc prescrite.

[21] En conséquence, le juge saisi des motions a rendu un jugement sommaire en faveur de Grant Thornton et rejeté la réclamation de la province.

B. *Cour d’appel du Nouveau-Brunswick, 2020 NBCA 18 (les juges Drapeau, Quigg et Green)*

[22] La Cour d’appel a accueilli l’appel à l’unanimité. Elle a estimé que le juge saisi des motions avait « appliqué le mauvais critère juridique pour l’application de l’al. 5(1)a) » et qu’il avait « commis une erreur manifeste et dominante en concluant que la province avait découvert qu’elle avait une réclamation plus de deux ans avant l’introduction de l’instance » (par. 81 et 127 (CanLII)).

[23] En ce qui concerne la norme juridique, la cour a rejeté celle retenue par le juge saisi des motions — en l’occurrence celle des « moyens suffisants à première vue pour déduire l’existence d’une cause d’action éventuelle » — au motif qu’elle n’était pas suffisamment rigoureuse (par. 6-7 (soulignement omis), citant les motifs de première instance, par. 108). La cour a plutôt proposé ce qu’elle estimait être une norme « plus exigeant[e] », en expliquant que « le délai de prescription de deux ans commence à courir le lendemain de la date à laquelle le demandeur apprend ou aurait normalement dû apprendre les faits qui lui confèrent un droit exécutoire à un recours » (par. 7). La cour a expliqué que, dans les actions pour négligence, « ce droit n’existe que si le défendeur avait un devoir de diligence pertinent et que son acte ou son omission qui est à l’origine de la perte ne respectait pas la norme de diligence applicable » (par. 7).

[24] Applying that test, the court found that the two-year limitation period under s. 5(1)(a) had not been triggered because the Province had not yet discovered its claim. Specifically, the Province could not know whether Grant Thornton’s audit of Atcon’s financial statements for F2009 fell below the applicable standard of care by failing to comply with Generally Accepted Auditing Standards. According to the court, this essential component of the Province’s negligence claim could not be known unless and until Grant Thornton produced its audit-related files for the Province’s inspection — something it had consistently refused to do. Without those files, “the Province may suspect and allege, but it does not know, actually or constructively, the F2009 audit was non-compliant with Generally Accepted Auditing Standards” (para. 8). The motions judge’s failure to consider the absence of evidence on that issue constituted a “palpable and overriding error in the assessment of the evidential record” (*ibid.*). This accounted for his erroneous finding that the Province discovered its claim on either March 18, 2010, or February 4, 2011.

[25] On this basis, the court allowed the appeal and set aside the summary judgment order.

V. Issues

[26] I would state the main issues in this case as follows:

- (1) What is the standard to be applied in determining whether a plaintiff has the requisite degree of knowledge to discover a claim under s. 5(2), so as to trigger the limitation period in s. 5(1)(a)?
- (2) When, if ever, did the Province discover its negligence claim against Grant Thornton?

[24] Appliquant cette norme, la cour a conclu que le délai de prescription de deux ans prévu à l’al. 5(1)a) n’avait pas commencé à courir, parce que la province n’avait pas encore découvert les faits ayant donné naissance à sa réclamation. Plus précisément, la province ne pouvait savoir si la vérification des états financiers de l’exercice 2009 d’Atcon effectuée par Grant Thornton ne satisfaisait pas à la norme de diligence applicable parce que les normes de vérification généralement reconnues n’avaient pas été respectées. Selon la cour, cet aspect essentiel de l’action pour négligence de la province ne pouvait être connu que si Grant Thornton lui soumettait pour examen ses dossiers afférents à la vérification — ce qu’il a toujours refusé de faire. Sans ces dossiers, « la Province peut avoir des soupçons et soulever des allégations, mais il lui est impossible de savoir, directement ou par déduction, que la vérification de l’exercice 2009 n’était pas conforme aux normes de vérification généralement reconnues » (par. 8). La décision du juge saisi des motions de ne pas tenir compte de l’absence d’éléments de preuve sur cette question constituait une « erreur manifeste et dominante dans l’évaluation du dossier de la preuve » (*ibid.*), d’où sa conclusion erronée que la province avait découvert qu’elle avait une réclamation soit le 18 mars 2010, soit le 4 février 2011.

[25] Pour ces motifs, la cour a accueilli l’appel et annulé le jugement sommaire.

V. Questions en litige

[26] Je formulerais comme suit les principales questions en litige dans la présente affaire :

- (1) Quelle norme doit-on appliquer pour déterminer si le demandeur a le degré de connaissance requis pour découvrir les faits ayant donné naissance à sa réclamation au sens du par. 5(2), de sorte que le délai de prescription de deux ans prévu à l’al. 5(1)a) commence à courir?
- (2) À quel moment, le cas échéant, la province a-t-elle découvert les faits ayant donné naissance à sa réclamation pour négligence contre Grant Thornton?

VI. Analysis

A. *The Applicable Standard*

[27] Section 5(1)(a) of the *LAA* sets out the limitation period that controls this case: a claim must be commenced two years from the day on which the claim is discovered. As the text of s. 5(2) makes plain, a claim is discovered when a plaintiff knows or ought reasonably to have known that an injury, loss or damage occurred, which was caused or contributed to by an act or omission of the defendant.

[28] This case turns on the standard to be applied in determining whether and when a plaintiff has the requisite degree of knowledge to discover a claim under s. 5(2), thereby triggering the two-year limitation period under s. 5(1)(a). In order to properly set the standard, two distinct inquiries are required. First, in assessing if the limitation period in s. 5(1)(a) has been triggered, is the plaintiff's state of knowledge to be assessed in the same manner as the common law rule of discoverability? Second, what is the particular degree of knowledge required to discover a claim under s. 5(2)?

(1) Codification of the Common Law Rule of Discoverability

[29] Section 5 of the *LAA* operates against the backdrop of a common law discoverability rule that is well-established. Under that rule, “a cause of action arises for purposes of a limitation period when the material facts on which it is based have been discovered or ought to have been discovered by the plaintiff by the exercise of reasonable diligence” (*Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, at p. 224, citing *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; see also *Ryan v. Moore*, 2005 SCC 38,

VI. Analyse

A. *La norme applicable*

[27] L'alinéa 5(1)(a) de la *LP* établit le délai de prescription qui régit la présente affaire : toute réclamation contre un défendeur se prescrit par deux ans à compter du jour où sont découverts par le demandeur les faits y ayant donné naissance. Comme le libellé du par. 5(2) l'indique clairement, le demandeur découvre les faits ayant donné naissance à sa réclamation le jour où il apprend ou aurait dû normalement apprendre que sont survenus les préjudices, les pertes ou les dommages et que ceux-ci ont été causés entièrement ou en partie par un acte ou une omission du défendeur.

[28] Le présent pourvoi porte sur la norme à appliquer pour déterminer dans quels cas et quand le demandeur a le degré de connaissance requis pour découvrir les faits ayant donné naissance à sa réclamation au sens du par. 5(2), de sorte que le délai de prescription de deux ans prévu à l'al. 5(1)(a) commence à courir. Pour bien établir cette norme, il faut répondre à deux questions distinctes. Premièrement, pour déterminer si le délai de prescription prévu à l'al. 5(1)(a) a commencé à courir, doit-on évaluer le degré de connaissance du demandeur de la même manière que ce que prévoit la règle de common law de la possibilité de découvrir le dommage? Deuxièmement, quel est le degré précis de connaissance requis pour que le demandeur découvre les faits ayant donné naissance à une réclamation au sens du par. 5(2)?

(1) Codification de la règle de common law de la possibilité de découvrir le dommage

[29] L'article 5 de la *LP* s'inscrit dans le cadre de la règle de common law bien connue de la possibilité de découvrir le dommage. Selon cette règle, « une cause d'action prend naissance, aux fins de la prescription, lorsque les faits importants sur lesquels repose cette cause d'action ont été découverts par le demandeur ou auraient dû l'être s'il avait fait preuve de diligence raisonnable » (*Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, p. 224, citant *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; voir aussi *Ryan c. Moore*,

[2005] 2 S.C.R. 53, at paras. 2 and 22). This rule has its origins in equity. In particular, it seeks to balance the three rationales for imposing limitation periods — the guarantee of repose, the desire to foreclose claims based on stale evidence and the expectation that a plaintiff will start a claim in a timely manner (*M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6, at pp. 29-30) — with the need to avoid the injustice of precluding a claim before the plaintiff even has knowledge of its existence (*Peixeiro v. Haberman*, [1997] 3 S.C.R. 549, at para. 36).

[30] Though a “general rule”, the common law rule does not apply to every statutory limitation period (*Ryan*, at para. 23, quoting *Rafuse*, at p. 224). Rather, it is an interpretive tool for construing limitations statutes and, as such, it can be ousted by clear legislative language (*Pioneer Corp. v. Godfrey*, 2019 SCC 42, [2019] 3 S.C.R. 295, at para. 32). In that regard, “many provincial legislatures have chosen to enact statutory limitation periods that codify, limit or oust entirely discoverability’s application” (*ibid.*). Assessing whether a provincial legislature has codified, limited or ousted the common law rule is a matter of statutory interpretation (*ibid.*, at para. 42, citing *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21).

[31] In this case, Grant Thornton argues that s. 5(1)(a) and (2) ousts or, at least, limits the common law discoverability rule. In its view, the New Brunswick legislature provided for the limitation period set out in s. 5(1)(a) to begin running when a plaintiff has a lower degree of knowledge than the common law rule requires, namely “a sufficient basis, including by making reasonable inferences based on their knowledge of having suffered a loss, to plead an action against the defendant and start the civil litigation process” (A.F., Grant Thornton LLP and Kent M. Ostridge, at para. 87).

2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53, par. 2 et 22). Cette règle tire son origine de l’équité. Elle vise notamment à trouver un équilibre entre les trois raisons justifiant l’imposition d’un délai de prescription — la garantie de tranquillité d’esprit, la volonté d’empêcher les réclamations fondées sur des éléments de preuve périmés et la diligence attendue du demandeur pour qu’il intente sa poursuite en temps opportun (*M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, p. 29-30) — dans le but de prévenir l’injustice qu’entraînerait le fait d’interdire à une personne de faire valoir sa réclamation avant même qu’elle ait connaissance de son existence (*Peixeiro c. Haberman*, [1997] 3 R.C.S. 549, par. 36).

[30] Bien qu’il s’agisse d’une « règle générale », cette règle de common law ne s’applique pas à tous les délais de prescription fixés par le législateur (*Ryan*, par. 23, citant *Rafuse*, p. 224). Il s’agit plutôt d’une règle d’interprétation visant à faciliter l’interprétation des délais de prescription fixés par la loi; elle peut donc être écartée par un texte législatif clair (*Pioneer Corp. c. Godfrey*, 2019 CSC 42, [2019] 3 R.C.S. 295, par. 32). D’ailleurs, « plusieurs législatures provinciales ont choisi d’établir au moyen de lois des délais de prescription qui codifient, limitent ou écartent complètement l’application de la règle de la possibilité de découvrir » (*ibid.*). La question de savoir si une législature provinciale a codifié, limité ou écarté cette règle de common law est une question d’interprétation législative (*ibid.*, par. 42, citant *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21).

[31] En l’espèce, Grant Thornton soutient que l’al. 5(1)a) et le par. 5(2) écartent ou, à tout le moins, limitent la règle de common law de la possibilité de découvrir le dommage. À son avis, la législature du Nouveau-Brunswick a prévu que le délai de prescription fixé à l’al. 5(1)a) commence à courir lorsque le demandeur a un degré de connaissance moindre que celui qu’exige la règle de common law, à savoir : [TRADUCTION] « . . . une raison suffisante, notamment au moyen d’inférences raisonnables fondées sur sa connaissance du fait qu’il a subi une perte, pour intenter une action contre le défendeur et pour entamer le processus judiciaire civil » (m.a., Grant Thornton LLP et Kent M. Ostridge, par. 87).

[32] With respect, I disagree. In my view, the New Brunswick legislature chose to codify the common law rule in s. 5(1)(a) and (2) of the *LAA*. This interpretation is supported by the words of s. 5, read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the *LAA*, the object of the *LAA*, and the intention of the legislature (see *Rizzo & Rizzo*, at para. 21).

[33] As set out at para. 17 above, the text of s. 5 of the *LAA* reads as follows:

General limitation periods

5(1) Unless otherwise provided in this Act, no claim shall be brought after the earlier of

- (a) two years from the day on which the claim is discovered, and
- (b) fifteen years from the day on which the act or omission on which the claim is based occurred.

5(2) A claim is discovered on the day on which the claimant first knew or ought reasonably to have known

- (a) that the injury, loss or damage had occurred,
- (b) that the injury, loss or damage was caused by or contributed to by an act or omission, and
- (c) that the act or omission was that of the defendant.

[34] The plain words of this provision are unambiguous. Section 5(1)(a) provides that no claim shall be brought after two years from the day on which the claim is “discovered”. Section 5(2) further specifies that a claim is discovered on the day that a claimant knew or ought reasonably to have known the facts that are material, namely the occurrence of an injury, loss or damage that was caused or contributed to by an act or omission of the defendant. As evidenced by the words of the provision, there is

[32] Avec égards, je ne suis pas d’accord. Selon moi, la législature du Nouveau-Brunswick a choisi de codifier la règle de common law à l’al. 5(1)a) et au par. 5(2) de la *LP*. Cette interprétation est confirmée par les termes de l’art. 5, lorsqu’on les lit dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie et l’objet de la *LP* ainsi qu’avec l’intention du législateur (voir *Rizzo & Rizzo*, par. 21).

[33] Comme l’énonce le par. 17 des présents motifs, l’art. 5 de la *LP* est ainsi libellé :

Délais de prescription ordinaires

5(1) Sauf disposition contraire de la présente loi, toute réclamation se prescrit par celui des délais ci-dessous qui expire le premier :

- a) deux ans à compter du jour où sont découverts les faits y ayant donné naissance;
- b) quinze ans à compter du jour où a eu lieu l’acte ou l’omission sur lequel elle est fondée.

5(2) Les faits ayant donné naissance à la réclamation sont découverts le jour où le réclamant a appris ou aurait dû normalement apprendre :

- a) que sont survenus les préjudices, les pertes ou les dommages;
- b) que les préjudices, les pertes ou les dommages ont été causés entièrement ou en partie par un acte ou une omission;
- c) que l’acte ou l’omission était le fait du défendeur.

[34] Les termes clairs de cette disposition ne comportent aucune ambiguïté. L’alinéa 5(1)a) prévoit que toute réclamation se prescrit par deux ans à compter du jour où sont « découverts » les faits y ayant donné naissance. Le paragraphe 5(2) précise que les faits ayant donné naissance à la réclamation sont découverts le jour où le réclamant a appris ou aurait dû normalement apprendre les faits qui sont importants, en l’occurrence la survenance d’un préjudice, d’une perte ou d’un dommage causé

no clear legislative language ousting or limiting the common law rule; in fact, quite the opposite. The event triggering the limitation period in s. 5(1)(a) is linked to the state of the plaintiff's knowledge in the same manner as the common law rule.

[35] Moreover, there is nothing in the legislative scheme or the object of the *LAA* that alters the governing principles set out in the common law rule. The New Brunswick legislature enacted the general limitation period scheme in s. 5 to simplify the law of limitation periods. In doing so, it expressly modeled s. 5 on similar limitation provisions found in Ontario, Saskatchewan and Alberta (New Brunswick, Office of the Attorney General, *Commentary on Bill 28: Limitation of Actions Act*, January 2009 (online), at pp. 1 and 4), all of which have been found to codify the common law rule of discoverability (see, e.g., *Galota v. Festival Hall Developments Ltd.*, 2016 ONCA 585, 133 O.R. (3d) 35, at para. 15; *De Shazo v. Nations Energy Co.*, 2005 ABCA 241, 48 Alta. L.R. (4th) 25, at para. 26; *Jardine v. Saskatoon Police Service*, 2017 SKQB 217, at para. 36 (CanLII)). The legislature's express intention to replicate provisions that codify the common law rule is compelling evidence that New Brunswick intended to follow suit.

[36] In arguing that the legislature ousted the common law rule, Grant Thornton points to some linguistic differences between the common law rule and s. 5. It emphasizes the fact that the common law rule uses the term "cause of action", whereas s. 5 uses the term "claim". According to Grant Thornton, these concepts are distinct: the former refers to a set of facts entitling a plaintiff to a remedy from the court, while the latter is "purely a limitations concept" with "only two factual components (wrongful conduct and resulting damage)" (A.F., Grant Thornton LLP and Kent M. Ostridge, at para. 65, quoting D. Zacks, "Claims, Not Causes of Action:

entièrement ou en partie par un acte ou une omission du défendeur. Comme il ressort du libellé de cette disposition, il n'y a pas de texte législatif clair qui écarte ou limite la règle de common law; en réalité, c'est exactement le contraire. Les faits donnant lieu à l'application du délai de prescription prévu à l'al. 5(1)a) sont liés au degré de connaissance du demandeur de la même manière que ce que prévoit la règle de common law.

[35] En outre, il n'y a rien dans l'économie ou dans l'objet de la *LP* qui modifie les principes généraux de la règle de common law. La législature du Nouveau-Brunswick a adopté le régime général de prescription prévu à l'art. 5 pour simplifier les règles de droit en matière de délais de prescription. Pour ce faire, elle a expressément modelé l'art. 5 en s'inspirant de dispositions similaires en matière de prescription de l'Ontario, de la Saskatchewan et de l'Alberta (Nouveau-Brunswick, Cabinet du procureur général, *Analyse du projet de loi 28 : Loi sur la prescription*, janvier 2009 (en ligne), p. 1 et 4-5), et qui, selon les tribunaux, codifient toutes la règle de common law de la possibilité de découvrir le dommage (voir, par ex., *Galota c. Festival Hall Developments Ltd.*, 2016 ONCA 585, 133 O.R. (3d) 35, par. 15; *De Shazo c. Nations Energy Co.*, 2005 ABCA 241, 48 Alta. L.R. (4th) 25, par. 26; *Jardine c. Saskatoon Police Service*, 2017 SKQB 217, par. 36 (CanLII)). La volonté explicite du législateur de reprendre des dispositions qui codifient la règle de common law constitue une preuve convaincante que le Nouveau-Brunswick entendait emboîter le pas à ces provinces.

[36] À l'appui de son argument voulant que le législateur a écarté la règle de common law, Grant Thornton signale certaines différences de terminologie entre la formulation de cette règle et celle de l'art. 5. Il insiste sur le fait que la première utilise le terme « *cause of action* » en anglais (« cause d'action » en français), alors que l'art. 5 emploie le terme « *claim* » en anglais (« réclamation » en français). Selon Grant Thornton, il s'agit de concepts distincts : le premier viserait un ensemble de faits qui confèrent au demandeur un recours en justice, alors que le second serait [TRADUCTION] « un pur concept de prescription » qui ne comporte « que deux volets factuels

The Misapprehension of Limitations Principles” (2018), 48 *Advocates’ Q.* 165, at p. 165).

[37] I recognize that the distinction between “claim” and “cause of action” could be meaningful in some circumstances; but in my view, it is not so here. In fact, the *LAA*’s own wording shows that the use of “claim” does not rule out a shared meaning with “cause of action”. Section 1(1) defines a claim as a “claim to remedy the injury, loss or damage that occurred as a result of an act or omission”. In short, s. 1(1) indicates that the legislature’s use of the term “claim” focuses on a set of facts giving rise to a remedy, which is the same meaning that Grant Thornton attributes to the term “cause of action”.

[38] This interpretation is supported by the French text of s. 5(2) of the *LAA*, which reads in part as follows: “[*l*]es faits ayant donné naissance à la réclamation sont découverts le jour où le réclamant a appris ou aurait dû normalement apprendre”. In addition, the French text of s. 1(1) defines “réclamation” as “[*r*]éclamation pour obtenir réparation de préjudices, de pertes ou de dommages survenus par suite d’un acte ou d’une omission”. As is apparent, the wording of the French text supports my interpretation of the English text, and confirms that “claim” in s. 5 means “cause of action”, namely: discovering the facts giving rise to a claim to obtain relief for the injury, loss or damage that resulted from an act or omission. This is the legal equivalent of “a set of facts entitling a plaintiff to a remedy”, the definition of a “cause of action” put forward by Grant Thornton.

[39] More probative are the Hansard Debates preceding the enactment of the *LAA*. When asked

(un acte fautif et le préjudice qui en découle) » (m.a., Grant Thornton LLP et Kent M. Ostridge, par. 65, citant D. Zacks, « Claims, Not Causes of Action : The Misapprehension of Limitations Principles » (2018), 48 *Advocates’ Q.* 165, p. 165).

[37] J’admets que la distinction entre ce qu’on appelle en anglais une « *claim* » et une « *cause of action* » pourrait être significative dans certaines circonstances, mais, à mon avis, ce n’est pas le cas en l’espèce. En fait, le libellé même de la *LP* illustre que l’utilisation du terme anglais « *claim* » n’est pas incompatible avec l’attribution d’une signification commune à ce terme et à l’expression anglaise « *cause of action* ». En effet, la version anglaise du par. 1(1) définit comme suit le terme *claim* : « . . . a claim to remedy the injury, loss or damage that occurred as a result of an act or omission ». En un mot, le libellé du par. 1(1) permet de constater qu’en employant le terme « *claim* », le législateur met l’accent sur un ensemble de faits donnant ouverture à un recours, ce qui correspond au sens que Grant Thornton attribue à l’expression anglaise « *cause of action* ».

[38] Cette interprétation est étayée par le texte français du par. 5(2) de la *LP*, dont une partie du libellé est la suivante « [*l*]es faits ayant donné naissance à la réclamation sont découverts le jour où le réclamant a appris ou aurait dû normalement apprendre ». En outre, selon la version française du par. 1(1), « réclamation » s’entend d’une « [*r*]éclamation pour obtenir réparation de préjudices, de pertes ou de dommages survenus par suite d’un acte ou d’une omission ». Visiblement, le libellé du texte français étaye mon interprétation du texte anglais et confirme que le terme anglais « *claim* » à l’art. 5 signifie en anglais « *cause of action* », soit : la découverte des faits ayant donné naissance à la réclamation pour obtenir réparation des préjudices, des pertes ou des dommages survenus par suite d’un acte ou d’une omission. Il s’agit de l’équivalent juridique d’un [TRADUCTION] « ensemble de faits donnant le droit au demandeur à une réparation », la définition d’une « cause d’action » donnée par Grant Thornton.

[39] Les débats qui ont précédé l’adoption de la *LP* sont encore plus probants. Lorsqu’on lui a demandé

why the statute uses the term “claim” instead of “cause of action”, the Minister of Justice explained:

In a sense, it is really just semantics. Tim Rattenbury, who works for the Office of the Attorney General, and I had a good discussion. The word “claim” is just another way to characterize bringing forward your matter for purposes of litigation. “Cause of action” is the same thing. The standardization of these particular ways of characterizing an action before the courts is simply semantics.

(New Brunswick, Legislative Assembly, *Journal of Debates (Hansard)*, 3rd Sess., 56th Assem., June 17, 2009, at p. 50 (Hon. Mr. Burke))

In other words, according to the Minister, using “claim” instead of “cause of action” amounts to a distinction without a difference. While not in itself determinative, the Minister’s statement can hardly be taken as evidencing the “clear legislative language” needed to oust or limit the common law rule (see *Godfrey*, at para. 32). If anything, it demonstrates the opposite.

[40] In sum, I am satisfied that s. 5(1)(a) and (2) codifies the common law rule of discoverability. As established by that rule and the LAA, the limitation period is triggered when the plaintiff discovers or ought to have discovered through the exercise of reasonable diligence the material facts on which the claim is based. Having so found, I turn now to ascertaining the particular degree of knowledge required to discover a claim under s. 5.

(2) The Requisite Degree of Knowledge

[41] As noted, the Court of Appeal disagreed with the motions judge on the extent of knowledge required to discover a claim under s. 5. The motions judge held that a plaintiff needs to know only enough facts to have *prima facie* grounds to infer the existence of a potential claim. The Court of Appeal, on the other hand, held that discovery of a claim

la raison pour laquelle la loi employait le terme « réclamation » plutôt que « cause d’action », le ministre de la Justice a expliqué :

[TRADUCTION] En un sens, il ne s’agit que de sémantique. Tim Rattenbury, qui travaille pour le Cabinet du procureur général, et moi avons eu une bonne discussion. Le mot « réclamation » n’est qu’une autre façon de caractériser le fait de présenter votre affaire à des fins de litige. C’est la même chose qu’une « cause d’action ». L’uniformisation de ces façons particulières de caractériser une action devant les tribunaux n’est que de la sémantique.

(Nouveau-Brunswick, Assemblée législative, *Journal des débats (Hansard)*, 3^e sess., 56^e lég., 17 juin 2009, p. 50 (hon. M. Burke))

En d’autres termes, selon le ministre, l’utilisation du terme « réclamation » plutôt que de l’expression « cause d’action » équivaut à une distinction vide de sens. Bien qu’elle ne soit pas en soi déterminante, l’affirmation du ministre peut difficilement être considérée comme une preuve du « texte législatif clair » nécessaire pour écarter la règle de common law (voir *Godfrey*, par. 32). En fait, elle démontre le contraire.

[40] En somme, je suis convaincu que l’al. 5(1)a) et le par. 5(2) codifient la règle de common law de la possibilité de découvrir le dommage. Comme le confirment cette règle et la LP, le délai de prescription commence à courir lorsque le demandeur découvre ou devrait avoir découvert, s’il a fait preuve de diligence raisonnable, les faits importants sur lesquels repose sa réclamation. Ayant tiré cette conclusion, je passe maintenant à la détermination du degré de connaissance requis pour découvrir les faits ayant donné naissance à une réclamation au sens de l’art. 5.

(2) Degré de connaissance requis

[41] Comme je l’ai mentionné, la Cour d’appel s’est dite en désaccord avec le juge saisi des motions quant au degré de connaissance requis pour découvrir les faits ayant donné naissance à une réclamation au sens de l’art. 5. Selon le juge saisi des motions, le demandeur n’a à avoir qu’une connaissance suffisante des faits afin d’avoir les moyens suffisants à

requires actual or constructive knowledge of facts that confer a legally enforceable right to a judicial remedy, which includes knowledge of every constituent element of the cause of action being pled. Thus, on the Court of Appeal's interpretation, in addition to knowledge of a loss and causation, a claim in negligence would include knowledge of a duty of care as well as knowledge of a breach of the standard of care.

[42] In my respectful view, neither approach accurately describes the degree of knowledge required under s. 5(2) to discover a claim and trigger the limitation period in s. 5(1)(a). I propose the following approach instead: a claim is discovered when a plaintiff has knowledge, actual or constructive, of the material facts upon which a plausible inference of liability on the defendant's part can be drawn. This approach, in my view, remains faithful to the common law rule of discoverability set out in *Rafuse* and accords with s. 5 of the *LAA*.

[43] By way of explanation, the material facts that must be actually or constructively known are generally set out in the limitation statute. Here, they are listed in s. 5(2)(a) to (c). Pursuant to s. 5(2), a claim is discovered when the plaintiff has actual or constructive knowledge that: (a) the injury, loss or damage occurred; (b) the injury loss or damage was caused by or contributed to by an act or omission; and (c) the act or omission was that of the defendant. This list is cumulative, not disjunctive. For instance, knowledge of a loss, without more, is insufficient to trigger the limitation period.

[44] In assessing the plaintiff's state of knowledge, both direct and circumstantial evidence can be used.

première vue pour déduire l'existence d'une réclamation éventuelle. En revanche, la Cour d'appel a jugé que la règle de la possibilité de découvrir exige du demandeur une connaissance, réelle ou imputée, de faits lui conférant un droit exécutoire à un recours, ce qui exige qu'il soit au courant de chacun des éléments constitutifs de la cause d'action plaidée. Ainsi, selon l'interprétation de la Cour d'appel, en plus de la connaissance d'une perte et du lien de causalité, pour pouvoir faire valoir une réclamation pour négligence, le demandeur doit savoir que le défendeur a un devoir de diligence envers lui et qu'il a manqué à cette norme de diligence.

[42] Avec égards, je suis d'avis que ni l'une ni l'autre de ces approches ne définit correctement le degré de connaissance requis du demandeur pour découvrir les faits ayant donné naissance à sa réclamation au sens du par. 5(2) et pour déclencher l'application du délai de prescription prévu à l'al. 5(1)a). Je propose plutôt la démarche suivante : le demandeur découvre les faits à l'origine de sa réclamation lorsqu'il a une connaissance, réelle ou imputée, des faits importants permettant d'inférer plausiblement la responsabilité du défendeur. À mon avis, cette approche reste fidèle à la règle de common law de la possibilité de découvrir le dommage énoncée dans l'arrêt *Rafuse* et est compatible avec l'art. 5 de la *LP*.

[43] À titre d'explication, les faits importants dont le demandeur doit avoir une connaissance réelle ou imputée sont généralement énoncés dans la loi sur la prescription. Dans le cas qui nous occupe, ils sont énumérés aux al. 5(2)a) à c). Selon le par. 5(2), les faits ayant donné naissance à la réclamation sont découverts le jour où le demandeur a une connaissance réelle ou imputée : a) des préjudices, pertes ou dommages survenus; b) du fait que les préjudices, pertes ou dommages ont été causés entièrement ou en partie par un acte ou une omission; et c) du fait que l'acte ou l'omission était le fait du défendeur. Cette énumération est cumulative et non disjonctive. Par exemple, la connaissance d'une perte, sans plus, ne suffit pas pour que le délai de prescription commence à courir.

[44] Pour déterminer le degré de connaissance du demandeur, on peut utiliser des preuves tant

Moreover, a plaintiff will have constructive knowledge when the evidence shows that the plaintiff ought to have discovered the material facts by exercising reasonable diligence. Suspicion may trigger that exercise (*Crombie Property Holdings Ltd. v. McColl-Frontenac Inc.*, 2017 ONCA 16, 406 D.L.R. (4th) 252, at para. 42).

[45] Finally, the governing standard requires the plaintiff to be able to draw a plausible inference of liability on the part of the defendant from the material facts that are actually or constructively known. In this particular context, determining whether a plausible inference of liability can be drawn from the material facts that are known is the same assessment as determining whether a plaintiff “had all of the material facts necessary to determine that [it] had *prima facie* grounds for inferring [liability on the part of the defendant]” (*Brown v. Wahl*, 2015 ONCA 778, 128 O.R. (3d) 583, at para. 7; see also para. 8, quoting *Lawless v. Anderson*, 2011 ONCA 102, 276 O.A.C. 75, at para. 30). Although the question in both circumstances is whether the plaintiff’s knowledge of the material facts gives rise to an inference that the defendant is liable, I prefer to use the term plausible inference because in civil litigation, there does not appear to be a universal definition of what qualifies as *prima facie* grounds. As the British Columbia Court of Appeal observed in *Insurance Corporation of British Columbia v. Mehat*, 2018 BCCA 242, 11 B.C.L.R. (6th) 217, at para. 77:

As noted in *Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in Canada*, some cases equate *prima facie* proof to a situation where the evidence gives rise to a permissible fact inference; others equate *prima facie* proof to a case where the evidence gives rise to a compelled fact determination, absent evidence to the contrary. [Citation omitted.]

Since the term *prima facie* can carry different meanings, using plausible inference in the present context

directes que circonstanciées. De plus, le demandeur a une connaissance imputée lorsque la preuve démontre qu’il aurait dû découvrir les faits importants s’il avait fait preuve d’une diligence raisonnable. L’existence de soupçons peut donner lieu à cette analyse (*Crombie Property Holdings Ltd. c. McColl-Frontenac Inc.*, 2017 ONCA 16, 406 D.L.R. (4th) 252, par. 42).

[45] Enfin, la norme applicable exige que le demandeur soit en mesure d’inférer plausiblement la responsabilité du défendeur à partir des faits importants dont il a une connaissance réelle ou imputée. Dans ce contexte particulier, déterminer si l’on peut inférer plausiblement la responsabilité à partir des faits importants qui sont connus revient à évaluer si le demandeur [TRADUCTION] « était au courant de tous les faits importants nécessaires pour déterminer qu’[il] disposait de moyens suffisants à première vue pour inférer la [responsabilité du défendeur] » (*Brown c. Wahl*, 2015 ONCA 778, 128 O.R. (3d) 588, par. 7; voir aussi par. 8, citant *Lawless c. Anderson*, 2011 ONCA 102, 276 O.A.C. 75, par. 30). Bien que, dans les deux scénarios, la question qui se pose est celle de savoir si la connaissance, par le demandeur, des faits importants permet d’inférer la responsabilité du défendeur, je préfère employer le terme « inférence plausible » parce que, en matière civile, il ne semble pas exister de définition universelle de ce qu’il faut entendre par moyens suffisants à première vue ou motifs suffisants *prima facie*. Comme l’a signalé la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans *Insurance Corporation of British Columbia c. Mehat*, 2018 BCCA 242, 11 B.C.L.R. (6th) 217, par. 77 :

[TRADUCTION] Comme il est mentionné dans l’ouvrage *Sopinka, Lederman & Bryant : The Law of Evidence in Canada*, certaines décisions assimilent la notion de preuve *prima facie* aux situations où la preuve permet de tirer une inférence de fait acceptable, alors que d’autres l’assimilent aux situations où la preuve mène à une conclusion de fait impérieuse, en l’absence de preuve à l’effet contraire. [Référence omise.]

Puisque l’expression à première vue ou *prima facie* peut avoir différents sens, employer l’expression

ensures consistency. A plausible inference is one which gives rise to a “permissible fact inference”.

[46] The plausible inference of liability requirement ensures that the degree of knowledge needed to discover a claim is more than mere suspicion or speculation. This accords with the principles underlying the discoverability rule, which recognize that it is unfair to deprive a plaintiff from bringing a claim before it can reasonably be expected to know the claim exists. At the same time, requiring a plausible inference of liability ensures the standard does not rise so high as to require certainty of liability (*Kowal v. Shyiak*, 2012 ONCA 512, 296 O.A.C. 352) or “perfect knowledge” (*De Shazo*, at para. 31; see also the concept of “perfect certainty” in *Hill v. South Alberta Land Registration District* (1993), 8 Alta. L.R. (3d) 379, at para. 8). Indeed, it is well established that a plaintiff does not need to know the exact extent or type of harm it has suffered, or the precise cause of its injury, in order for a limitation period to run (*HOOPP Realty Inc. v. Emery Jamieson LLP*, 2018 ABQB 276, 27 C.P.C. (8th) 83, at para. 213, citing *Peixeiro*, at para. 18).

[47] In my respectful view, endorsing the Court of Appeal’s approach that to discover a claim, a plaintiff needs knowledge of facts that confer a legally enforceable right to a judicial remedy, including knowledge of the constituent elements of a claim, would move the needle too close to certainty. A plausible inference of liability is enough; it strikes the equitable balance of interests that the common law rule of discoverability seeks to achieve.

[48] It follows that in a claim alleging negligence, a plaintiff does not need knowledge that the defendant

inférence plausible dans le présent contexte assure la cohérence du droit. On entend par inférence plausible une inférence qui permet de tirer une « inférence de fait acceptable ».

[46] L’exigence relative à l’inférence plausible de responsabilité garantit que le degré de connaissance requis pour découvrir les faits ayant donné naissance à une réclamation est plus élevé que de simples soupçons ou spéculations. Cette exigence s’accorde par ailleurs avec les principes sous-jacents à la règle de la possibilité de découvrir le dommage qui reconnaissent qu’il est injuste de priver le demandeur de la possibilité d’intenter une action avant qu’on puisse raisonnablement s’attendre à ce qu’il soit au courant de l’existence de cette action. En même temps, l’exigence de l’existence d’une inférence plausible de responsabilité fait en sorte que la norme n’est pas stricte au point d’exiger une certitude quant à la responsabilité du défendeur (*Kowal c. Shyiak*, 2012 ONCA 512, 296 O.A.C. 352) ou une [TRADUCTION] « connaissance parfaite » (*De Shazo*, par. 31; voir également le concept de [TRADUCTION] « certitude absolue » dans *Hill c. South Alberta Land Registration District* (1993), 8 Alta. L.R. (3d) 379, par. 8). En effet, il est bien établi dans la jurisprudence qu’il n’est pas nécessaire que le demandeur connaisse l’ampleur ou le type exact de préjudice qu’il a subi ou la cause précise de celui-ci pour que le délai de prescription commence à courir (*HOOPP Realty Inc. c. Emery Jamieson LLP*, 2018 ABQB 276, 27 C.P.C. (8th) 83, par. 213, citant *Peixeiro*, par. 18).

[47] Avec égards, si l’on retenait la démarche de la Cour d’appel selon laquelle pour qu’il découvre les faits ayant donné naissance à sa réclamation le demandeur doit avoir appris les faits qui lui confèrent un droit exécutoire à un recours, y compris des éléments constitutifs de sa réclamation, on appliquerait une norme s’apparentant trop à une certitude. Une inférence plausible de responsabilité suffit : cette norme permet de trouver le juste équilibre entre les divers intérêts en jeu que vise la règle de common law de la possibilité de découvrir le dommage.

[48] Il s’ensuit que, dans le cas d’une réclamation fondée sur la négligence, il n’est pas nécessaire que

owed it a duty of care or that the defendant's act or omission breached the applicable standard of care. Finding otherwise could have the unintended consequence of indefinitely postponing the limitation period. After all, knowledge that the defendant breached the standard of care is often only discernable through the document discovery process or the exchange of expert reports, both of which typically occur after the plaintiff has commenced a claim. As the Court stated in *K.L.B. v. British Columbia*, 2003 SCC 51, [2003] 2 S.C.R. 403, at para. 55:

Since the purpose of the rule of reasonable discoverability is to ensure that plaintiffs have sufficient awareness of the facts to be able to bring an action, the relevant type of awareness cannot be one that it is possible to lack even after one has brought an action. [Emphasis added.]

Although the Court in *K.L.B.* was dealing with discoverability in a different context, the basic principle is relevant here. The standard cannot be so high as to make it possible for a plaintiff to acquire the requisite knowledge only through discovery or experts. And yet, that is precisely the standard endorsed by the Court of Appeal in the instant case. With respect, that standard sets the bar too high. By the same token, the standard is not as low as the standard needed to ward off an application to strike a claim. What is required is actual or constructive knowledge of the material facts from which a plausible inference can be made that the defendant acted negligently.

B. *Application to the Facts*

[49] With this approach in mind, I turn to the question of determining when, if ever, the Province discovered its claim against Grant Thornton.

le demandeur soit au courant du devoir de diligence du défendeur envers lui ou du manquement à cette norme de diligence par un acte ou une omission. Conclure autrement pourrait avoir pour conséquence involontaire de repousser indéfiniment le délai de prescription. Après tout, il arrive souvent que le réclamant ne prenne conscience du manquement du défendeur à la norme de diligence qu'au moment de la communication préalable des documents ou à la suite de l'échange de rapports d'experts, ce qui, dans un cas comme dans l'autre, ne survient généralement qu'après que le demandeur a présenté sa réclamation. Ainsi que la Cour l'a déclaré dans l'arrêt *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, 2003 CSC 51, [2003] 2 R.C.S. 403, par. 55 :

Comme l'objet de la règle [de la possibilité raisonnable de découvrir la cause d'action] est de s'assurer que les demandeurs ont une connaissance suffisante des faits pour être en mesure d'engager une action, la connaissance requise ne peut être un type de connaissance que les parties n'auraient pas nécessairement après l'introduction de l'action. [Je souligne.]

Même si, dans l'affaire *K.L.B.*, la Cour se penchait sur la règle de la possibilité de découvrir le dommage dans un contexte différent, le principe de base qu'elle y énonce s'applique en l'espèce. La norme ne doit pas être exigeante au point que le demandeur ne puisse obtenir la connaissance requise qu'au moyen de la communication préalable ou de la production de rapports d'experts. C'est pourtant précisément celle qu'a adoptée la Cour d'appel en l'espèce. Avec égards, j'estime que cette norme est trop exigeante. De même, la norme n'est pas aussi peu exigeante que celle à laquelle il faut satisfaire pour écarter une demande en radiation d'une réclamation. Ce qu'il faut, c'est une connaissance, réelle ou imputée, des faits importants permettant d'inférer plausiblement la négligence du défendeur.

B. *Application aux faits de l'espèce*

[49] Compte tenu de cette approche, je passe maintenant à la question de savoir quand, le cas échéant, la province a découvert les faits ayant donné naissance à sa réclamation contre Grant Thornton.

[50] Grant Thornton submits that the Province discovered its claim on February 4, 2011, when it received the draft Richter Report. I agree. At that point, the Province had actual or constructive knowledge of the material facts — namely, that a loss occurred and that the loss was caused or contributed to by an act or omission of Grant Thornton. Nothing more was needed to draw a plausible inference of negligence.

(1) The Province Had Knowledge of the Material Facts

[51] The first aspect of the governing standard requires an assessment of the Province’s knowledge of the material facts. It is undisputable that by February 4, 2011, the Province knew that it had suffered a loss. In fact, it knew on March 18, 2010, when it paid out the loan guarantees to the Bank of Nova Scotia — all \$50 million. Moreover, based on the record, I am able to conclude that on February 4, 2011, the Province knew or, at least, ought reasonably to have known, that the loss was caused or contributed to by an act or omission of Grant Thornton.

[52] The Province’s willingness to go along with Atcon’s request for loan guarantees totalling \$50 million was conditional on Grant Thornton’s external audit of Atcon’s consolidated financial statements for F2009. After completing its audit, Grant Thornton represented to the Province in the Unqualified Auditors’ Report that it had audited Atcon’s financial statements in accordance with Generally Accepted Auditing Standards and that, having done so, it was of the opinion that they presented “fairly, in all material respects, the financial position of [Atcon] as at January 31, 2009 and the results of its operations and its cash flows for the year then ended in accordance with Canadian generally accepted accounting principles” (R.R., at p. 26). The Province relied on those representations to execute the loan guarantees.

[50] Grant Thornton soutient que la province a découvert les faits ayant donné naissance à sa réclamation le 4 février 2011, après avoir reçu le rapport Richter provisoire. Je suis du même avis. À cette date, la province avait la connaissance réelle ou imputée des faits importants, à savoir qu’elle avait subi une perte et que celle-ci avait été causée entièrement ou en partie par un acte ou une omission de Grant Thornton. Rien de plus n’était nécessaire pour inférer plausiblement la négligence.

(1) La province était au courant des faits importants

[51] Le premier aspect de la norme applicable exige que l’on détermine si la province était au courant des faits importants. Il est incontestable que, en date du 4 février 2011, elle savait qu’elle avait subi une perte. En fait, elle le savait le 18 mars 2010, lorsqu’elle a remboursé à la Banque de Nouvelle-Écosse les sommes visées par les garanties de prêts, soit la totalité des 50 millions de dollars. De plus, le dossier me permet de conclure que, le 4 février 2011, la province avait appris ou, à tout le moins, aurait dû normalement avoir appris que cette perte avait été causée entièrement ou en partie par un acte ou une omission de Grant Thornton.

[52] La décision de la province d’acquiescer à la demande d’Atcon de garantir des prêts totalisant 50 millions de dollars était conditionnelle à la réalisation d’une vérification externe par Grant Thornton des états financiers consolidés de l’exercice 2009 d’Atcon. Après avoir terminé cette vérification, Grant Thornton a déclaré à la province, dans le rapport sans réserve du vérificateur qu’il lui a remis, qu’il avait vérifié les états financiers d’Atcon conformément aux normes de vérification généralement reconnues et que, à la suite de sa vérification, il était d’avis que les états financiers d’Atcon donnaient « à tous les égards importants, une image fidèle de la situation financière, des résultats des activités et des flux de trésorerie d’[Atcon] au 31 janvier 2009 pour l’exercice terminé à cette date, conformément aux principes comptables généralement reconnus au Canada » (d.i., p. 26). La province s’est fiée à ces déclarations pour signer les garanties de prêts.

[53] Just over four months after receiving the loan guarantees, Atcon ran out of working capital, which led the Bank of Nova Scotia to commence bankruptcy and insolvency proceedings against it. Counsel for the Attorney General of New Brunswick attended some of the hearings and, as a result, the Province became privy to those proceedings. Indeed, the Province was aware that on March 1, 2010, the court granted the Bank's applications and placed Atcon into receivership.

[54] Shortly thereafter, on March 18, 2010, the Bank called upon the Province to pay out on the loan guarantees. This raised alarm bells for the Province about the true state of Atcon's financial affairs because a few months later, it retained Richter to review and comment on Atcon's financial position for F2009.

[55] Richter undertook this review and on February 4, 2011, issued the 88-page draft Richter Report. In my view, the Province's knowledge about its potential claim crystallized at this point.

[56] In this report, Richter opined that Atcon's financial statements for F2009 had not been prepared in conformity with Generally Accepted Accounting Principles in all material respects. Richter formed this opinion based on what it described to be a "systematic approach" by Atcon's management to "overstate assets, revenues and profits, [and] understate liabilities, expenses and losses" (A.R., vol. II, at p. 207). Specifically, Richter identified various errors in the financial statements, which, as Richter explained, were considered to be "material" because they would likely have influenced the decision of the person relying on the financial statements. In that regard, Richter estimated that Atcon's F2009 assets and net earnings were overstated by an amount ranging between \$28.3 million and \$35.4 million. Since Richter set the materiality for Atcon's financial statements in the range of \$1.3 million to \$2.6 million, this placed the misstatements approximately 14 to 22 times greater than the acceptable materiality

[53] À peine quatre mois après avoir reçu les garanties de prêts, Atcon avait épuisé son fonds de roulement, ce qui a incité la Banque de Nouvelle-Écosse à entamer des procédures de faillite et d'insolvabilité contre elle. L'avocat du procureur général du Nouveau-Brunswick a participé à certaines des audiences, de sorte que la province a été mise au courant de ces procédures. D'ailleurs, elle savait que, le 1^{er} mars 2010, le tribunal avait fait droit aux demandes de la banque et ordonné la mise sous séquestre d'Atcon.

[54] Peu de temps après, soit le 18 mars 2010, la banque a demandé à la province de rembourser les sommes visées par les garanties de prêts. Cette dernière était très préoccupée de l'état réel des affaires financières d'Atcon car, quelques mois plus tard, elle a retenu les services de Richter pour examiner les états financiers de celle-ci pour l'exercice 2009 et lui remettre un rapport faisant état de ses conclusions.

[55] Richter a entrepris cet examen et, le 4 février 2011, a remis un rapport provisoire de 88 pages. C'est à cette date, à mon avis, que s'est cristallisée la connaissance de la province de sa réclamation éventuelle.

[56] Dans ce rapport, Richter se disait d'avis que les états financiers de l'exercice 2009 d'Atcon n'avaient pas été dressés à tous les égards importants conformément aux principes comptables généralement reconnus. Richter fondait son opinion sur ce qu'il a qualifié de [TRADUCTION] « tendance systématique » de la direction d'Atcon à « surévaluer l'actif, les recettes et les bénéfices [ainsi qu'à] sous-évaluer le passif, les charges et les pertes » (d.a., vol. II, p. 207). Plus précisément, Richter avait relevé dans les états financiers diverses erreurs qu'il a jugées « importantes » parce qu'elles auraient vraisemblablement influencé la décision de la personne qui se fierait aux états financiers. À cet égard, Richter a estimé que l'actif d'Atcon pour l'exercice 2009 et ses gains nets avaient été surévalués d'un montant compris entre 28,3 millions de dollars et 35,4 millions de dollars. Comme Richter avait estimé l'importance relative des montants en cause dans les états financiers d'Atcon entre 1,3 million de dollars et 2,6 millions

that was set. For Grant Thornton's audit of Atcon, materiality was set at \$1.2 million, which also clearly placed the misstatements well in excess of materiality.

[57] While Richter's mandate did not include commenting on whether Grant Thornton's audit had been performed in accordance with Generally Accepted Auditing Standards, its mandate was similar to Grant Thornton's: both were retained by the Province to determine whether Atcon's financial statements had been prepared in accordance with Generally Accepted Accounting Principles. Grant Thornton's conclusion that the statements had been prepared in conformity with Generally Accepted Accounting Principles, which indicated its belief that they were not materially misstated, stands in stark contrast to Richter's findings that not only were the financial statements misstated, those misstatements significantly exceeded the materiality threshold established for the audit. The magnitude of the misstatements — assets and net earnings were overstated by an amount ranging between \$28.3 million and \$35.4 million — is even more striking when they are considered in the context of loan guarantees totalling \$50 million.

[58] It stands to reason from the findings made in the Richter Report, considered in light of all the surrounding circumstances, that the Province knew or ought to have known that Grant Thornton's act or omission caused or contributed to its loss. Specifically, Grant Thornton's act or omission was issuing the Unqualified Auditors' Report with respect to Atcon's financial statements for F2009, despite those statements not being prepared in accordance with Generally Accepted Accounting Principles and not fairly representing, in all material respects, Atcon's financial position for F2009. This act or omission caused or contributed to the Province's loss because the Province executed the \$50 million

de dollars, les inexactitudes qu'il a décelées étaient de 14 à 22 fois supérieures à l'importance relative acceptable qui avait été retenue. Dans son rapport de vérification d'Atcon, Grant Thornton avait fixé l'importance relative à 1,2 million de dollars, de sorte que les inexactitudes dépassaient aussi clairement de loin ce montant.

[57] Même si, dans le cadre de son mandat, il n'était pas censé formuler de commentaires sur la conformité de la vérification de Grant Thornton aux normes de vérification généralement reconnues, Richter avait reçu un mandat semblable à celui de Grant Thornton : tous deux avaient été chargés par la province de déterminer si les états financiers d'Atcon avaient été dressés conformément aux principes comptables généralement reconnus. La conclusion de Grant Thornton suivant laquelle les états financiers avaient été établis conformément à ces principes — et, partant, qu'il était convaincu qu'ils ne comportaient pas d'inexactitudes importantes — tranche avec les constatations de Richter selon lesquelles non seulement les états financiers comportaient des inexactitudes, mais ces dernières dépassaient largement le seuil d'importance relative fixé pour la vérification. L'ampleur de ces inexactitudes — l'actif et les gains nets avaient été surévalués d'un montant compris entre 28,3 millions de dollars et 35,4 millions de dollars — est encore plus frappante lorsqu'on les situe dans le contexte des garanties de prêts totalisant 50 millions de dollars.

[58] À la lumière des conclusions du rapport Richter examinées en tenant compte de toutes les circonstances, force est de conclure que la province avait appris ou aurait dû avoir appris que l'acte ou l'omission de Grant Thornton avait causé entièrement ou en partie la perte qu'elle avait subie. Plus précisément, l'acte ou l'omission de Grant Thornton a consisté à remettre le rapport sans réserve du vérificateur portant sur les états financiers de l'exercice 2009 d'Atcon, même si ces états n'avaient pas été dressés conformément aux principes comptables généralement reconnus, et ne donnaient pas, à tous les égards importants, une image fidèle de la situation financière d'Atcon pour l'exercice 2009. La perte

loan guarantees in reliance on Grant Thornton's representations.

(2) The Province Could Have Drawn a Plausible Inference of Negligence

[59] Based on all of the material facts that the Province knew or ought to have known, I am able to conclude that by February 4, 2011, the Province had sufficient knowledge to draw a plausible inference that Grant Thornton had been negligent.

[60] The Province maintains that the limitation period did not begin to run on February 4, 2011. It contends that, to this day, the limitation period has not yet started to run because it does not have access to Grant Thornton's audit-related files and thus, it cannot know whether Grant Thornton breached the applicable standard of care by failing to conduct the audit in accordance with Generally Accepted Auditing Standards. This, despite the fact that the Province went ahead and filed its claim many years ago, on June 23, 2014, and despite its concession that it did so without learning any new information about Grant Thornton's conduct between that date and February 4, 2011, the date it received the draft Richter Report.

[61] With respect, I disagree with the Province's position. As I have explained, a plaintiff does not need knowledge of all the constituent elements of negligence to discover its claim. All that is required is knowledge of the material facts, as set out in the *LAA*, from which a plausible inference of liability can be drawn. Contrary to its assertions, the Province did not need access to Grant Thornton's audit-related files to plausibly infer that Grant Thornton had breached the applicable standard of care by failing to conduct the audit in accordance with Generally Accepted Auditing Standards. In particular, from the material misstatements identified in the Richter Report, referred to above at paras. 56-57, the Province could have inferred that the loss was the fruit of an audit

subie par la province a été causée entièrement ou en partie par cet acte ou cette omission parce qu'elle a signé des garanties de prêts de 50 millions de dollars en se fiant aux déclarations de Grant Thornton.

(2) La province aurait pu inférer plausiblement la négligence

[59] Compte tenu de tous les faits importants que la province connaissait ou aurait dû connaître, je suis en mesure de conclure que, au 4 février 2011, la province avait une connaissance suffisante pour inférer plausiblement la négligence de Grant Thornton.

[60] La province maintient que le délai de prescription n'a pas commencé à courir le 4 février 2011. Elle soutient que, à ce jour, le délai de prescription n'a pas encore commencé à courir parce qu'elle n'a pas accès aux dossiers afférents à la vérification de Grant Thornton et qu'il lui est donc impossible de savoir si Grant Thornton a manqué à la norme de diligence applicable en n'effectuant pas sa vérification conformément aux normes de vérification généralement reconnues. C'est ce que plaide la province en dépit du fait qu'elle a pris l'initiative de déposer sa réclamation il y a de nombreuses années, le 23 juin 2014, et qu'elle a admis avoir agi ainsi sans avoir connaissance de nouveaux éléments d'information sur les agissements de Grant Thornton entre cette date et le 4 février 2011, date à laquelle elle a reçu le rapport Richter provisoire.

[61] Avec égards, je ne puis souscrire à la thèse de la province. Comme je l'ai expliqué, le demandeur n'a pas besoin de connaître tous les éléments constitutifs de la négligence pour découvrir les faits ayant donné naissance à sa réclamation. Il suffit qu'il soit au courant des faits importants dont il est question dans la *LP* et qui permettent d'inférer plausiblement la responsabilité. Contrairement à ce qu'elle prétend, la province n'avait pas besoin de consulter les dossiers afférents à la vérification de Grant Thornton pour inférer plausiblement le manquement de ce dernier à la norme de diligence applicable en n'effectuant pas sa vérification conformément aux normes de vérification généralement reconnues. En particulier, compte tenu des inexactitudes importantes

that fell below the applicable standards, which require auditors to “plan and perform an audit to obtain reasonable assurance whether the financial statements are free of material misstatement” (R.R., at p. 26).

[62] In sum, having regard to the material facts that I have identified, which the Province knew or ought to have known, the Province had ample knowledge as of February 4, 2011, to draw a plausible inference that Grant Thornton had acted negligently. This does not mean that Grant Thornton was in fact negligent. That question would have been for trial, had the Province brought its claim within the limitation period.

VII. Conclusion

[63] In conclusion, I am satisfied that the Province discovered its claim on February 4, 2011, more than two years before commencing it on June 23, 2014. The Province’s claim is therefore statute-barred by s. 5(1)(a) of the *LAA*.

[64] Accordingly, the appeal brought by Grant Thornton LLP and Kent M. Ostridge and the appeal brought by Grant Thornton International Ltd. are both allowed. The judgment of the Court of Appeal is set aside and the judgment of the motions judge in the Court of Queen’s Bench is restored.¹ The appellants are entitled to their costs throughout.

Appeals allowed with costs throughout.

¹ Since I am disposing of these appeals on the basis of evidence that was properly before the motions judge, I decline to consider the Province’s proposed disposition (see R.F., at para. 145), to remit the matter back to the Court of Appeal to address the alternative grounds of appeal relating to the motions judge’s evidentiary rulings, which were raised before that court but not decided (see C.A. reasons, at paras. 80-81).

relevées dans le rapport Richter auxquels j’ai fait référence plus tôt aux par. 56-57, la province aurait pu inférer que la perte était le fruit d’une vérification qui n’avait pas satisfait aux normes applicables, lesquelles obligent les vérificateurs [TRADUCTION] « à planifier et à effectuer la vérification de manière à avoir l’assurance raisonnable que les états financiers sont exempts d’inexactitudes importantes » (d.i., p. 26).

[62] En somme, compte tenu des faits importants que j’ai signalés, et qu’elle connaissait ou aurait dû connaître, la province disposait d’amplement d’éléments d’information au 4 février 2011 pour inférer plausiblement la négligence de Grant Thornton. Cela ne veut pas dire que cette dernière a effectivement été négligente. Cette question aurait relevé du procès, si la province avait intenté son recours avant qu’il ne soit prescrit.

VII. Conclusion

[63] En conclusion, je suis convaincu que la province a découvert les faits ayant donné naissance à sa réclamation le 4 février 2011, soit plus de deux ans avant d’intenter son action le 23 juin 2014. Celle-ci est donc prescrite en application de l’al. 5(1)a de la *LP*.

[64] En conséquence, le pourvoi interjeté par Grant Thornton LLP et Kent M. Ostridge ainsi que celui interjeté par Grant Thornton International Ltd. sont tous les deux accueillis. Le jugement de la Cour d’appel est annulé et le jugement du juge de la Cour du Banc de la Reine saisi des motions est rétabli¹. Les appelants ont droit à leurs dépens devant toutes les cours.

Pourvois accueillis avec dépens devant toutes les cours.

¹ Puisque je tranche les présents pourvois sur la base des éléments de preuve dûment présentés au juge saisi des motions, je m’abstiens d’examiner l’ordonnance proposée par la province (voir m.i., par. 145), qui aurait consisté à renvoyer l’affaire à la Cour d’appel pour qu’elle examine les autres motifs d’appel relatifs aux décisions en matière de preuve du juge saisi des motions, qui ont été soulevés devant cette cour, mais qui n’y ont pas été tranchés (voir motifs de la C.A., par. 80-81).

Solicitors for the appellants Grant Thornton LLP and Kent M. Ostridge: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto; McInnes Cooper, Fredericton.

Solicitors for the appellant Grant Thornton International Ltd.: Foster & Company, Fredericton.

Solicitors for the respondent: Stewart McKelvey, Fredericton.

Solicitors for the intervener: Borden Ladner Gervais, Toronto.

Procureurs des appelants Grant Thornton LLP et Kent M. Ostridge : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto; McInnes Cooper, Fredericton.

Procureurs de l'appelante Grant Thornton International Ltd. : Foster & Company, Fredericton.

Procureurs de l'intimée : Stewart McKelvey, Fredericton.

Procureurs de l'intervenante : Borden Ladner Gervais, Toronto.

York University *Appellant*

v.

Canadian Copyright Licensing Agency
 (“Access Copyright”) *Respondent*

and

**Société québécoise de gestion collective du droit de reproduction (COPIBEC),
 Authors Alliance, Ariel Katz,
 Canadian Association of Law Libraries,
 Canadian Association of University Teachers,
 Canadian Federation of Students,
 Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic,
 Centre de droit des affaires et du commerce international,
 Chaire L. R. Wilson sur le droit des technologies de l’information et du commerce électronique,
 Copyright Collective of Canada,
 Canadian Musical Reproduction Rights Agency Ltd.,
 Canadian Retransmission Collective,
 CONNECT Music Licensing Service Inc.,
 Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec,
 Canadian Media Producers Association,
 Association québécoise de la production médiatique,
 International Authors Forum,
 International Federation of Reproduction Rights Organisations,
 International Publishers Association,
 Association of Canadian Publishers,
 Canadian Publishers’ Council,
 Writers’ Union of Canada,
 Canadian Association of Research Libraries,
 Copyright Consortium of the Council of Ministers of Education, Canada,
 Music Canada,**

Université York *Appelante*

c.

Canadian Copyright Licensing Agency
 (« Access Copyright ») *Intimée*

et

**Société québécoise de gestion collective du droit de reproduction (COPIBEC),
 Authors Alliance, Ariel Katz,
 Association canadienne des bibliothèques de droit,
 Association canadienne des professeures et professeurs d’université,
 Fédération canadienne des étudiantes et étudiants,
 Clinique d’intérêt public et de politique d’internet du Canada Samuelson-Glushko,
 Centre de droit des affaires et du commerce international,
 Chaire L. R. Wilson sur le droit des technologies de l’information et du commerce électronique,
 Société de perception de droit d’auteur du Canada,
 Agence canadienne des droits de reproduction musicaux ltée,
 Société collective de retransmission du Canada,
 CONNECT Music Licensing Service Inc.,
 Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec,
 Association canadienne des producteurs médiatiques,
 Association québécoise de la production médiatique,
 International Authors Forum,
 Fédération Internationale des Organisations de Droits de Reproduction,
 Union internationale des éditeurs,
 Association of Canadian Publishers,**

**Canadian Music Publishers Association,
Association québécoise de l'industrie du
disque, du spectacle et de la vidéo,
Professional Music Publishers Association,
Canadian Independent Music Association,
Colleges and Institutes Canada and
Universities Canada** *Interveniers*

**Canadian Publishers' Council,
Writers' Union of Canada,
Association des bibliothèques de recherche du
Canada,
Consortium du droit d'auteur du Conseil des
Ministres de l'Éducation (Canada),
Music Canada,
Éditeurs de Musique au Canada,
Association québécoise de l'industrie du
disque, du spectacle et de la vidéo,
Association des professionnels de l'édition
musicale,
Canadian Independent Music Association,
Collèges et Instituts Canada et
Universités Canada** *Intervenants*

- and -

- et -

**Canadian Copyright Licensing Agency
("Access Copyright")** *Appellant*

**Canadian Copyright Licensing Agency
 (« Access Copyright »)** *Appelante*

v.

c.

York University *Respondent*

Université York *Intimée*

and

et

**Société québécoise de gestion collective du
droit de reproduction (COPIBEC),
Authors Alliance, Ariel Katz,
Canadian Association of Law Libraries,
Canadian Association of University Teachers,
Canadian Federation of Students,
Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy
and Public Interest Clinic,
Centre de droit des affaires et du commerce
international,
Chaire L. R. Wilson sur le droit des
technologies de l'information et du commerce
électronique,
Society of Composers, Authors and Music
Publishers of Canada,
Copyright Collective of Canada,**

**Société québécoise de gestion collective du
droit de reproduction (COPIBEC),
Authors Alliance, Ariel Katz,
Association canadienne des bibliothèques
de droit,
Association canadienne des professeures et
professeurs d'université,
Fédération canadienne des étudiantes et
étudiants,
Clinique d'intérêt public et de politique
d'internet du Canada Samuelson-Glushko,
Centre de droit des affaires et du commerce
international,
Chaire L. R. Wilson sur le droit des technologies
de l'information et du commerce électronique,
Société canadienne des auteurs, compositeurs
et éditeurs de musique,**

**Canadian Musical Reproduction Rights Agency Ltd.,
Canadian Retransmission Collective,
CONNECT Music Licensing Service Inc.,
Société de gestion collective des droits
des producteurs de phonogrammes et de
vidéogrammes du Québec,
Association of Canadian Publishers,
Canadian Publishers' Council,
Writers' Union of Canada,
Canadian Association of Research Libraries,
Music Canada,
Canadian Music Publishers Association,
Association québécoise de l'industrie du
disque, du spectacle et de la vidéo,
Professional Music Publishers Association,
Canadian Independent Music Association and
Universities Canada *Intervenors***

**Société de perception de droit d'auteur du
Canada,
Agence canadienne des droits de reproduction
musicaux Itée,
Société collective de retransmission du Canada,
CONNECT Music Licensing Service Inc.,
Société de gestion collective des droits
des producteurs de phonogrammes et de
vidéogrammes du Québec,
Association of Canadian Publishers,
Canadian Publishers' Council,
Writers' Union of Canada,
Association des bibliothèques de recherche
du Canada,
Music Canada,
Éditeurs de Musique au Canada,
Association québécoise de l'industrie du
disque, du spectacle et de la vidéo,
Association des professionnels de l'édition
musicale,
Canadian Independent Music Association et
Universités Canada *Intervenants***

**INDEXED AS: YORK UNIVERSITY v. CANADIAN
COPYRIGHT LICENSING AGENCY (ACCESS
COPYRIGHT)**

2021 SCC 32

File No.: 39222.

2021: May 21; 2021: July 30.

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

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL**

Intellectual property — Copyright — Tariffs — Enforcement — Fair dealing — Declaratory relief — Collective society obtaining certification of interim tariff for post-secondary educational institutions — University refusing to pay royalties under interim tariff for its copying activities — Collective society bringing enforcement action — University bringing counterclaim seeking declaration that copying conducted within its fair dealing guidelines protected by fair dealing rights — Whether

**RÉPERTORIÉ : UNIVERSITÉ YORK c. CANADIAN
COPYRIGHT LICENSING AGENCY (ACCESS
COPYRIGHT)**

2021 CSC 32

N° du greffe : 39222.

2021 : 21 mai; 2021 : 30 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Tarifs — Exécution — Utilisation équitable — Jugement déclaratoire — Homologation d'un tarif provisoire pour les établissements d'enseignement postsecondaire accordée à une société de gestion — Refus d'une université de payer les redevances prévues au tarif provisoire pour ses activités de reproduction — Recours en exécution intenté par la société de gestion — Demande reconventionnelle présentée par l'université sollicitant un jugement déclarant

collective society can enforce royalty payments set out in tariff against user who chooses not to be bound by licence on the approved terms — Whether declaratory relief sought by university should be granted — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 29, 68.2(1).

Access Copyright (“Access”) is a collective society who licences and administers reproduction rights in published literary works on behalf of creators and publishers. From 1994 to 2010, a licence agreement permitted professors at York University (“York”) to make copies of published works in Access’s repertoire and set the applicable royalties. As licence renewal negotiations were underway, the relationship between Access and York deteriorated, resulting in Access filing a proposed tariff with the Copyright Board for post-secondary educational institutions. Unsure that it would be able to reach an agreement with York before the expiry of its licence, Access applied to the Board for certification of a tariff on an interim basis, generally matching the pre-existing licence agreement, to operate until the Board approved a final tariff. The Board granted Access’s request for an interim tariff. York initially paid the approved royalties, but eventually informed Access that it would not continue as a licensee.

Access sought enforcement of the interim tariff in the Federal Court, and York counterclaimed for a declaration that any copying conducted within its fair dealing guidelines was protected by fair dealing rights under the *Copyright Act*. The trial judge found that the interim tariff was enforceable against York and that neither its guidelines nor its actual practices constituted fair dealing. The Federal Court of Appeal allowed York’s appeal on the tariff enforcement action, holding that Board approved tariffs are voluntary for users, but dismissed its appeal on the fair dealing counterclaim. Access appeals to the Court on the tariff issue, and York appeals from the dismissal of its fair dealing counterclaim.

que les reproductions relevant de ses lignes directrices sur l’utilisation équitable sont protégées par les droits rattachés à l’utilisation équitable — Une société de gestion peut-elle percevoir les redevances fixées par un tarif auprès de l’utilisateur qui choisit de ne pas être lié par une licence aux conditions homologuées? — Le jugement déclaratoire demandé par l’université devrait-il être accordé? — Loi sur le droit d’auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 29, 68.2(1).

Access Copyright (« Access ») est une société de gestion qui octroie des licences et administre les droits de reproduction d’œuvres littéraires publiées au nom des créateurs et des éditeurs. De 1994 à 2010, un contrat de licence permettait aux professeurs de l’Université York (« Université ») d’effectuer des copies d’œuvres publiées figurant au répertoire d’Access et fixait les redevances applicables. Alors que les négociations étaient en cours en vue du renouvellement de la licence, les rapports entre Access et l’Université se sont détériorés. Access a donc déposé auprès de la Commission du droit d’auteur un projet de tarif visant les établissements d’enseignement postsecondaire. Ne sachant pas si elle serait en mesure de s’entendre avec l’Université avant l’expiration de sa licence, Access s’est adressée à la Commission pour lui demander d’homologuer un tarif provisoire, correspondant en gros au contrat de licence antérieur, pour qu’il s’applique jusqu’à ce que la Commission homologue un tarif définitif. La Commission a fait droit à la demande d’Access et homologué un tarif provisoire. L’Université a d’abord payé les redevances homologuées, mais, par la suite, elle a informé Access qu’elle avait décidé de ne plus être liée par un contrat de licence.

Access s’est adressée à la Cour fédérale pour faire exécuter le tarif provisoire, et l’Université a déposé une demande reconventionnelle en vue d’obtenir un jugement déclarant que toutes les activités de reproduction relevant de ses lignes directrices sur l’utilisation équitable étaient protégées par les droits rattachés à l’utilisation équitable au sens de la *Loi sur le droit d’auteur*. Le juge de première instance a conclu que le tarif provisoire était opposable à l’Université et que ni les lignes directrices ni les pratiques de cette dernière ne constituaient une utilisation équitable. La Cour d’appel fédérale a accueilli l’appel interjeté par l’Université relativement à l’exécution du tarif, jugeant que les utilisateurs étaient libres d’accepter ou non les tarifs homologués par la Commission, mais elle a rejeté son appel portant sur la demande reconventionnelle relative à l’utilisation équitable. Access interjette appel devant la Cour de la question du tarif et l’Université interjette appel du rejet de sa demande reconventionnelle relative à l’utilisation équitable.

Held: The appeals should be dismissed.

The tariff is not enforceable against York. Section 68.2(1) of the *Copyright Act* does not empower Access to enforce royalty payments set out in a Board approved tariff pursuant to s. 70.15 against a user who chooses not to be bound by a licence on the approved terms. Section 68.2(1) does not provide a collective infringement remedy. A collective society is required to provide licences pursuant to the terms of an approved tariff, but the licence cannot be forced on a user. A user is entitled to obtain its rights through other means and, if the user makes an unauthorized use, the appropriate remedy is an action for infringement. While Access's inability to initiate infringement actions as a non-exclusive licensee may cause it difficulties, this is the consequence of its freely chosen contractual arrangements with its members.

The text, legislative context, purpose and supporting jurisprudence confirm this interpretation. As a collective society that administers a licensing scheme in respect of reproduction rights applicable to its repertoire of published works, Access operates within the *Copyright Act's* general regime for collective administration (ss. 70.1 to 70.6). Once a tariff is approved under s. 70.15(1), the resulting legal consequences are established by ss. 70.15(2) and 70.17. Section 70.15(2) says that s. 68.2(1), which is found in the *Copyright Act's* separate regime for the collective administration of performing rights and communication rights, applies "with such modifications as the circumstances require". Section 68.2 provides that a collective society may, for the period specified in its approved tariff, collect the royalties specified in the tariff and, in default of their payment, recover them in a court of competent jurisdiction. Section 70.17 states that "no proceedings may be brought for the infringement of a right . . . against a person who has paid or offered to pay the royalties specified in an approved tariff".

The text of s. 68.2(1) is silent on who the collective society may collect royalties from and on what conditions. Where Parliament sees fit to create a mandatory duty to pay, it generally does so with clear and distinct legal authority showing that this was its intent. There is no such language creating a duty to pay approved royalties to a collective society that operates a licensing scheme anywhere in the *Copyright Act*. Concluding otherwise would

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

Le tarif n'est pas opposable à l'Université. Le paragraphe 68.2(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* n'habilite pas Access à percevoir les redevances fixées par un tarif homologué par la Commission en vertu de l'art. 70.15, auprès de l'utilisateur qui choisit de ne pas être lié par une licence aux conditions énoncées dans le tarif homologué. Le paragraphe 68.2(1) ne permet pas à une société de gestion d'exercer un recours en cas de violation. La société de gestion est tenue d'octroyer des licences conformément aux modalités d'un tarif homologué, toutefois, il n'est pas possible de contraindre un utilisateur à accepter une licence. L'utilisateur est libre d'obtenir ses droits par d'autres moyens et, s'il fait une utilisation non autorisée, le recours qui peut être exercé contre lui est une action en violation. Bien que l'incapacité d'Access à intenter une action en violation, parce qu'elle n'est pas titulaire de licences exclusives, puisse lui causer des difficultés, c'est la conséquence de l'entente contractuelle qu'elle a librement choisi de conclure avec ses membres.

Le texte, le contexte législatif, l'objet de la loi et la jurisprudence à l'appui confirment cette interprétation. En tant que société de gestion chargée d'administrer un régime d'octroi de licences portant sur les droits de reproduction applicables à son répertoire d'œuvres publiées, Access exerce ses activités dans le cadre du régime général prévu par la *Loi sur le droit d'auteur* pour la gestion collective (art. 70.1 à 70.6). Les conséquences juridiques de l'homologation d'un tarif en vertu du par. 70.15(1) sont précisées au par. 70.15(2) et à l'art. 70.17. Le paragraphe 70.15(2) précise que le par. 68.2(1), qui fait partie du régime distinct de la *Loi sur le droit d'auteur* relatif à la gestion collective du droit d'exécution et de communication, s'applique « avec les adaptations nécessaires ». L'article 68.2 prévoit que la société de gestion peut, pour la période mentionnée au tarif homologué, percevoir les redevances qui y figurent et, le cas échéant, en poursuivre le recouvrement en justice. L'article 70.17 énonce qu'« il ne peut être intenté aucun recours pour violation d'un droit [. . .] contre quiconque a payé ou offert de payer les redevances figurant au tarif homologué ».

Le libellé du par. 68.2(1) ne précise pas auprès de qui la société de gestion peut percevoir les redevances et à quelles conditions. Lorsque le législateur juge bon de créer une obligation impérative de payer, il le fait généralement en conférant un pouvoir clair et distinct démontrant que c'était là son intention. Il n'y a nulle part dans la *Loi sur le droit d'auteur* de dispositions semblables imposant l'obligation de payer des redevances homologuées à une

read words into the provision that are not found anywhere in the text of the *Copyright Act*.

With respect to the legislative context, the combined effect of ss. 68.2(1) and 70.17 creates a dichotomy between users who choose to be licensed pursuant to the terms of a Board approved tariff, and those who choose not to acquire a licence. Copyright infringement constitutes an unauthorized exercise of the owner's exclusive right and a licence constitutes an authorization to make a particular use that would otherwise be infringing. It is therefore elementary that a person cannot simultaneously be an infringer and a licensee. A person who has paid or offered to pay the royalties under s. 70.17 has become a licensee and may accordingly be liable for defaulted payments under s. 68.2(1). But a person who has not paid or offered to pay is not licensed and may only be liable for infringement. Section 68.2(1) thus ensures that a collective society has a remedy for defaulted payments from voluntary licensees and that actions for recovery can be brought in Federal Court.

The object of the statutory scheme governing collective administration is the protection of users, and this purpose has persisted through various amendments to the *Copyright Act*. The first regime regulating any form of collective society in Canada was created in response to the emergence of early performing rights societies who had acquired control of the vast majority of "popular musical" compositions. Regulating collective societies was deemed necessary by Parliament and was done by vesting the Board with price-setting powers to protect users from the potentially unfair exertion of the new societies' market power. Though an approved statement of royalties put a cap on what the societies could charge for a licence, it did not bind an unwilling user to the terms of a licence. Empowering a society to foist a licence on an unwilling user would be discordant with the protective purpose of the regime. Users are therefore entitled to choose whether or not to accept a licence on Board-approved terms.

It would be inappropriate to entertain York's request for declaratory relief in these proceedings. In light of

société de gestion qui gère un régime de licences. Conclure autrement interposerait dans cette disposition des mots qui ne se trouvent pas dans la *Loi sur le droit d'auteur*.

En ce qui concerne le contexte législatif, l'effet combiné du par. 68.2(1) et de l'art. 70.17 crée une dichotomie entre les utilisateurs qui choisissent d'obtenir une licence conformément aux modalités d'un tarif homologué par la Commission et ceux qui choisissent de ne pas obtenir de licence. La violation du droit d'auteur constitue un exercice non autorisé du droit exclusif du titulaire, et une licence constitue une autorisation de se livrer à une utilisation en particulier qui, sans la licence, constituerait une violation. Il est donc élémentaire qu'une personne ne peut pas être à la fois l'auteur d'une violation et titulaire d'une licence. La personne qui a payé ou qui a offert de payer les redevances conformément à l'art. 70.17 est devenue titulaire d'une licence et peut donc être tenue responsable des paiements en souffrance en application du par. 68.2(1). Cependant, la personne qui n'a pas payé ou offert de payer les redevances n'est pas titulaire d'une licence et ne peut être poursuivie que pour violation du droit d'auteur. Le paragraphe 68.2(1) garantit qu'une société de gestion dispose d'un recours en cas de défaut de paiement de la part des titulaires de licences volontaires et que des mesures de recouvrement peuvent être prises en s'adressant à la Cour fédérale.

L'objectif du régime législatif qui s'applique à la gestion collective est de protéger les utilisateurs, et cet objectif a été maintenu à la suite des diverses modifications de la *Loi sur le droit d'auteur*. Le premier régime ayant encadré une certaine forme de société de gestion au Canada a été créé en réponse à l'émergence des premières sociétés de droits d'exécution, qui s'étaient emparées du contrôle de la grande majorité des compositions « musicales populaires ». Le législateur a jugé nécessaire de réglementer les sociétés de gestion, ce qu'il a fait en investissant la Commission de pouvoirs en matière de fixation des prix pour protéger les utilisateurs contre l'emprise sur le marché potentiellement abusive des nouvelles sociétés. Même si l'homologation d'un état des redevances avait pour effet de fixer le montant maximal que les sociétés pouvaient exiger pour une licence, elle ne liait pas l'utilisateur qui n'avait pas consenti à être lié par les modalités de la licence. Il serait contraire à l'objectif de protection du régime d'habiliter une société à imposer une licence à un utilisateur non consentant. Les utilisateurs ont donc le droit de choisir d'être liés ou non par une licence aux conditions énoncées dans le tarif homologué par la Commission.

Il serait inapproprié de connaître de la demande de jugement déclaratoire présentée par l'Université dans la

the conclusion that the interim tariff is not mandatory and is therefore unenforceable against York, there is no live dispute between the parties. This is not an action for infringement, since Access has no standing to bring such an action. Furthermore, the copyright owners who do have standing are not parties to these proceedings and have not had the opportunity to advance arguments about the impact of York's activities on their copyrighted works. Assessing fair dealing guidelines in the absence of a genuine dispute between proper parties would anchor the analysis in aggregate findings and general assumptions without a connection to specific instances of works being copied.

However, the reasoning of the Federal Court and Federal Court of Appeal on the fair dealing issue is not endorsed. It is well-established that the party invoking fair dealing must prove first that the dealing was for an allowable purpose and, second, that it was fair. Six non-exhaustive factors provide a framework for assessing fairness, which is ultimately a question of fact: the purpose of the dealing; the character of the dealing; the amount of the dealing; alternatives to the dealing; the nature of the work; and the effect of the dealing on the work. At the second step, the Federal Court and Federal Court of Appeal approached the analysis from an institutional perspective only, leaving out the perspective of the students who use the materials. This error tainted the analysis of several fairness factors. The purpose of copying conducted by university teachers for student use is for the student's education. Funds saved by proper exercise of the fair dealing right go to this core objective, and not to some ulterior commercial purpose. Ultimately, the question in a case involving a university's fair dealing practices is whether those practices actualize the students' right to receive course material for educational purposes in a fair manner, consistent with the underlying balance between users' rights and creators' rights in the *Copyright Act*. In the present case, by focusing on the institutional nature of the copying, the nature of fair dealing as a user's right was overlooked and the fairness assessment was over before it began.

présente instance. Vu la conclusion selon laquelle le tarif provisoire n'est pas contraignant et n'est donc pas opposable à l'Université, il n'y a plus de question en litige entre les parties. Il ne s'agit pas en l'espèce d'une action en violation du droit d'auteur, étant donné qu'Access n'a pas qualité pour intenter une telle action. De plus, les titulaires de droits d'auteur qui ont qualité pour intenter une action ne sont pas parties à la présente instance et n'ont donc pas eu l'occasion de faire valoir leurs observations quant à l'incidence des activités de l'Université sur leurs œuvres protégées par le droit d'auteur. L'analyse de lignes directrices sur l'utilisation équitable en l'absence d'un véritable différend entre les intéressés la ferait reposer sur des conclusions approximatives et des hypothèses générales qu'on ne peut rattacher à des cas précis de reproduction d'œuvres.

Toutefois, le raisonnement de la Cour fédérale et de la Cour d'appel fédérale sur la question de l'utilisation équitable n'est pas retenu. Il est bien établi que la partie qui invoque l'utilisation équitable doit d'abord prouver que l'utilisation était destinée à une fin permise et, ensuite, qu'elle était équitable. Le cadre d'analyse de l'équité — qui est en fin de compte une question de fait — comporte six facteurs non exhaustifs : le but de l'utilisation, la nature de l'utilisation, l'ampleur de l'utilisation, l'existence de solutions de rechange à l'utilisation, la nature de l'œuvre et l'effet de l'utilisation sur l'œuvre. À la deuxième étape, la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont abordé l'analyse uniquement du point de vue de l'établissement d'enseignement, laissant de côté le point de vue des étudiants qui utilisent ces documents. Cette erreur a entaché leur analyse de plusieurs des facteurs relatifs à l'équité. Les photocopies réalisées par les enseignants universitaires à l'usage des étudiants ont pour but l'éducation de ces derniers. L'argent épargné grâce à l'exercice légitime du droit à l'utilisation équitable concerne précisément cet objectif premier de l'université, et non un objectif commercial inavoué. En fin de compte, la question qui se pose dans une affaire portant sur les pratiques d'utilisation équitable d'une université est celle de savoir si ces pratiques contribuent à la matérialisation du droit des étudiants de recevoir du matériel de cours à des fins d'éducation d'une manière équitable, conformément à l'équilibre sous-jacent entre les droits des utilisateurs et les droits que la *Loi sur le droit d'auteur* confère aux créateurs. En l'espèce, en concentrant l'analyse sur le caractère institutionnel de la reproduction, le fait que l'utilisation équitable constitue un droit de l'utilisateur a été négligé, de sorte que l'examen de l'équité était terminé avant même d'être commencé.

Cases Cited

Applied: *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99; **considered:** *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, 2012 SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326; *Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 SCC 37, [2012] 2 S.C.R. 345; **referred to:** *Reprographic Reproduction 2011-2013, Interim Statement of Royalties to be Collected by Access Copyright (Post-Secondary Educational Institutions) (Re)* (2011), 92 C.P.R. (4th) 434; *Statements of Royalties to be Collected by Access Copyright for the Reprographic Reproduction, in Canada, of Works in its Repertoire*, CB-CDA 2019-082 (online: <https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/decisions/en/453965/1/document.do>); *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129; *Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd. v. Sandholm Holdings Ltd.*, [1955] Ex. C.R. 244; *Vigneux v. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1943] S.C.R. 348; *Vigneux v. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1945] A.C. 108; *Maple Leaf Broadcasting Co. v. Composers, Authors and Publishers Assn. of Canada Ltd.*, [1954] S.C.R. 624; *Performing Rights Organization of Canada Ltd. v. Lion D'Or (1981) Ltée* (1987), 16 F.T.R. 104; *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231; *Euro-Excellence Inc. v. Kraft Canada Inc.*, 2007 SCC 37, [2007] 3 S.C.R. 20; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *Newfoundland and Labrador (Attorney General) v. Uashaunnuat (Innu of Uashat and of Mani-Utenam)*, 2020 SCC 4, [2020] 1 S.C.R. 15; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336.

Statutes and Regulations Cited

An Act to amend the Copyright Act, S.C. 1997, c. 24.
An Act to amend The Copyright Amendment Act, 1931, S.C. 1935, c. 18.
An Act to amend The Copyright Amendment Act, 1931, S.C. 1936, c. 28.
An Act to amend the Copyright Act and to amend other Acts in consequence thereof, R.S.C. 1985, c. 10 (4th Supp.) [formerly S.C. 1988, c. 15].
Budget Implementation Act, 2018, No. 2, S.C. 2018, c. 27.
Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99; **arrêts examinés :** *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326; *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37, [2012] 2 R.C.S. 345; **arrêts mentionnés :** *Reproduction par reprographie, 2011-2013, Tarif provisoire des redevances à percevoir par Access Copyright (Établissements d'enseignement postsecondaires)*, décision de la Commission, 16 mars 2011 (en ligne : <https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/decisions/fr/366712/1/document.do>); *Tarifs des redevances à percevoir par Access Copyright pour la reproduction par reprographie, au Canada, d'œuvres de son répertoire*, CB-CDA 2019-082 (en ligne : <https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/decisions/fr/453965/1/document.do>); *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129; *Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd. c. Sandholm Holdings Ltd.*, [1955] R.C. de l'É. 244; *Vigneux c. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1943] R.C.S. 348; *Vigneux c. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1945] A.C. 108; *Maple Leaf Broadcasting Co. c. Composers, Authors and Publishers Assn. of Canada Ltd.*, [1954] R.C.S. 624; *Société de droits d'exécution du Canada Ltée c. Lion D'Or (1981) Ltée*, n° T-1615-86, 10 septembre 1987; *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231; *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*, 2007 CSC 37, [2007] 3 R.C.S. 20; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Terre-Neuve-et-Labrador (Procureur général) c. Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)*, 2020 CSC 4, [2020] 1 R.C.S. 15; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336.

Lois et règlements cités

Copyright Act, 1911 (R.-U.), 1 & 2 Geo. 5, c. 46.
Loi de 1921 concernant le droit d'auteur, S.C. 1921, c. 24.
Loi du droit d'auteur, S.R.C. 1927, c. 32, art. 10B(8) [aj. 1936, c. 28, art. 2], (9) [idem].
Loi modifiant la Loi modificative du droit d'auteur, 1931, S.C. 1936, c. 28.
Loi modifiant la Loi modificatrice du droit d'auteur, 1931, S.C. 1935, c. 18.
Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur, L.C. 1997, c. 24.

Copyright Act, R.S.C. 1927, c. 32, s. 10B(8) [ad. 1936, c. 28, s. 2], (9) [idem].
Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2 “collective society” (a), 19, 27, 29, 29.1, 29.2, 30.02, 30.3, 38.1 [ad. 1997, c. 24, s. 20], 38.2, 41.23, 68.2(1), 70.1 to 70.6, 81, 82(1).
Copyright Act, 1911 (U.K.), 1 & 2 Geo. 5, c. 46.
Copyright Act, 1921, S.C. 1921, c. 24.
Copyright Amendment Act, 1931, S.C. 1931, c. 8.
Copyright Modernization Act, S.C. 2012, c. 20.
York University Act, 1959, S.O. 1959, c. 145.
York University Act, 1965, S.O. 1965, c. 143, s. 4.

Authors Cited

Canada. *Report of the Royal Commission Appointed to Investigate the Activities of the Canadian Performing Rights Society, Limited, and Similar Societies*, by James Parker. Ottawa, 1935.
 Canada. Consumer and Corporate Affairs. *From Gutenberg to Telidon: A White Paper on Copyright: Proposals for the Revision of the Canadian Copyright Act*, by Judy Erola and Francis Fox. Ottawa, 1984.
 Canada. Department of Canadian Heritage. *Collective Management of Copyright and Neighbouring Rights in Canada: An International Perspective*, by Daniel J. Gervais. Ottawa, 2001.
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. VI, 2nd Sess., 33rd Parl., June 15, 1987, p. 7109.
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. VI, 2nd Sess., 33rd Parl., June 26, 1987, p. 7667.
 Canada. House of Commons. Sub-committee of the Standing Committee on Communications and Culture on the Revision of Copyright. *A Charter of Rights for Creators*. Ottawa, 1985.
 Craig, Carys. “Locking Out Lawful Users: Fair Dealing and Anti-Circumvention in Bill C-32”, in Michael Geist, ed., *From “Radical Extremism” to “Balanced Copyright” : Canadian Copyright and the Digital Agenda*. Toronto: Irwin Law, 2010, 177.
 Craig, Carys J. “Locke, Labour and Limiting the Author’s Right: A Warning against a Lockean Approach to Copyright Law” (2002), 28 *Queen’s L.J.* 1.
 Geist, Michael. “Fairness Found: How Canada Quietly Shifted from Fair Dealing to Fair Use”, in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentology: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*. Ottawa: University of Ottawa Press, 2013, 157.

Loi modifiant la Loi sur le droit d’auteur et apportant des modifications connexes et corrélatives, L.R.C. 1985, c. 10 (4^e suppl.) [anciennement L.C. 1988, c. 15].
Loi modificative du droit d’auteur, 1931, S.C. 1931, c. 8.
Loi n° 2 d’exécution du budget de 2018, L.C. 2018, c. 27.
Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, c. C-34.
Loi sur la modernisation du droit d’auteur, L.C. 2012, c. 20.
Loi sur le droit d’auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 2 « société de gestion » a), 19, 27, 29, 29.1, 29.2, 30.02, 30.3, 38.1 [aj. 1997, c. 24, art. 20], 38.2, 41.23, 68.2(1), 70.1 à 70.6, 81, 82(1).
York University Act, 1959, S.O. 1959, c. 145.
York University Act, 1965, S.O. 1965, c. 143, art. 4.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 2^e sess., 33^e lég., 15 juin 1987, p. 7109.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 2^e sess., 33^e lég., 26 juin 1987, p. 7667.
 Canada. Chambre des communes. Sous-comité du Comité permanent des communications et de la culture sur la révision du droit d’auteur. *Une charte des droits des créateurs et créatrices*, Ottawa, 1985.
 Canada. *Rapport de la Commission Royale chargée d’examiner les affaires de la Canadian Performing Right Society, Limited et autres sociétés du même genre*, par James Parker, Ottawa, 1935.
 Canada. Consommation et Corporations. *De Gutenberg à Télidon : Livre blanc sur le droit d’auteur : propositions en vue de la révision de la loi canadienne sur le droit d’auteur*, par Judy Erola et Francis Fox, Ottawa, 1984.
 Canada. Ministère du Patrimoine canadien. *Gestion collective du droit d’auteur et des droits voisins au Canada : Perspective internationale*, par Daniel J. Gervais, Ottawa, 2001.
 Craig, Carys. « Locking Out Lawful Users : Fair Dealing and Anti-Circumvention in Bill C-32 », in Michael Geist, ed., *From « Radical Extremism » to « Balanced Copyright » : Canadian Copyright and the Digital Agenda*, Toronto, Irwin Law, 2010, 177.
 Craig, Carys J. « Locke, Labour and Limiting the Author’s Right : A Warning against a Lockean Approach to Copyright Law » (2002), 28 *Queen’s L.J.* 1.
 Geist, Michael. « Fairness Found : How Canada Quietly Shifted from Fair Dealing to Fair Use », in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentology : How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian*

- Gervais, Daniel J. “Collective Management of Copyright and Neighbouring Rights in Canada: An International Perspective” (2002), 1 *C.J.L.T.* 21.
- Judge, Elizabeth F., and Daniel J. Gervais. *Intellectual Property: The Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2011.
- Katz, Ariel. “Spectre: Canadian Copyright and the Mandatory Tariff — Part I” (2015), 27 *I.P.J.* 151.
- Katz, Ariel. “Spectre: Canadian Copyright and the Mandatory Tariff — Part II” (2015), 28 *I.P.J.* 39.
- Knopf, Howard P. “Copyright Collectivity in the Canadian Academic Community: An Alternative to the Status Quo?” (1999), 14 *I.P.J.* 109.
- Macklem, Lisa, and Samuel Trosow. “Fair Dealing, Online Teaching and Technological Neutrality: Lessons From the COVID-19 Crisis” (2020), 32 *I.P.J.* 215.
- Tawfik, Myra. “History in the Balance: Copyright and Access to Knowledge”, in Michael Geist, ed., *From “Radical Extremism” to “Balanced Copyright”: Canadian Copyright and the Digital Agenda*. Toronto: Irwin Law, 2010, 69.
- Tawfik, Myra J. “The Supreme Court of Canada and the ‘Fair Dealing Trilogy’: Elaborating a Doctrine of User Rights under Canadian Copyright Law” (2013), 51 *Alta. L. Rev.* 191.
- Trosow, Samuel E. “Bill C-32 and the Educational Sector: Overcoming Impediments to Fair Dealing”, in Michael Geist, ed., *From “Radical Extremism” to “Balanced Copyright”: Canadian Copyright and the Digital Agenda*. Toronto: Irwin Law, 2010, 541.
- Gervais, Daniel J. *Copyright Law*, Ottawa, University of Ottawa Press, 2013, 157.
- Gervais, Daniel J. « Collective Management of Copyright and Neighbouring Rights in Canada : An International Perspective » (2002), 1 *C.J.L.T.* 21.
- Judge, Elizabeth F., and Daniel J. Gervais. *Intellectual Property : The Law in Canada*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 2011.
- Katz, Ariel. « Spectre : Canadian Copyright and the Mandatory Tariff — Part I » (2015), 27 *I.P.J.* 151.
- Katz, Ariel. « Spectre : Canadian Copyright and the Mandatory Tariff — Part II » (2015), 28 *I.P.J.* 39.
- Knopf, Howard P. « La gestion collective des droits d’auteur dans la communauté universitaire canadienne : une alternative au statu quo? » (1999), 12 *C.P.I.* 95.
- Macklem, Lisa, and Samuel Trosow. « Fair Dealing, Online Teaching and Technological Neutrality : Lessons From the COVID-19 Crisis » (2020), 32 *I.P.J.* 215.
- Tawfik, Myra. « History in the Balance : Copyright and Access to Knowledge », in Michael Geist, ed., *From « Radical Extremism » to « Balanced Copyright » : Canadian Copyright and the Digital Agenda*, Toronto, Irwin Law, 2010, 69.
- Tawfik, Myra J. « The Supreme Court of Canada and the “Fair Dealing Trilogy” : Elaborating a Doctrine of User Rights under Canadian Copyright Law » (2013), 51 *Alta. L. Rev.* 191.
- Trosow, Samuel E. « Bill C-32 and the Educational Sector : Overcoming Impediments to Fair Dealing », in Michael Geist, ed., *From « Radical Extremism » to « Balanced Copyright » : Canadian Copyright and the Digital Agenda*, Toronto, Irwin Law, 2010, 541.

APPEALS from a judgment of the Federal Court of Appeal (Pelletier, de Montigny and Woods JJ.A.), 2020 FCA 77, 174 C.P.R. (4th) 1, 448 D.L.R. (4th) 456, [2020] F.C.J. No. 509 (QL), 2020 CarswellNat 1294 (WL Can.), setting aside in part a decision of Phelan J., 2017 FC 669, [2018] 2 F.C.R. 43, 149 C.P.R. (4th) 375, [2017] F.C.J. No. 701 (QL), 2017 CarswellNat 3226 (WL Can.). Appeals dismissed.

Guy Pratte and John C. Cotter, for the appellant/respondent York University.

Sheila R. Block and Asma Faizi, for the respondent/appellant the Canadian Copyright Licensing Agency (“Access Copyright”).

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Pelletier, de Montigny et Woods), 2020 CAF 77, 174 C.P.R. (4th) 1, 448 D.L.R. (4th) 456, [2020] A.C.F. n° 509 (QL), 2020 CarswellNat 4546 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision du juge Phelan, 2017 CF 669, [2018] 2 R.C.F. 43, 149 C.P.R. (4th) 375, [2017] A.C.F. n° 701 (QL), 2017 CarswellNat 3757 (WL Can.). Pourvois rejetés.

Guy Pratte et John C. Cotter, pour l’appelante/intimée l’Université York.

Sheila R. Block et Asma Faizi, pour l’intimée/appelante Canadian Copyright Licensing Agency (« Access Copyright »).

Daniel Payette, for the intervener Société québécoise de gestion collective du droit de reproduction (COPIBEC).

Sana Halwani, for the interveners the Authors Alliance and Ariel Katz.

Kim P. Nayer, for the intervener the Canadian Association of Law Libraries.

Jeremy de Beer, for the interveners the Canadian Association of University Teachers and the Canadian Federation of Students.

David Fewer, for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

Ysolde Gendreau, for the interveners Centre de droit des affaires et du commerce international et Chaire L. R. Wilson sur le droit des technologies de l'information et du commerce électronique.

Matthew Estabrooks, for the intervener the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada.

John E. Callaghan, for the intervener the Copyright Collective of Canada.

Erin Finlay, for the interveners the Canadian Musical Reproduction Rights Agency Ltd., the Canadian Retransmission Collective, CONNECT Music Licensing Service Inc. and Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec.

Erin Finlay, for the interveners the Canadian Media Producers Association and Association québécoise de la production médiatique.

Stéphane Caron, for the interveners the International Authors Forum, the International Federation of Reproduction Rights Organisations and the International Publishers Association.

Daniel Payette, pour l'intervenante la Société québécoise de gestion collective du droit de reproduction (COPIBEC).

Sana Halwani, pour les intervenantes Authors Alliance et Ariel Katz.

Kim P. Nayer, pour l'intervenante l'Association canadienne des bibliothèques de droit.

Jeremy de Beer, pour les intervenantes l'Association canadienne des professeurs et professeurs d'université et la Fédération canadienne des étudiantes et étudiants.

David Fewer, pour l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko.

Ysolde Gendreau, pour les intervenants le Centre de droit des affaires et du commerce international et la Chaire L. R. Wilson sur le droit des technologies de l'information et du commerce électronique.

Matthew Estabrooks, pour l'intervenante la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique.

John E. Callaghan, pour l'intervenante la Société de perception de droit d'auteur du Canada.

Erin Finlay, pour les intervenants l'Agence canadienne des droits de reproduction musicaux ltée, la Société collective de retransmission du Canada, CONNECT Music Licensing Service Inc. et la Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec.

Erin Finlay, pour les intervenantes l'Association canadienne des producteurs médiatiques et l'Association québécoise de la production médiatique.

Stéphane Caron, pour les intervenants International Authors Forum, la Fédération Internationale des Organisations de Droits de Reproduction et l'Union internationale des éditeurs.

Brendan van Niejenhuis, for the interveners the Association of Canadian Publishers, the Canadian Publishers' Council and the Writers' Union of Canada.

Howard P. Knopf, for the intervener the Canadian Association of Research Libraries.

Wanda Noel, for the intervener the Copyright Consortium of the Council of Ministers of Education, Canada.

Casey M. Chisick, for the interveners Music Canada, the Canadian Music Publishers Association, Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo, the Professional Music Publishers Association and the Canadian Independent Music Association.

J. Aidan O'Neill, for the intervener Colleges and Institutes Canada.

David Kent, for the intervener Universities Canada.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J. — These appeals raise issues of fundamental importance to the rights and liabilities of Canadian universities and their students under the *Copyright Act*.¹

Background

[2] Access Copyright is a collective society under the *Copyright Act*. It licences and administers reproduction rights in published literary works throughout Canada, with the exception of Quebec, on behalf of creators and publishers who own the copyright in those works. Access Copyright is not an assignee

¹ Unless otherwise stated, the provisions referenced throughout these reasons are to the version of the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42, in force at the time of trial and judgment, prior to the coming into force of the *Budget Implementation Act, 2018, No. 2*, S.C. 2018, c. 27, which amended certain parts of the collective administration regime.

Brendan van Niejenhuis, pour les intervenants Association of Canadian Publishers, Canadian Publishers' Council et Writers' Union of Canada.

Howard P. Knopf, pour l'intervenante l'Association des bibliothèques de recherche du Canada.

Wanda Noel, pour l'intervenant le Consortium du droit d'auteur du Conseil des Ministres de l'Éducation (Canada).

Casey M. Chisick, pour les intervenants Music Canada, les Éditeurs de Musique au Canada, l'Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo, l'Association des professionnels de l'édition musicale et Canadian Independent Music Association.

J. Aidan O'Neill, pour l'intervenant Collèges et Instituts Canada.

David Kent, pour l'intervenante Universités Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Les présents pourvois soulèvent des questions d'une importance capitale quant aux droits et aux obligations des universités canadiennes et de leurs étudiants sous le régime de la *Loi sur le droit d'auteur*.¹

Contexte

[2] Access Copyright est une société de gestion au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*. Elle octroie des licences et administre partout au Canada, sauf au Québec, les droits de reproduction d'œuvres littéraires publiées, et ce, au nom des créateurs et des éditeurs qui sont titulaires du droit d'auteur sur les

¹ À moins d'indication contraire, les dispositions citées dans les présents motifs sont tirées de la version de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42, en vigueur au moment du procès et du jugement, avant l'entrée en vigueur de la *Loi n° 2 d'exécution du budget de 2018*, L.C. 2018, c. 27, qui a modifié certaines parties du régime de gestion collective.

or an exclusive licensee of the copyright held by its members, which means that Access Copyright does not have the right to sue for infringement of its members' copyright and that Access Copyright's members are free to licence their rights to users directly or through intermediaries other than Access Copyright.

[3] York University is the third largest university in Canada. It consists of 11 faculties providing undergraduate, graduate, and professional programs and courses taught primarily at 2 campuses in Toronto. At the time of the trial, York had over 3,000 full and part-time faculty and over 45,000 full-time equivalent students. York was established by the government of Ontario through the *York University Act, 1959*, S.O. 1959, c. 145, and continued under the *York University Act, 1965*, S.O. 1965, c. 143. Its statutory objectives are “the advancement of learning and the dissemination of knowledge” and “the intellectual, spiritual, social, moral and physical development of its members and the betterment of society” (s. 4 of the *York University Act, 1965*).

[4] Those who teach at York University select and make available copies of published works, including works falling within Access Copyright's repertoire, to students enrolled in courses for educational purposes. Learning materials are distributed through two main methods: course packs and the learning management system. A course pack is a compilation of printed materials, printed internally at York or through external printshops. The learning management system is an online platform through which instructors can make course materials available to their students electronically.

[5] From 1994 to 2010, Access Copyright and York maintained a steady legal relationship pursuant to the terms of a licence agreement which permitted

œuvres en question. Access Copyright n'est ni cessionnaire ni titulaire d'une licence exclusive relativement au droit d'auteur détenu par ses membres, de sorte qu'elle n'a pas le droit d'ester en justice pour violation du droit d'auteur de ces derniers et que ceux-ci sont libres de concéder leurs droits à des utilisateurs directement ou par l'intermédiaire d'autres entités qu'Access Copyright.

[3] L'Université York (« Université ») est la troisième université en importance au Canada. Ses 11 facultés offrent des programmes d'enseignement de premier, de deuxième et de troisième cycles, ainsi que des programmes de formation professionnelle, essentiellement sur ses 2 campus de Toronto. Au moment du procès, elle comptait plus de 3 000 professeurs à temps plein et à temps partiel et plus de 45 000 étudiants équivalents temps plein. L'Université a été constituée par le gouvernement de l'Ontario par l'adoption de la *York University Act, 1959*, L.O. 1959, c. 145, et a poursuivi ses activités sous le régime de la *York University Act, 1965*, L.O. 1965, c. 143. Selon sa loi constitutive, l'Université a pour mission [TRADUCTION] « le développement de l'enseignement et la diffusion du savoir » ainsi que « l'épanouissement intellectuel, spirituel, social, moral et physique de ses membres et l'amélioration de la société » (art. 4 de la *York University Act, 1965*).

[4] Les professeurs qui enseignent à l'Université choisissent et mettent à la disposition des étudiants inscrits à leurs cours des copies d'œuvres publiées, y compris d'œuvres faisant partie du répertoire d'Access Copyright, et ce, à des fins pédagogiques. Le matériel didactique est distribué notamment de deux façons : par la distribution de recueils de cours et au moyen d'un système de gestion de l'apprentissage. Un recueil de cours est une compilation de documents qui sont imprimés à l'interne à l'Université ou par des ateliers d'impression externes. Le système de gestion de l'apprentissage est une plateforme en ligne dont les professeurs se servent pour mettre les documents du cours à la disposition de leurs étudiants par voie électronique.

[5] De 1994 à 2010, Access Copyright et l'Université ont entretenu des rapports juridiques stables aux termes d'un contrat de licence qui permettait aux

professors at York to make copies of published works in Access Copyright's repertoire and set the applicable royalties. By 2010, the royalties payable to Access Copyright under the licence consisted of an annual blanket fee of \$3.38 per full-time equivalent student in addition to \$0.10 per page copied into a course pack for sale or distribution to students. Access Copyright would collect these royalties and distribute payments to its members, and conduct any usage monitoring incidental to the licence. The agreement between Access Copyright and York reflected a "model licence" negotiated by the Association of Universities and Colleges of Canada, and all members of the AUCC were likewise licensed by Access Copyright.

[6] The relationship between Access Copyright and York deteriorated as licence renewal negotiations were underway in 2010, with the acrimony eventually culminating in the appeals before this Court. Access Copyright says that York started freely using materials it was obliged to pay for and that it failed to negotiate in good faith. York responded that the precipitating factors were based on legitimate decisions to obtain usage rights from sources other than Access Copyright and to make more complete use of its legal entitlement to fair dealing.

[7] Unsure that it would be able to reach an agreement with York before the expiry of its licence in January 2011, Access Copyright filed a proposed tariff with the Copyright Board of Canada in March 2010 for post-secondary educational institutions covering the years 2011-2013. The proposed tariff contemplated an increase in the annual blanket fee to \$45 per full-time equivalent student for use of the works within Access Copyright's repertoire, without a per page rate. This would have amounted to a flat annual fee of over two million dollars payable by York.

professeurs de l'Université d'effectuer des copies d'œuvres publiées figurant au répertoire d'Access Copyright et qui fixait les redevances applicables. En 2010, les redevances à payer à Access Copyright en application de ce contrat de licence consistaient en un taux fixe annuel de 3,38 \$ par étudiant équivalent temps plein et de 0,10 \$ par page copiée dans un recueil de cours destiné à être vendu ou distribué aux étudiants. Access Copyright percevait ces redevances, les distribuait à ses membres, et elle effectuait tout contrôle d'utilisation lié à la licence. Le contrat conclu entre Access Copyright et l'Université s'inspirait du « contrat de licence type » qui avait été négocié par l'Association des universités et collèges du Canada, dont tous les membres étaient également titulaires de licences délivrées par Access Copyright.

[6] Les rapports entre Access Copyright et l'Université se sont détériorés en 2010, alors que les négociations étaient en cours en vue du renouvellement de la licence. L'acrimonie qui a marqué ces négociations a finalement abouti aux pourvois dont notre Cour est saisie. Access Copyright affirme que l'Université a commencé à utiliser, sans lui verser de contrepartie, des documents pour lesquels elle était tenue de lui payer des redevances et qu'elle n'a pas négocié de bonne foi. L'Université a répondu que les facteurs qui avaient précipité cette nouvelle orientation étaient fondés sur des décisions légitimes de se procurer des droits d'utilisation de sources autres qu'Access Copyright et de tirer davantage profit de son droit d'invoquer l'exception relative à l'utilisation équitable.

[7] Ne sachant pas si elle serait en mesure de s'entendre avec l'Université avant l'expiration de sa licence en janvier 2011, Access Copyright a déposé en mars 2010 auprès de la Commission du droit d'auteur du Canada un projet de tarif visant les établissements d'enseignement postsecondaire pour les années 2011 à 2013. Le projet de tarif proposait de porter la redevance annuelle fixe à 45 \$ par étudiant équivalent temps plein pour l'utilisation des œuvres figurant au répertoire d'Access Copyright, et ne prévoyait pas de taux à la page, ce qui aurait obligé l'Université à payer l'équivalent d'une redevance annuelle fixe de plus de deux millions de dollars.

[8] Access Copyright's view was that Board approval of a tariff would create a mandatory legal relationship between Access Copyright and York (and other universities), effectively supplanting the voluntary licensing agreement that had set out the parties' rights and liabilities for the preceding 16 years. In Access Copyright's view, the full amount of the approved royalties would be payable by York as soon as York made a single infringing use of a work within Access Copyright's repertoire, regardless of whether or not York agreed to be bound by a licence on the approved terms.

[9] Access Copyright's proposed tariff was published in the *Canada Gazette*. Just over 100 individuals and institutions filed objections.

[10] In light of the rapidly approaching licence expiry date, Access Copyright applied to the Copyright Board in October 2010 asking it to certify a tariff on an interim basis, generally matching the pre-existing licence agreement, to operate from January 1, 2011 until the Board approved a final tariff. On December 23, 2010, the Board granted Access Copyright's request for an interim tariff, based on the previous licence agreement royalty rate of \$0.10 per page for course packs and \$3.38 per full-time equivalent student (*Reprographic Reproduction 2011-2013, Interim Statement of Royalties to be Collected by Access Copyright (Post-Secondary Educational Institutions) (Re)* (2011), 92 C.P.R. (4th) 434).

[11] After the interim tariff took effect on January 1, 2011, York initially paid the approved royalties. But in July 2011, prior to the start of the academic year, York informed Access Copyright that it would not continue as a licensee. York claimed that its copying activities involving Access Copyright's repertoire constituted fair dealing and, in any event, the interim tariff was not enforceable against it.

[8] Access Copyright était d'avis que l'homologation d'un tarif par la Commission créerait des rapports juridiques contraignants entre elle et l'Université (et d'autres universités), ce qui aurait pour effet de supplanter le contrat de licence volontaire qui avait défini les droits et les obligations des parties au cours des 16 années précédentes. Selon Access Copyright, les redevances homologuées seraient payables intégralement par l'Université, dès qu'elle ferait une seule utilisation d'une œuvre du répertoire d'Access Copyright qui emporterait violation du droit d'auteur, et ce, que l'Université accepte ou non d'être liée par une licence aux conditions énoncées dans le tarif homologué.

[9] Le projet de tarif d'Access Copyright a été publié dans la *Gazette du Canada*. Un peu plus d'une centaine de particuliers et d'institutions s'y sont opposés.

[10] Compte tenu de l'expiration imminente du contrat de licence, Access Copyright s'est adressée à la Commission du droit d'auteur, en octobre 2010, pour lui demander d'homologuer un tarif provisoire correspondant en gros au contrat de licence antérieur, et ce, pour la période du 1^{er} janvier 2011 jusqu'à la date à laquelle la Commission homologuerait un tarif définitif. Le 23 décembre 2010, la Commission a fait droit à la demande d'Access Copyright et a homologué un tarif provisoire qui prévoyait des redevances correspondant à celles prévues par le contrat de licence antérieur, soit 0,10 \$ la page pour les recueils de cours et 3,38 \$ par étudiant équivalent temps plein (*Reproduction par reprographie, 2011-2013, Tarif provisoire des redevances à percevoir par Access Copyright (Établissements d'enseignement post-secondaires)*, décision de la Commission, 16 mars 2011 (en ligne)).

[11] Après l'entrée en vigueur du tarif provisoire le 1^{er} janvier 2011, l'Université a d'abord payé les redevances homologuées. Toutefois, en juillet 2011, avant le début de l'année universitaire, elle a informé Access Copyright qu'elle avait décidé de ne plus être liée par un contrat de licence. L'Université soutenait que ses activités de reproduction figurant au répertoire d'Access Copyright constituaient une utilisation équitable et que, de toute façon, le tarif provisoire ne lui était pas opposable.

[12] A hearing was held by the Board in January 2016. York and some other universities had withdrawn from the proceedings in April 2012 and were not represented at the hearing. On December 6, 2019, the Board approved final tariffs for the years 2011-2017 (*Statements of Royalties to be Collected by Access Copyright for the Reprographic Reproduction, in Canada, of Works in its Repertoire*, CB-CDA 2019-082 (online)). The royalties for universities were fixed at a blanket rate of \$24.80 per full-time equivalent student from 2011-2014 and \$14.31 per full-time equivalent student from 2015-2017.

[13] In its decision, the Board did not comment on whether the tariffs created a mandatory legal relationship between Access Copyright and universities who do not sign a licensing agreement.

[14] Access Copyright went to the Federal Court to enforce the interim tariff for copying activities engaged in by York and its employees from September 1, 2011 to December 31, 2013. Access Copyright identified cases of copying conducted by 5 professors involving 87 works within Access Copyright's repertoire. It claimed that this copying was not licensed or exempted by the concept of fair dealing. Accordingly, it said, York was liable to pay, in full, the royalties set out in the interim tariff. York said that the tariff was not enforceable against it because, among other reasons, York had not agreed to be bound by its terms.

[15] York counterclaimed for a Declaration that any copying conducted within its "Fair Dealing Guidelines for York Faculty and Staff", issued November 13, 2012, was protected by the fair dealing rights in ss. 29, 29.1 and 29.2 of the *Act*.

[16] At the Federal Court, the Case Management Judge bifurcated the trial into two Phases. Phase I

[12] La Commission a tenu une audience en janvier 2016. L'Université et certaines autres universités s'étaient retirées de l'instance en avril 2012 et n'étaient pas représentées à l'audience. Le 6 décembre 2019, la Commission a homologué un tarif définitif pour les années 2011 à 2017 (*Tarifs des redevances à percevoir par Access Copyright pour la reproduction par reprographie, au Canada, d'œuvres de son répertoire*, CB-CDA 2019-082 (en ligne)). Les redevances à payer par les universités ont été établies à un taux fixe de 24,80 \$ par étudiant équivalent temps plein pour les années 2011 à 2014 et de 14,31 \$ par étudiant équivalent temps plein pour les années 2015 à 2017.

[13] Dans sa décision, la Commission n'a pas précisé si les tarifs créaient une relation juridique contraignante entre Access Copyright et les universités n'ayant pas signé de contrat de licence.

[14] Access Copyright s'est adressée à la Cour fédérale pour faire exécuter le tarif provisoire pour les activités de reproduction effectuées par l'Université et par ses employés entre le 1^{er} septembre 2011 et le 31 décembre 2013. Access Copyright a cité des exemples d'activités de reproduction effectuées par 5 professeurs relativement à 87 œuvres inscrites à son répertoire. Elle affirmait que ces activités de reproduction n'étaient ni visées par le contrat de licence ni exemptées en vertu de l'exception fondée sur le concept d'utilisation équitable. Elle soutenait que l'Université était donc tenue de payer intégralement les redevances prévues au tarif provisoire. L'Université affirmait que le tarif ne lui était pas opposable, notamment parce qu'elle n'avait pas accepté d'être liée par ses modalités.

[15] L'Université a déposé une demande reconventionnelle en vue d'obtenir un jugement déclarant que toutes les activités de reproduction relevant de ses « Lignes directrices sur l'utilisation équitable à l'intention des professeurs et du personnel de l'Université » publiées le 13 novembre 2012 étaient protégées par les droits rattachés à une utilisation équitable au sens des art. 29, 29.1 et 29.2 de la *Loi*.

[16] À la Cour fédérale, le juge responsable de la gestion de l'instance a scindé l'instruction en deux

included all issues relating to whether the interim tariff was enforceable against York; whether York was responsible for the copying activities of the five professors; and York's counterclaim that it was entitled to a Declaration that "any reproductions made that fall within the guidelines set out in York's 'Fair Dealing Guidelines for York Faculty and Staff (11/13/12)' . . . constitute fair dealing". The amount of unauthorized copying and York's quantum of liability under the tariff was to be determined at Phase II, if necessary. These appeals arise solely from Phase I of the trial.

[17] The trial judge found that the interim tariff was enforceable against York and that neither its Fair Dealing Guidelines nor its actual practices constituted fair dealing (2017 FC 669, [2018] 2 F.C.R. 43).

[18] The Federal Court of Appeal allowed York's appeal on the tariff enforcement action but dismissed its appeal on the fair dealing counterclaim. The court held that Board approved tariffs are voluntary for users. If a user who chooses not to be licensed under a tariff makes an unauthorized use of a work, the remedy is an infringement action which Access Copyright does not have standing to assert because it does not own the copyright in any of the works and is not an exclusive licensee or an assignee. While this disposed of the dispute between the parties, the court went on to evaluate York's appeal on the fair dealing counterclaim. It concluded that York could not establish that all copying within its Guidelines is fair and refused to issue the Declaration (2020 FCA 77, 174 C.P.R. (4th) 1).

phases. La phase I portait sur l'ensemble de la question de savoir si le tarif provisoire était opposable à l'Université et si celle-ci était responsable des activités de reproduction des cinq professeurs. La phase I concernait aussi la demande reconventionnelle par laquelle l'Université affirmait qu'elle avait droit à un jugement déclarant que [TRADUCTION] « les reproductions relevant des "Lignes directrices sur l'utilisation équitable à l'intention des professeurs et du personnel de l'Université (12/11/13)" [. . .] constituent une utilisation équitable ». La quantité de copies non autorisées et l'ampleur de l'obligation imposée à l'Université par le tarif devaient être déterminées à la phase II, le cas échéant. Les présents pourvois font suite uniquement à la phase I du procès.

[17] Le juge de première instance a conclu que le tarif provisoire était opposable à l'Université et que ni les Lignes directrices sur l'utilisation équitable de celle-ci ni ses pratiques ne constituaient une utilisation équitable (2017 CF 669, [2018] 2 R.C.F. 43).

[18] La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel interjeté par l'Université relativement à l'exécution du tarif, mais a rejeté son appel portant sur la demande reconventionnelle relative à l'utilisation équitable. La cour a jugé que les utilisateurs étaient libres d'accepter ou non les tarifs homologués par la Commission. Si l'utilisateur ayant choisi de ne pas devenir titulaire de licence sous le régime d'un tarif faisait une utilisation non autorisée d'une œuvre, le seul recours qui pouvait être exercé contre lui était une action en violation du droit d'auteur. Or, Access Copyright n'a pas qualité pour exercer ce recours parce qu'elle n'est pas titulaire du droit d'auteur sur les œuvres en question et qu'elle n'est ni titulaire d'une licence exclusive ni cessionnaire. Même si cette conclusion disposait du litige entre les parties, la cour a poursuivi en examinant le bien-fondé de l'appel de l'Université portant sur la demande reconventionnelle relative à l'utilisation équitable. Elle a conclu que l'Université ne pouvait établir que toutes les reproductions relevant de ses Lignes directrices constituaient une utilisation équitable et elle a donc refusé de rendre le jugement déclaratoire sollicité (2020 CAF 77).

[19] For the following reasons, I agree with the Federal Court of Appeal that the tariff is not enforceable against York University. But I would not grant York’s requested Declaration, nor endorse the fair dealing analysis conducted by the Federal Court and the Federal Court of Appeal.

Analysis

[20] The question on Access Copyright’s appeal is whether s. 68.2(1) of the *Copyright Act* empowers Access Copyright to enforce royalty payments set out in a Copyright Board approved tariff against a user who chooses not to be bound by a licence on the approved terms. More specifically, the issue is whether Access Copyright can extract from York the royalties set out in the interim tariff despite the fact that York chose not to be bound by a licence. While this appeal only concerns the interim tariff, it is common ground that the effect of an interim tariff and a final tariff is the same.

[21] As a collective society that administers a licensing scheme in respect of reproduction rights applicable to its repertoire of published works, Access Copyright operates within the *Act’s* regime for “Collective Administration in Relation to Rights under Sections 3, 15, 18 and 21”, known as the “general regime” (ss. 70.1 to 70.6).

[22] Pursuant to s. 70.12, a collective society operating in the general regime may, “for the purpose of setting out by licence the royalties and terms and conditions relating to classes of uses”, either (a) file a proposed tariff with the Board or (b) enter into agreements with users. A collective society that chooses to file a proposed tariff does so under s. 70.13, which permits it to “file with the Board a proposed tariff . . . of royalties to be collected by the collective society for issuing licences”. In this case, Access Copyright filed a proposed tariff with the Board setting out the royalties it proposed to collect

[19] Pour les motifs qui suivent, je suis d’accord avec la Cour d’appel fédérale pour dire que le tarif n’est pas opposable à l’Université. Je n’accorderais cependant pas le jugement déclaratoire demandé par l’Université, et je ne souscris pas non plus à l’analyse de l’utilisation équitable menée par la Cour fédérale et par la Cour d’appel fédérale.

Analyse

[20] La question que soulève le pourvoi d’Access Copyright est celle de savoir si le par. 68.2(1) de la *Loi sur le droit d’auteur* l’habilite à percevoir les redevances prévues par un tarif homologué par la Commission du droit d’auteur auprès de l’utilisateur qui choisit de ne pas être lié par une licence aux conditions énoncées dans le tarif homologué. Plus précisément, la question à trancher est celle de savoir si Access Copyright peut percevoir de l’Université les redevances prévues par le tarif provisoire, même si l’Université a choisi de ne pas être liée par une licence. Bien que le présent pourvoi ne concerne que le tarif provisoire, il est acquis aux débats qu’un tarif provisoire et un tarif définitif ont le même effet.

[21] En tant que société de gestion chargée d’administrer un régime d’octroi de licences portant sur les droits de reproduction applicables à son répertoire d’œuvres publiées, Access Copyright exerce ses activités dans le cadre du régime prévu par la *Loi* pour la « gestion collective relative aux droits visés aux articles 3, 15, 18 et 21 », mieux connu sous le nom de « régime général » (art. 70.1 à 70.6).

[22] En vertu de l’art. 70.12, la société de gestion assujettie au régime général peut, « en vue d’établir par licence les redevances à verser et les modalités à respecter relativement aux catégories d’utilisation », a) soit déposer auprès de la Commission un projet de tarif, b) soit conclure des ententes avec les utilisateurs. La société de gestion qui choisit de déposer un projet de tarif le fait conformément à l’art. 70.13, qui lui permet de « déposer auprès de la Commission [. . .] un projet de tarif [. . .] des redevances à percevoir pour l’octroi de licences ». Dans le cas qui nous occupe, Access Copyright a

for issuing reproduction licences to post-secondary educational institutions.

[23] When a collective society files a proposed tariff with the Board, s. 70.15(1) requires the Board to “certify the tariffs as approved, with such alterations to the royalties and to the terms and conditions related thereto as the Board considers necessary, having regard to any objections to the tariffs”. Here, the Board approved an interim tariff in response to Access Copyright’s proposal.

[24] The Board’s power to modify and approve a collective society’s proposed tariff is one of three sources of the Board’s supervisory and price-setting authority over a collective society’s royalties in the general regime. The Board may also fix royalties when a collective society and individual user are unable to agree on terms and one party applies to the Board (ss. 70.2 to 70.4), or alter royalties if the parties make an agreement without Board intervention that is then filed with the Board (ss. 70.5 to 70.6).

[25] Once a tariff is approved under s. 70.15(1), the resulting legal consequences are established by ss. 70.15(2) and 70.17.

[26] Section 70.15(2) says that s. 68.2(1), which is found in the *Act*’s separate regime for the collective administration of performing rights and communication rights, applies “with such modifications as the circumstances require”:

68.2 (1) Without prejudice to any other remedies available to it, a collective society may, for the period specified in its approved tariff, collect the royalties specified in the tariff and, in default of their payment, recover them in a court of competent jurisdiction.

[27] Of related relevance is s. 70.17, which states:

déposé auprès de la Commission un projet de tarif dans lequel elle énonçait les redevances qu’elle proposait de percevoir pour octroyer des licences de reproduction à des établissements d’enseignement postsecondaire.

[23] Lorsqu’une société de gestion dépose un projet de tarif auprès de la Commission, le par. 70.15(1) oblige celle-ci à « homologue[r] les projets de tarifs après avoir apporté aux redevances et aux modalités afférentes les modifications qu’elle estime nécessaires compte tenu, le cas échéant, des oppositions ». En l’espèce, la Commission a homologué le tarif provisoire déposé par Access Copyright.

[24] Le pouvoir de la Commission de modifier et d’homologuer un projet de tarif déposé par une société de gestion est l’une des trois sources des pouvoirs qu’elle possède pour contrôler et fixer les redevances des sociétés de gestion dans le cadre du régime général. La Commission peut également fixer des redevances lorsque la société de gestion et l’utilisateur individuel n’arrivent pas à s’entendre sur les modalités et que l’une ou l’autre lui demande de les fixer (art. 70.2 à 70.4). Elle peut aussi modifier les redevances si les parties concluent, sans son intervention, une entente qui est par la suite déposée auprès de la Commission (art. 70.5 à 70.6).

[25] Les conséquences juridiques de l’homologation d’un tarif en vertu du par. 70.15(1) sont précisées au par. 70.15(2) et à l’art. 70.17.

[26] Le paragraphe 70.15(2) précise que le par. 68.2(1), qui fait partie du régime distinct de la *Loi* relatif à la gestion collective du droit d’exécution et de communication, s’applique « avec les adaptations nécessaires » :

68.2 (1) La société de gestion peut, pour la période mentionnée au tarif homologué, percevoir les redevances qui y figurent et, indépendamment de tout autre recours, le cas échéant, en poursuivre le recouvrement en justice.

[27] L’article 70.17 est d’un intérêt connexe. Il dispose :

70.17 Subject to section 70.19, no proceedings may be brought for the infringement of a right referred to in section 3, 15, 18 or 21 against a person who has paid or offered to pay the royalties specified in an approved tariff.

[28] The issue in this case is one of statutory interpretation, which, as this Court has repeatedly said, is an exercise in discerning legislative intent by looking at the grammatical and ordinary meaning of the text in the context of the statute's scheme and objectives.

[29] Access Copyright argues that s. 68.2(1), incorporated by reference in s. 70.15(2), means that any person who makes an otherwise unauthorized use of a work captured by an approved tariff is liable to be sued for royalties, regardless of whether the user agrees to be bound by a licence on the approved terms. This is known as the "mandatory tariff" theory. In this case, that means that any use of a work in Access Copyright's repertoire that was not separately licensed or authorized by fair dealing would trigger York's liability to pay the full annual blanket rate of \$3.38 per full-time equivalent student (and by extension the substantially higher rates approved under the final tariffs), in addition to the per-page rate applicable to course pack copies. A single unauthorized use would result in liability to pay six figure annual fees under the interim tariff, and over one million dollars per year under the 2011-2014 final tariff.

[30] York rejects the mandatory tariff theory. In its view, s. 68.2(1) only grants a collective society the right to collect defaulted payments from a user who has agreed to be bound by a licence on the approved terms. A collective society is required to provide licences pursuant to the terms of an approved tariff, since s. 70.17 immunizes a person who pays or offers to pay the royalties from an infringement action. But the licence cannot be forced on a user. A user is entitled to obtain its rights through other means and, if

70.17 Sous réserve de l'article 70.19, il ne peut être intenté aucun recours pour violation d'un droit prévu aux articles 3, 15, 18 ou 21 contre quiconque a payé ou offert de payer les redevances figurant au tarif homologué.

[28] La question en litige en l'espèce est une question d'interprétation législative qui, comme notre Cour l'a répété à maintes reprises, nous oblige à cerner l'intention du législateur en tenant compte du sens grammatical et ordinaire du texte ainsi que de l'économie et de l'objet de la loi.

[29] Access Copyright fait valoir qu'il ressort du par. 68.2(1), incorporé par renvoi au par. 70.15(2), que quiconque fait une utilisation par ailleurs non autorisée d'une œuvre visée par un tarif homologué est passible de poursuites en recouvrement de redevances, et ce, peu importe que cet utilisateur ait accepté ou non d'être lié par une licence aux conditions énoncées dans le tarif homologué. C'est ce qu'on appelle la théorie du « tarif obligatoire ». En l'espèce, il s'ensuit que toute utilisation par l'Université d'une œuvre figurant au répertoire d'Access Copyright qui n'a pas fait l'objet d'une licence distincte ou qui n'a pas été autorisée au titre de l'exception relative à l'utilisation équitable obligerait l'Université à payer intégralement le taux fixe annuel de 3,38 \$ par étudiant équivalent temps plein — et, par extension, les tarifs considérablement plus élevés homologués aux termes des tarifs définitifs — en plus du tarif à la page applicable aux copies de recueils de cours. Une seule utilisation non autorisée obligerait donc l'Université à payer des redevances annuelles se chiffrant à des centaines de milliers de dollars selon le tarif provisoire et à plus d'un million de dollars par année aux termes du tarif définitif pour la période de 2011 à 2014.

[30] L'Université rejette la théorie du tarif obligatoire. À son avis, le par. 68.2(1) n'accorde à la société de gestion que le droit de percevoir les redevances en souffrance de l'utilisateur qui a accepté d'être lié par une licence aux conditions énoncées dans le tarif homologué. La société de gestion est tenue d'octroyer des licences conformément aux modalités du tarif homologué, puisque l'art. 70.17 protège contre toute action en violation la personne qui a payé ou offert de payer les redevances figurant au tarif homologué.

the user makes an unauthorized use, the appropriate remedy is an action for infringement (see generally Ariel Katz, “Spectre: Canadian Copyright and the Mandatory Tariff — Part I” (2015), 27 *I.P.J.* 151 (“Spectre I”), and Ariel Katz, “Spectre: Canadian Copyright and the Mandatory Tariff — Part II” (2015), 28 *I.P.J.* 39 (“Spectre II”). While Access Copyright’s inability to initiate infringement actions in respect of its repertoire may cause it difficulties, this is the consequence of its freely chosen contractual arrangements with its members. Section 68.2(1) does not provide a collective infringement remedy. I agree.

[31] The analysis starts with the text of s. 68.2(1). The provision is silent on who the collective society may collect royalties from and on what conditions. Access Copyright argues nonetheless that its “plain meaning” is that a Board approved tariff is mandatory. Access Copyright reads words into the provision, positing that a collective society may sue for unpaid royalties against a user who makes a use of a work within the society’s repertoire when the use is not separately licensed or exempted by fair dealing, conditions that are found nowhere in the text of the *Act*.

[32] Where Parliament sees fit to create a mandatory duty to pay, it does so with “clear and distinct legal authority showing that this was Parliament’s intent” (*Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, [2015] 3 S.C.R. 615, at para. 107, per Rothstein J.). Under s. 19, for example, a performer is “entitled . . . to be paid equitable remuneration” and a user is “liable to pay royalties”. Under s. 81, eligible authors, performers and makers have a “right to receive remuneration” from manufacturers and importers of blank media, and s. 82(1) prescribes a corresponding duty to pay, stating that manufacturers

On ne peut toutefois pas contraindre un utilisateur à accepter une licence. L’utilisateur est libre d’obtenir ses droits par d’autres moyens et, s’il fait une utilisation non autorisée, le recours qui peut être exercé contre lui est une action en violation (voir, de façon générale, Ariel Katz, « Spectre : Canadian Copyright and the Mandatory Tariff — Part I » (2015), 27 *I.P.J.* 151 (« Spectre I »), et Ariel Katz, « Spectre : Canadian Copyright and the Mandatory Tariff — Part II » (2015), 28 *I.P.J.* 39 (« Spectre II »)). Bien que l’incapacité d’Access Copyright à intenter une action en violation du droit d’auteur relatif à des œuvres inscrites à son répertoire puisse lui causer des difficultés, c’est la conséquence de l’entente contractuelle qu’elle a librement choisi de conclure avec ses membres. Le paragraphe 68.2(1) ne permet pas à une société de gestion d’exercer un recours en cas de violation du droit d’auteur. Je suis d’accord.

[31] L’analyse commence par l’examen du libellé du par. 68.2(1). Cette disposition ne précise pas auprès de qui la société de gestion peut percevoir les redevances et à quelles conditions. Access Copyright soutient néanmoins que, selon le « sens ordinaire » de cette disposition, le tarif homologué par la Commission a un caractère obligatoire. Access Copyright interpole dans cette disposition des mots qui ne s’y trouvent pas, en postulant qu’une société de gestion peut ester en justice en vue de percevoir les redevances impayées auprès de l’utilisateur qui utilise une œuvre figurant à son répertoire lorsque cette utilisation ne fait pas l’objet d’une licence distincte ou n’est pas exemptée de paiement en raison de l’exception relative à l’utilisation équitable, des conditions que l’on ne retrouve nulle part dans la *Loi*.

[32] Lorsque le législateur juge bon de créer une obligation impérative de payer, il le fait en conférant « un pouvoir clair et distinct démontrant que c’était là [son] intention » (*Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, [2015] 3 R.C.S. 615, par. 107, le juge Rothstein). Selon l’art. 19, par exemple, l’artiste-interprète a « droit à une rémunération équitable » et l’utilisateur « doit verser des redevances ». Aux termes de l’art. 81, les auteurs, artistes-interprètes et producteurs admissibles ont « droit [. . .] à une rémunération » de la part du fabricant ou de l’importateur de supports audio vierges, et le par. 82(1) prescrit une

and importers are “liable . . . to pay a levy to the collecting body”. There is no such language creating a duty to pay approved royalties to a collective society that operates a licensing scheme anywhere in the *Act*.

[33] Turning to the legislative context, the combined effect of ss. 68.2(1) and 70.17 creates a dichotomy between users who choose to be licensed pursuant to the terms of a Board approved tariff, and those who choose not to acquire a licence but may be liable for damages for infringement.

[34] Copyright infringement constitutes an unauthorized exercise of the owner’s exclusive right (s. 27), and a licence constitutes an authorization to make a particular use that would otherwise be infringing (Elizabeth F. Judge and Daniel J. Gervais, *Intellectual Property: The Law in Canada* (2nd ed. 2011), at p. 146; *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129, at para. 49, per Iacobucci J.). It is therefore “elementary” that a person cannot simultaneously be an infringer and a licensee (*Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd. v. Sandholm Holdings Ltd.*, [1955] Ex. C.R. 244, at p. 254). In the context of the provisions at issue in this case, a person who has paid or offered to pay the royalties under s. 70.17 has become a licensee and may be liable for defaulted payments under s. 68.2(1). A person who has not paid or offered to pay is not licensed and may be liable for infringement.

[35] Section 68.2(1) ensures that a collective society has a remedy for defaulted payments from voluntary licensees and that actions for recovery can be brought in Federal Court (see *Sandholm Holdings Ltd.*, at pp. 249-50).

obligation de paiement correspondante, en précisant que le fabricant et l’importateur sont tenus « de payer à l’organisme de perception une redevance ». Il n’y a nulle part dans la *Loi* de dispositions semblables imposant l’obligation de payer des redevances homologuées à une société de gestion qui gère un régime de licences.

[33] En ce qui concerne le contexte législatif, il résulte de l’effet combiné du par. 68.2(1) et de l’art. 70.17 qu’il existe une dichotomie entre les utilisateurs qui choisissent d’obtenir une licence conformément aux modalités d’un tarif homologué par la Commission et ceux qui choisissent de ne pas obtenir de licence, mais qui peuvent être passibles de dommages-intérêts pour violation du droit d’auteur.

[34] La violation du droit d’auteur constitue un exercice non autorisé du droit exclusif du titulaire (art. 27), et une licence constitue une autorisation de se livrer à une utilisation en particulier qui, sans la licence, constituerait une violation (Elizabeth F. Judge et Daniel J. Gervais, *Intellectual Property : The Law in Canada* (2^e éd. 2011), p. 146; *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129, par. 49, le juge Iacobucci). Il est donc [TRADUCTION] « élémentaire » qu’une personne ne peut pas être à la fois l’auteur d’une violation d’un droit d’auteur et titulaire d’une licence (*Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd. c. Sandholm Holdings Ltd.*, [1955] R.C. de l’É. 244, p. 254). Dans le contexte des dispositions en litige en l’espèce, la personne qui a payé ou qui a offert de payer les redevances conformément à l’art. 70.17 est devenue titulaire d’une licence et peut être tenue responsable des paiements en souffrance en application du par. 68.2(1). La personne qui n’a pas payé ou offert de payer les redevances n’est pas titulaire d’une licence et peut être poursuivie pour violation du droit d’auteur.

[35] Le paragraphe 68.2(1) garantit qu’une société de gestion dispose d’un recours en cas de défaut de paiement de la part des titulaires de licences volontaires et que des mesures de recouvrement peuvent être prises en s’adressant à la Cour fédérale (voir *Sandholm Holdings Ltd.*, p. 249-250).

[36] This Court’s decision in *SODRAC* provides direct support for this interpretation of ss. 68.2(1) and 70.17. *SODRAC* involved the effect of ss. 70.2 to 70.4 of the *Act*, which apply when a collective society and a specific individual user are unable to agree on licensing royalties. Either party may apply to the Board (s. 70.2(1)), and the Board “may fix the royalties and their related terms and conditions in respect of a licence” (s. 70.2(2)). Unlike a general tariff proposed under s. 70.13 and approved under s. 70.15, the Board’s royalty fixing role in this context is limited to the specific parties before it. If the Board fixes royalties, then s. 70.4 sets out the legal consequences:

70.4 Where any royalties are fixed for a period pursuant to subsection 70.2(2), the person concerned may, during the period, subject to the related terms and conditions fixed by the Board and to the terms and conditions set out in the scheme and on paying or offering to pay the royalties, do the act with respect to which the royalties and their related terms and conditions are fixed and the collective society may, without prejudice to any other remedies available to it, collect the royalties or, in default of their payment, recover them in a court of competent jurisdiction.

[37] Interpreting s. 70.4, Rothstein J. held that royalties fixed by the Board pursuant to s. 70.2 are not binding on the user. The Board does not have the “power to force these terms on a user who, having reviewed the terms, decided that engaging in licensed copying is not the way to proceed” (*SODRAC*, at para. 108). A user who does not accept a licence but engages in a protected use “will remain liable for infringement” (*ibid.*).

[38] In reaching this conclusion, Rothstein J. observed that the text of s. 70.4 is permissive, showing that “a user whose copying activities were the subject of a s. 70.2 proceeding *may* avail itself of the terms and conditions established by the Board as a way to gain authorization to engage in the activity contemplated in the Board proceeding” (para. 106 (emphasis in original)). Section 68.2(1) does not itself specify

[36] L’arrêt *SODRAC* de notre Cour appuie nettement cette interprétation du par. 68.2(1) et de l’art. 70.17. Cette affaire portait sur l’effet des art. 70.2 à 70.4 de la *Loi*, qui s’appliquent lorsque la société de gestion et un utilisateur individuel ne peuvent s’entendre sur les redevances. La société de gestion ou l’utilisateur peut s’adresser à la Commission (par. 70.2(1)), qui peut « fixer les redevances et les modalités afférentes relatives à la licence » (par. 70.2(2)). Contrairement à ce que prévoit le tarif général proposé en vertu de l’art. 70.13 et homologué en vertu de l’art. 70.15, le rôle que joue la Commission en matière de fixation de redevances se limite dans ce contexte aux parties qui sont devant elle. L’article 70.4 précise les conséquences juridiques de la fixation des redevances par la Commission :

70.4 L’intéressé peut, pour la période arrêtée par la Commission, accomplir les actes à l’égard desquels des redevances ont été fixées, moyennant paiement ou offre de paiement de ces redevances et conformément aux modalités afférentes fixées par la Commission et à celles établies par la société de gestion au titre de son système d’octroi de licences. La société de gestion peut, pour la même période, percevoir les redevances ainsi fixées et, indépendamment de tout autre recours, en poursuivre le recouvrement en justice.

[37] Le juge Rothstein, qui interprétait l’art. 70.4, a conclu que les redevances fixées par la Commission en vertu de l’art. 70.2 ne liaient pas l’utilisateur. La Commission n’a pas le pouvoir « de contraindre l’utilisateur à accepter ces modalités lorsqu’après les avoir examinées, il décide de ne pas effectuer les copies visées par la licence » (*SODRAC*, par. 108). L’utilisateur qui n’accepte pas d’être lié par licence, mais qui effectue des copies non autorisées « demeure[e] responsable de la violation » (*ibid.*).

[38] Pour en arriver à cette conclusion, le juge Rothstein a fait observer que le libellé de l’art. 70.4 était facultatif, ce qui démontrait que « l’utilisateur dont la confection de copies a fait l’objet d’une instance fondée sur l’art. 70.2 *peut* se prévaloir des modalités fixées par la Commission comme moyen pour obtenir l’autorisation d’accomplir l’activité envisagée dans le cadre de l’instance qui se déroule devant la

that a user “may” avail itself of the tariff terms. But read alongside s. 70.17, the combined effect creates the same voluntary trigger for acquiring a licence. Under s. 70.17 a user can acquire a licence and immunize themselves from infringement proceedings if they have “paid or offered to pay the royalties”. This is identical to s. 70.4, where a user “may . . . subject to the related terms and conditions fixed by the Board and to the terms and conditions set out in the scheme *and on paying or offering to pay the royalties*, do the act”. Paying or offering to pay is a permissive act triggering licence acquisition in both cases.

[39] As matter of legislative coherence, it would be incongruous if royalties fixed in the context of licence negotiations between a collective society and a specific user were voluntary, but those set in a general tariff were mandatory.

[40] Access Copyright argued in the alternative that pursuant to s. 68.2(1) Board approved royalties operate as a remedy for infringement against a user who has not accepted a licence. But there is nothing in the legislation to suggest that Parliament intended that Board approved tariffs operate as pre-determined infringement damages. Parliament is well aware of how to create a statutory damages scheme. It did so in s. 38.1, which was enacted in 1997 at the same time as key collective administration amendments. Section 68.2(1) could not have been meant to silently create a second statutory damages scheme, where “amounts are predetermined by the Board, and then imposed without regard to the actual circumstances of the case and without any proportionality to either the user’s behaviour or copyright owners’ actual damage” (“Spectre II”, at p. 58).

Commission » (par. 106 (en italique dans l’original)). Le paragraphe 68.2(1) ne dit pas explicitement que l’utilisateur « peut » se prévaloir des modalités du tarif. Toutefois, il résulte de la lecture combinée de cette disposition et de l’art. 70.17 que l’utilisateur est pareillement incité à acquérir une licence de son plein gré. Aux termes de l’art. 70.17, l’utilisateur peut acquérir une licence et se protéger contre toute poursuite pour violation du droit d’auteur dès lors qu’il a « payé ou offert de payer les redevances ». Cette disposition est identique à l’art. 70.4, qui prévoit que l’utilisateur « peut [. . .] accomplir les actes à l’égard desquels des redevances ont été fixées, *moyennant paiement ou offre de paiement de ces redevances* et conformément aux modalités afférentes fixées par la Commission ». Le paiement ou l’offre de paiement découle d’une décision facultative donnant lieu à l’acquisition de la licence dans les deux cas.

[39] Pour des raisons de cohérence législative, il serait incongru que les redevances fixées dans le cadre des négociations de licences entre une société de gestion et un utilisateur spécifique soient volontaires, mais que celles fixées dans un tarif général soient obligatoires.

[40] Access Copyright a fait valoir, à titre subsidiaire, que, selon le par. 68.2(1), les redevances homologuées par la Commission ouvrent droit à un recours pour violation contre l’utilisateur qui n’a pas accepté de licence. Or, rien dans la *Loi* ne permet de penser que le législateur souhaitait que les tarifs homologués par la Commission soient assimilés à des dommages-intérêts préétablis en cas de violation. Le législateur sait parfaitement comment créer un régime légal lorsqu’il souhaite prévoir des dommages-intérêts préétablis. C’est ce qu’il a fait à l’art. 38.1, qui a été adopté en 1997 en même temps que les principales modifications apportées au régime de gestion collective. Le paragraphe 68.2(1) ne pouvait avoir pour but de créer tacitement un second régime de dommages-intérêts préétablis qui prévoirait que [TRADUCTION] « les montants sont prédéterminés par la Commission, puis imposés sans tenir compte des circonstances réelles de l’affaire et sans aucune proportionnalité avec le comportement de l’utilisateur ou les dommages réellement subis par le titulaire du droit d’auteur » (« Spectre II », p. 58).

[41] Access Copyright also identifies various provisions throughout the *Act* which it says support the mandatory tariff theory and are inconsistent with the voluntary tariff theory. It observes that s. 70.12 creates a distinction between royalties set out in a tariff (s. 70.12(a)) and those reached by agreement (s. 70.12(b)), and argues that this means royalties set out in a tariff must be binding without an agreement. But nothing about the possibility of the parties reaching a mutual agreement in subs. (b) suggests that the licence terms fixed by the Board in response to a proposed tariff under subs. (a) must be mandatory on users. Section 70.12 simply offers collective societies in the general regime a degree of flexibility that does not exist in the performing rights regime, where collective societies are required to file proposed tariffs.

[42] It also argues that s. 70.191, which says that an approved tariff “does not apply where there is an agreement between a collective society and a person authorized to do an act”, supports the mandatory tariff theory. If tariffs are optional, Access Copyright says, there would be no need to provide that a tariff does not apply when there is an agreement, because the user could simply “opt out” of the tariff. But this overlooks the purpose of s. 70.191, which is to prevent both a collective and a user from abandoning an agreement after a tariff is approved. This is consistent with the voluntary tariff theory. A user is free to choose whether or not to accept a licence, but a tariff does not permit a user to abandon its agreements.

[43] Finally, Access Copyright isolates ss. 38.2, 30.02 and 30.3, which provide certain benefits to educational institutions and are tied to the existence of an approved tariff, and argues that these benefits would not exist if the tariff were optional.

[44] But none of these provisions provide support for the mandatory tariff theory. Section 38.2 says that

[41] Access Copyright cite également diverses dispositions de la *Loi* qui, à son avis, appuient la théorie du tarif obligatoire et sont incompatibles avec la théorie du tarif volontaire. Elle fait observer que l’art. 70.12 établit une distinction entre les redevances énoncées dans un tarif (al. 70.12a)) et celles faisant l’objet d’une entente (al. 70.12b)), et elle affirme qu’il s’ensuit que les redevances prévues par un tarif doivent être contraignantes à défaut d’entente. Mais le fait qu’il est possible pour les parties de s’entendre conformément à l’al. b) ne permet d’aucune façon de penser que les modalités de la licence fixées par la Commission en réponse à un projet de tarif déposé en vertu de l’al. a) devraient être obligatoires pour les utilisateurs. L’article 70.12 offre simplement aux sociétés de gestion assujetties au régime général une certaine souplesse que ne leur offre pas le régime des droits d’exécution, lequel les oblige à déposer des projets de tarifs.

[42] Access Copyright plaide également que l’art. 70.191, qui prévoit que le tarif homologué « ne s’applique pas en cas de conclusion d’une entente entre une société de gestion et une personne autorisée à accomplir [un] act[e] », appuie la théorie du tarif obligatoire. Elle affirme que, si les tarifs étaient facultatifs, il ne serait pas nécessaire de préciser que le tarif ne s’applique pas en cas de conclusion d’une entente, parce que l’utilisateur pourrait simplement [TRADUCTION] « se soustraire » au tarif. Cela ne tient toutefois pas compte de l’objet de l’art. 70.191, qui est d’empêcher tant la société de gestion que l’utilisateur de se soustraire à une entente une fois que le tarif a été homologué, ce qui concorde avec la théorie du tarif volontaire. L’utilisateur est libre de choisir d’accepter ou non une licence, mais un tarif ne lui permet pas de se soustraire à l’entente qu’il a conclue.

[43] Enfin, Access Copyright isole les art. 38.2, 30.02 et 30.3, qui accordent certains avantages aux établissements d’enseignement et qui dépendent de l’existence d’un tarif homologué, et elle fait valoir que ces avantages n’existeraient pas si les tarifs étaient facultatifs.

[44] Or, aucune de ces dispositions n’appuie la théorie du tarif obligatoire. L’article 38.2 prévoit

a copyright owner who has not authorized a collective society to authorize reprographic reproduction of the owner's work may recover, in proceedings against an educational institution, a maximum of the royalties that would have been payable under any agreement entered into with the collective society or a tariff certified by the Board under s. 70.15. This provision puts a cap on the damages an owner can recover against an educational institution in respect of reprographic rights. It is premised on the assumption that the Board will set fair and equitable royalties, but it does not suggest that such royalties are mandatory.

[45] Section 30.02 exempts educational institutions from infringement in respect of digital reproduction of works, but this benefit is contingent on the acceptance of a licence. It applies only if the educational institution “has a reprographic reproduction licence under which the institution is authorized to make reprographic reproductions of works in a collective society's repertoire”. Accordingly, it does not support Access Copyright's argument.

[46] Section 30.3(1) says that an educational institution does not infringe copyright when copies are made using a self-service photocopier installed by the institution, provided that a notice warning of copyright infringement is posted. This exemption applies if at least one triggering condition is met, including that “a tariff has been approved in accordance with section 70.15” (s. 30.3(2)(c)) or “a collective society has filed a proposed tariff in accordance with section 70.13” (s. 30.3(2)(d)). York argues that s. 30.3, properly interpreted, means that the educational institution can only take advantage of the exemption if it has in fact accepted a licence under an approved or proposed tariff. In my view, it is neither necessary nor prudent to come to a firm conclusion about the proper interpretation of s. 30.3 in this case. It is enough to observe that the provision does not generate by inference the “clear and distinct legal authority” required to impose the burdens of

que le titulaire du droit d'auteur sur une œuvre qui n'a pas habilité une société de gestion à en autoriser la reproduction par reprographie ne peut, dans le cas où il poursuit un établissement d'enseignement, recouvrer un montant supérieur à celui qui aurait été payable à la société de gestion aux termes de l'entente conclue avec cette dernière ou selon le tarif homologué par la Commission en vertu de l'art. 70.15. Cette disposition fixe une limite aux dommages-intérêts que le titulaire du droit d'auteur peut recouvrer de l'établissement d'enseignement au titre des droits de reprographie. Elle repose sur l'hypothèse que la Commission fixera des redevances justes et équitables, mais elle ne laisse pas entendre que ces redevances sont obligatoires.

[45] Selon l'art. 30.02, ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait, pour un établissement d'enseignement, de reproduire numériquement des œuvres. L'établissement d'enseignement ne peut toutefois se prévaloir de cette exception que s'il a accepté une licence. Cette exception ne s'applique que si l'établissement d'enseignement « est titulaire d'une licence l'autorisant à reproduire par reprographie à des fins pédagogiques des œuvres faisant partie du répertoire d'une société de gestion ». L'article 30.02 n'appuie donc pas l'argument d'Access Copyright.

[46] Le paragraphe 30.3(1) prévoit qu'un établissement d'enseignement ne viole pas le droit d'auteur lorsque des copies sont faites à l'aide d'un photocopieur en libre-service installé par l'établissement, à condition que soit affiché un avis relatif à la violation du droit d'auteur. Cette exception s'applique si au moins une des conditions y donnant ouverture est remplie, notamment s'« il existe déjà un tarif pertinent homologué en vertu de l'article 70.15 » (al. 30.3(2)c) ou si « une société de gestion a déposé, conformément à l'article 70.13, un projet de tarif » (al. 30.3(2)d)). L'Université affirme que, si on l'interprète correctement, l'art. 30.3 signifie que l'établissement d'enseignement ne peut se prévaloir de cette exception que s'il a effectivement accepté une licence en vertu d'un tarif homologué ou d'un projet de tarif. À mon avis, il n'est ni nécessaire ni prudent de tirer en l'espèce une conclusion ferme sur l'interprétation qu'il convient de donner à l'art. 30.3.

a licence on a non-consenting user (*SODRAC*, at para. 107).

[47] Turning to legislative purpose, the objects of the statutory scheme governing collective administration are best understood in their historical context.

[48] The story of collective administration of copyright in Canada begins in the early 20th century. Canada's first domestic copyright legislation was the *Copyright Act, 1921*, S.C. 1921, c. 24, which followed the British *Copyright Act, 1911* (U.K.), 1 & 2 Geo. 5, c. 46. The 1921 *Act* did not provide for the collective administration of copyright. The first regime regulating any form of collective society in Canada was created in the 1930s in response to the emergence of early performing rights societies, who had acquired control of the vast majority of popular musical and dramatico-musical compositions and were therefore able to exercise monopolistic power (*Vigneux v. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1943] S.C.R. 348 (“*Vigneux (1943)*”), at p. 352, per Duff C.J., dissenting, but not on this point; *Vigneux v. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1945] A.C. 108 (P.C.)).

[49] In the *Report of the Royal Commission Appointed to Investigate the Activities of the Canadian Performing Rights Society, Limited, and Similar Societies* (1935) (“*Parker Report*”), Judge James Parker recognized that these societies had benefits for copyright owners and users, but regulation was necessary:

Competition no longer exists. A monopoly, or super-monopoly, has arisen. No one quarrels with the author, composer and publisher pooling their rights and placing them in a central bureau for the purpose of collecting a fair fee for the same and of preventing infringement thereof. It is an inevitable monopoly existing for the convenience

Il suffit de signaler que cette disposition ne confère pas par inférence l'« autorité légale claire et distincte » qui permettrait d'imposer le fardeau d'une licence à l'utilisateur qui ne consent pas à être lié par ses modalités (*SODRAC*, par. 107).

[47] En ce qui concerne l'objet de la *Loi*, la meilleure façon de comprendre les objectifs du régime législatif qui s'applique à la gestion collective est de les situer dans leur contexte historique.

[48] L'histoire de la gestion collective du droit d'auteur au Canada coïncide avec le début du XX^e siècle. La première loi canadienne sur le droit d'auteur, la *Loi de 1921 concernant le droit d'auteur*, S.C. 1921, c. 24, faisait suite à une loi britannique, la *Copyright Act, 1911* (R.-U.), 1 & 2 Geo. 5, c. 46. La *Loi* de 1921 ne prévoyait pas la gestion collective du droit d'auteur. Le premier régime ayant encadré une certaine forme de société de gestion au Canada remonte aux années 1930 et a été créé en réponse à l'émergence des premières sociétés de droits d'exécution, qui s'étaient emparées du contrôle de la grande majorité des compositions musicales et dramatico-musicales populaires et qui étaient donc en mesure d'exercer un monopole (*Vigneux c. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1943] R.C.S. 348 (« *Vigneux (1943)* »), p. 352, le juge en chef Duff, dissident, mais pas sur ce point; *Vigneux c. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1945] A.C. 108 (C.P.)).

[49] Dans le *Rapport de la Commission Royale chargée d'examiner les affaires de la Canadian Performing Rights Society, Limited et autres sociétés du même genre* (1935) (« *Rapport Parker* »), le juge James Parker reconnaissait que ces sociétés offraient certains avantages aux titulaires de droits d'auteur et aux utilisateurs, mais qu'une réglementation était nécessaire :

La concurrence n'existe plus. Un monopole, ou super-monopole, a pris naissance. Personne ne nie à l'auteur, au compositeur et à l'éditeur le droit de mettre leurs droits en commun et d'en confier la perception à une agence centralisée, afin d'obtenir de leurs œuvres une rétribution juste et raisonnable et d'empêcher la contrefaçon. C'est

of the owner and the user; but it should not be exercised arbitrarily and without restraint. [p. 19]

[50] When the *Parker Report* was published, Parliament had already made amendments requiring performing rights societies to file with the Minister at the Copyright Office lists of works within their repertoire and statements of proposed licence royalties, and permitting the Minister to conduct an investigation and revise royalties that were contrary to the public interest (see *The Copyright Amendment Act, 1931*, S.C. 1931, c. 8, and *An Act to amend The Copyright Amendment Act, 1931*, S.C. 1935, c. 18). Judge Parker recommended further amendments, including the creation of a tribunal to approve tariffs. His rationale was as follows:

The position now is that the Society, having a monopoly of the performing rights in copyright music, has also the right to impose whatever fees it chooses. Where other monopolies have existed, it has been found necessary to have some independent body analyse and pass on the tariffs of fees that may be charged, e.g. freight rates, express rates, telephone rates, etc. If the Society can continue to dictate its own terms, and pursue a policy of greatly increasing those terms, then finally the community will be prevented from listening to its music. [p. 49]

[51] Parliament adopted Judge Parker's recommendations in *An Act to amend The Copyright Amendment Act, 1931*, S.C. 1936, c. 28. Following these amendments, the Copyright Appeal Board was required to approve a performing rights society's proposed statement of royalties with any necessary modifications. Sections 10B(8) and 10B(9) of the *Copyright Act*, R.S.C. 1927, c. 32, set out the effect of an approved statement. These provisions are the earliest predecessors to ss. 68.2(1) and 70.17 respectively:

(8) The statements of fees, charges or royalties so certified as approved by the Copyright Appeal Board shall be the fees, charges or royalties which the society, association or company concerned may respectively lawfully sue for or collect in respect of the issue or grant by it of licences

un monopole inévitable, utile à l'auteur comme à l'utilisateur. Mais ce monopole ne doit pas être exercé arbitrairement et sans frein. [p. 19]

[50] Lorsque le *Rapport Parker* a été publié, le législateur avait déjà effectué certaines modifications, d'une part, pour obliger les sociétés de droits d'exécution à déposer auprès du ministre, au Bureau du droit d'auteur, des listes d'œuvres faisant partie de leur répertoire et des états de redevances proposées et, d'autre part, pour permettre au ministre d'effectuer des contrôles et de réviser les redevances contraires à l'intérêt public (voir la *Loi modificative du droit d'auteur, 1931*, S.C. 1931, c. 8, et la *Loi modifiant la Loi modificatrice du droit d'auteur, 1931*, S.C. 1935, c. 18). Le juge Parker a recommandé d'autres modifications, notamment la création d'un tribunal administratif chargé d'homologuer les tarifs. Son raisonnement était le suivant :

La Société a actuellement le monopole du droit d'exécution de la musique protégée par des copyrights, et il lui est loisible d'imposer les tarifs qu'elle juge à propos. Lorsqu'il s'est agi d'autres monopoles, on a jugé nécessaire de créer un corps indépendant pour examiner et approuver les redevances qu'ils pouvaient exiger, c'est-à-dire les taux de transport, messageries, téléphone, etc. Si la Société est libre d'imposer ses propres prix et [de] les majorer de façon excessive, le public sera empêché d'entendre sa musique. [p. 50]

[51] Le législateur a adopté les recommandations du juge Parker dans la *Loi modifiant la Loi modificative du droit d'auteur, 1931*, S.C. 1936, c. 28. À la suite de ces modifications, le Tribunal d'appel du Droit d'auteur était tenu d'homologuer l'état des redevances proposées par une société de droits d'exécution en y apportant toutes les modifications nécessaires. Les paragraphes 10B(8) et 10B(9) de la *Loi sur le droit d'auteur*, S.R.C. 1927, c. 32, précisaient les conséquences de l'homologation d'un état. Ces dispositions sont les plus anciennes versions du par. 68.2(1) et de l'art. 70.17 respectivement :

(8) Les états des honoraires, redevances ou tantièmes ainsi certifiés comme homologués par le Tribunal d'appel du Droit d'auteur seront les honoraires, redevances ou tantièmes que l'association, société ou compagnie intéressée pourra réclamer ou percevoir légalement en paiement des

for the performance of all or any of its works in Canada during the ensuing calendar year in respect of which the statements were filed as aforesaid.

(9) No such society, association or company shall have any right of action or any right to enforce any civil or summary remedy for infringement of the performing right in any dramatico-musical or musical work claimed by any such society, association or company against any person who has tendered or paid to such society, association or company the fees, charges or royalties which have been approved as aforesaid.

[52] The cases interpreting these provisions and their subsequent iterations held that an approved statement of royalties put a cap on what the societies could charge for a licence but did not bind an unwilling user to the terms of a licence. The regime qualified the rights of the societies by vesting a “statutory license” in favour of “everybody who pays or tenders” the approved fee (*Vigneux (1943)*, at p. 353, per Duff C.J.; see also p. 364, per Rinfret J.). Users were entitled to choose whether or not to accept a licence on the Board-approved terms (*Maple Leaf Broadcasting Co. v. Composers, Authors and Publishers Assn. of Canada Ltd.*, [1954] S.C.R. 624, at p. 630, per Cartwright J.).

[53] Strayer J. made the point most clearly in *Performing Rights Organization of Canada Ltd. v. Lion D’Or (1981) Ltée* (1987), 16 F.T.R. 104. Users could choose to accept a licence, failing which they could be liable as an infringer:

It will be noted that [s. 50(9), which was equivalent to s. 10B(8) of the 1936 amendments] deals only with the enforcement of licences: the subsection refers to the amounts which the society

“may . . . sue for or collect *in respect of the issue or grant by it of licences* . . .”

licences qu’elle aura émises ou accordées pour l’exécution de toutes ses œuvres au Canada, ou de l’une quelconque d’entre elles, durant l’année civile suivante et en couverture desquelles les états auront été déposés comme susdit.

(9) Aucune pareille association, société ou compagnie n’aura le droit de poursuivre ou de demander l’application d’un recours civil ou sommaire contre la violation d’un droit d’exécution subsistant dans une œuvre dramatico-musicale ou musicale, réclamé par cette association, société ou compagnie contre quiconque aura payé ou offert de lui payer les honoraires, redevances ou tantièmes homologués comme susdit.

[52] Selon la jurisprudence portant sur l’interprétation de ces dispositions et de leurs moutures subséquentes, l’homologation d’un état des redevances avait pour effet de fixer le montant maximal que les sociétés pouvaient exiger pour une licence, sans pour autant lier l’utilisateur qui n’avait pas consenti à être lié par les modalités de la licence. Le régime restreignait les droits des sociétés en conférant une [TRADUCTION] « licence légale » en faveur de « quiconque aura payé ou offert de payer » les redevances homologuées (*Vigneux (1943)*, p. 353, le juge en chef Duff; voir également p. 364, le juge Rinfret). Les utilisateurs avaient le droit de choisir d’être liés ou non par une licence aux conditions énoncées dans le tarif homologué par le Tribunal (*Maple Leaf Broadcasting Co. c. Composers, Authors and Publishers Assn. of Canada Ltd.*, [1954] R.C.S. 624, p. 630, le juge Cartwright).

[53] Le juge Strayer est celui qui s’est exprimé le plus clairement sur ce point dans le jugement *Société de droits d’exécution du Canada Ltée c. Lion D’Or (1981) Ltée*, C.A.F., n° T-1615-86, 10 septembre 1987. Les utilisateurs pouvaient accepter la licence, à défaut de quoi ils pouvaient être tenus responsables de la violation du droit d’auteur :

On remarquera que [le par. 50(9), qui était équivalent au par. 10B(8) des modifications de 1936] traite uniquement de l’exécution des licences : le paragraphe mentionne les sommes que la société

peut réclamer ou percevoir *en paiement des licences qu’elle a émises ou accordées* . . .

I take this to mean that if a person performing these works refuses to take out a licence then s. 50(9) has no application. . . . If the society wishes to recover for use of the performing rights, it must then bring an action for infringement of copyright. [Emphasis in original, para. 9.]

[54] This was consistent with the purpose of the regime, enacted as Parliament became “aware of the necessity of regulating the exercise of the power acquired by” performing rights societies (*Vigneux (1943)*, at p. 352, per Duff C.J.). It would be discordant with this purpose to empower a society to foist a licence on an unwilling user.

[55] Until 1988, the *Copyright Act* only dealt with the collective administration of performing rights. It did not contain any provisions concerning other rights. A new regime, known now as the “general regime”, was created by amendments in 1988 and 1997 (*An Act to amend the Copyright Act and to amend other Acts in consequence thereof*, R.S.C. 1985, c. 10 (4th Supp.), formerly S.C. 1988, c. 15; *An Act to amend the Copyright Act*, S.C. 1997, c. 24). The heart of the debate about statutory purpose and the corresponding disagreement as to the correct interpretation of the relevant provisions turns on the 1988 and 1997 amendments.

[56] Prior to these amendments, the *Act* was subject to a number of studies and reports which found that technological change had made it easier for users to access information and harder for individual creators to control unauthorized reproduction. Expanding collective administration beyond performance rights was one proposed solution, as a 1984 *White Paper on Copyright* observed:

Organized exercise of copyright is needed for two major reasons:

- changing technological circumstances, which have greatly expanded opportunities for unauthorized reproduction and use of copyright-protected material;

Je comprends que cela veut dire que si une personne qui exécute ces œuvres refuse d’obtenir une licence, le paragraphe 50(9) ne s’applique pas. [. . .] Si la société désire recouvrer un paiement pour l’usage des droits d’exécution, elle doit intenter une action en violation de droit d’auteur. [En italique dans l’original; par. 9.]

[54] Ces propos allaient dans le sens de l’objet du régime qui avait été adopté après que le législateur a [TRADUCTION] « pris conscience de la nécessité d’encadrer l’exercice du pouvoir qu’ont acquis » les sociétés de droits d’exécution (*Vigneux (1943)*, p. 352, le juge en chef Duff). Il serait contraire à cet objet d’habiliter une société à imposer une licence à un utilisateur non consentant.

[55] Jusqu’en 1988, la *Loi sur le droit d’auteur* ne traitait que de la gestion collective des droits d’exécution. Elle ne contenait aucune disposition concernant d’autres droits. Un nouveau régime, maintenant connu sous le nom de « régime général », a été créé à la suite des modifications apportées à la *Loi* en 1988 et en 1997 (*Loi modifiant la Loi sur le droit d’auteur et apportant des modifications connexes et corrélatives*, L.R.C. 1985, c. 10 (4^e suppl.), anciennement L.C. 1988, c. 15; *Loi modifiant la Loi sur le droit d’auteur*, L.C. 1997, c. 24). Le cœur du débat sur l’objet de la *Loi* et le désaccord correspondant quant à l’interprétation qu’il convient de donner à ses dispositions pertinentes portent sur les modifications de 1988 et de 1997.

[56] Avant ces modifications, la *Loi* avait fait l’objet de plusieurs études et rapports qui avaient permis de constater que les changements technologiques avaient facilité l’accès des utilisateurs à l’information et rendu plus difficile pour les créateurs individuels le contrôle de la reproduction non autorisée. Parmi les solutions avancées, on a proposé d’étendre la portée de la gestion collective en ne la limitant plus aux droits d’exécution, comme en fait foi le *Livre blanc sur le droit d’auteur* de 1984 :

Deux faits militent en faveur de l’exercice collectif du droit d’auteur :

- le progrès technique a décuplé les possibilités de reproduction et d’utilisation illicites des œuvres protégées;

- the high costs of transactions, which may be so great as to make it impracticable for copyright owners to negotiate individually with users, such as in the case of photocopying, access to copyright material by educational users, or use of musical works by radio stations.

In those circumstances, it may be in the interest of all parties to provide cooperative mechanisms for the enforcement of rights and the collection of fees.

(Consumer and Corporate Affairs, *From Gutenberg to Telidon: A White Paper on Copyright: Proposals for the Revision of the Canadian Copyright Act* (1984) (“1984 White Paper”), at pp. 61-62)

[57] Access Copyright’s core argument is that, unlike the user-protection purpose of the 1936 amendments, the 1988 and 1997 amendments expanding collective administration were meant to protect copyright owners and that Parliament intended to make approved tariffs binding in furtherance of this purpose. Owners would otherwise be required to enforce their copyrights against institutional copiers through individual infringement actions, an illusory protection.

[58] This argument, with respect, conflates two distinct statutory purposes: the purpose for expanding collective administration to rights beyond public performance; and the separate purpose for regulating the collective societies that emerged from the expanded regime. While Parliament expanded collective administration to protect copyright creators and owners, it simultaneously vested the Board with price-setting powers to protect users from the potentially unfair exertion of the new societies’ market power. The Board’s power to approve a collective society’s proposed tariff is a part of its regulatory price-setting role.

[59] It is undeniable that a significant reason for expanding the collective administration regime was to protect creators, who experienced difficulties

- le coût élevé des négociations individuelles avec les usagers ren[d] celles-ci impraticables, pensons aux photocopies, aux œuvres utilisées par les établissements d’enseignement et les stations radiophoniques.

Dans les circonstances, il peut être de l’intérêt de toutes les parties de se doter de mécanismes collectifs pour l’exercice des droits et la perception des redevances.

(Consommation et Corporations, *De Gutenberg à Télidon : Livre blanc sur le droit d’auteur : propositions en vue de la révision de la loi canadienne sur le droit d’auteur* (1984) (« Livre blanc de 1984 »), p. 59)

[57] Access Copyright soutient essentiellement que, contrairement à l’objectif de protection de l’utilisateur visé par les modifications de 1936, celles de 1988 et de 1997 qui ont élargi la portée de la gestion collective avaient pour but de protéger les titulaires de droits d’auteur, et que le législateur avait l’intention de rendre obligatoires les tarifs homologués pour atteindre cet objectif. Sinon, les titulaires de droits d’auteur auraient été forcés d’opposer leurs droits d’auteur aux institutions effectuant des copies au moyen d’actions individuelles en violation du droit d’auteur, une protection illusoire.

[58] Avec égards, cet argument confond deux objectifs législatifs distincts : celui d’étendre la gestion collective à d’autres droits que les droits d’exécution publique et celui distinct d’encadrer les sociétés de gestion issues du régime élargi. Bien que le législateur ait étendu la portée du régime de gestion collective pour protéger les créateurs et les titulaires de droits d’auteur, il a simultanément investi la Commission de pouvoirs en matière de fixation des prix pour protéger les utilisateurs contre l’emprise sur le marché potentiellement abusive des nouvelles sociétés. Le pouvoir de la Commission d’homologuer le projet de tarif présenté par une société de gestion fait partie de son rôle réglementaire en matière de fixation des prix.

[59] Il est indéniable qu’une des principales raisons pour lesquelles le législateur a élargi la portée du régime de gestion collective était son souhait de

asserting their rights amidst technological change. They were interested in acting collectively but were concerned that without regulation and protection from prosecution for conspiracy, new collective societies would run into competition law problems (see, e.g., *1984 White Paper*, at pp. 62-63). As a result, Parliament amended the *Act* to sanction and govern collective administration for rights beyond public performance, making room for new collective societies to form as and when market forces demanded.

[60] This brought many benefits for copyright owners. By facilitating the users' ability to clear large numbers of copyrights through a single source and reducing transaction costs, collective societies made it easier to acquire rights and, as a corollary, for owners to be paid. As the Collective Societies Coalition intervening in this appeal noted, the "purpose of collective administration is to facilitate an efficient, functioning marketplace for the exchange of copyright-protected works" (see also *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, [2012] 2 S.C.R. 231, at para. 11, per Abella and Moldaver JJ.).

[61] Collective societies were also able more effectively to monitor the use of works within their repertoire and, in some cases, to assist copyright owners with infringement actions, as was the case when Access Copyright funded the litigation leading to this Court's decision in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339 ("Spectre I", at fn. 70). As the Federal Court of Appeal aptly observed in its reasons:

The assumption underlying Access Copyright's argument . . . is that effective enforcement requires mandatory tariffs. With respect, this is not self evident. The advantage of collective societies is that they allow rights holders to pool their resources to enable them to economically enforce

protéger les créateurs, qui avaient de la difficulté à faire valoir leurs droits dans un contexte de changements technologiques. Les créateurs souhaitaient agir collectivement, mais ils craignaient que, sans réglementation ni protection contre les poursuites pour complot, les nouvelles sociétés de gestion ne se heurtent à des problèmes en matière de droit de la concurrence (voir, p. ex., le *Livre blanc de 1984*, p. 59-61). Le législateur a donc modifié la *Loi* pour sanctionner et encadrer la gestion collective des droits sans la limiter à l'exécution publique, permettant ainsi à de nouvelles sociétés de gestion de se former au fur et à mesure que les forces du marché l'exigeraient.

[60] Ces mesures se sont avérées avantageuses à plus d'un titre pour les titulaires de droits d'auteur. En permettant aux utilisateurs de libérer une grande quantité de droits d'auteur par l'intermédiaire d'une source unique et en réduisant les frais d'exploitation, les sociétés de gestion ont facilité l'acquisition des droits et, du coup, la rémunération des titulaires de droits. Comme l'a souligné la coalition des sociétés de gestion qui sont intervenantes dans le cadre du présent pourvoi : [TRADUCTION] « . . . l'objet de la gestion collective est de faciliter un marché efficace et fonctionnel pour l'échange d'œuvres protégées par le droit d'auteur » (voir aussi *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, [2012] 2 R.C.S. 231, par. 11, les juges Abella et Moldaver).

[61] Les sociétés de gestion ont également été en mesure de contrôler plus efficacement l'utilisation des œuvres de leur répertoire et, dans certains cas, d'aider les titulaires de droits d'auteur à intenter des actions en violation du droit d'auteur, comme ce fut le cas lorsqu'Access Copyright a financé le litige à l'origine de l'arrêt rendu par notre Cour dans l'affaire *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339 (« Spectre I », note 70). Comme la Cour d'appel fédérale l'a fait remarquer avec justesse :

L'hypothèse qui sous-tend l'argument d'Access Copyright [. . .] est que, pour être efficace, le tarif doit être obligatoire. À mon sens, cela ne va pas de soi. L'avantage des sociétés de gestion est qu'elles permettent aux titulaires de droits de mettre en commun leurs ressources pour faire

their rights. This advantage exists even in the absence of mandatory tariffs. [para. 203]

[62] And collective societies could initiate infringement actions in respect of their repertoire if they are in fact exclusive licensees or assignees of the copyright, which Access Copyright is not (see s. 41.23 of the current *Copyright Act*; see also *Euro-Excellence Inc. v. Kraft Canada Inc.*, [2007] 3 S.C.R. 20).

[63] Collective societies are also able to assert a stronger bargaining position than individual copyright owners. A particular collective society's strength will depend on the value they are able to offer to users and the extent to which they can position themselves as the sole or main source for acquiring rights. This was the case for the performing rights societies that Parliament looked to as a viable model for other collectives. As Judge Parker said in 1935, "unless the user obtains a licence to perform the repertoire of Canadian Performing Right Society, he has no other supply" (p. 19). And in the ensuing decades the situation remained much the same. The absence of meaningful alternatives to dealing with a performing rights society made their tariffs "effectively mandatory even if *de jure* they were not" ("Spectre I", at p. 158).

[64] But a collective society's market power and effectiveness at achieving its goals is not guaranteed by the *Copyright Act*. Nothing in the *Act* is designed to prop-up collectives that have become less valuable to users and/or rights-holders. As Professor Daniel J. Gervais explains:

... Canadian rightsholders may create a new Collective Management Organization if they are dissatisfied with an existing one. In fact, *users* themselves could do the same, as was suggested by a well-known author in the area of reprography. [Emphasis in original.]

valoir leurs droits à moindre coût. Cet avantage existe même s'il n'y a pas de tarifs obligatoires. [par. 203]

[62] Les sociétés de gestion peuvent par ailleurs intenter des actions en violation du droit d'auteur à l'égard d'œuvres de leur répertoire si elles sont effectivement titulaires de licences exclusives ou cessionnaires du droit d'auteur, ce qui n'est pas le cas d'Access Copyright (voir l'art. 41.23 de la *Loi sur le droit d'auteur* actuelle; voir aussi *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*, [2007] 3 R.C.S. 20).

[63] Les sociétés de gestion bénéficient aussi d'un plus grand rapport de force que les titulaires de droits d'auteur qui agissent à titre individuel. La force d'une société de gestion dépend de la valeur qu'elle est capable d'offrir aux utilisateurs et de la mesure dans laquelle elle peut se présenter comme la seule ou la principale source d'acquisition de droits. C'était le cas des sociétés de droits d'exécution que le législateur considérait comme un modèle viable pour les autres sociétés de gestion collective. Ainsi que le juge Parker le disait en 1935 : « . . . si ces usagers n'obtiennent pas l'autorisation d'exécuter le répertoire de la *Canadian Performing Right Society*, ils ne peuvent s'approvisionner ailleurs . . . » (p. 19). Durant les décennies qui ont suivi, la situation est demeurée pratiquement inchangée. L'absence de solutions de rechange concrètes pour traiter avec les sociétés de droits d'exécution a fait en sorte que les tarifs de ces dernières étaient [TRADUCTION] « obligatoires dans les faits, même s'ils ne l'étaient pas *de jure* » (« Spectre I », p. 158).

[64] Mais l'emprise d'une société de gestion sur le marché et sa capacité d'atteindre ses objectifs ne sont pas garanties par la *Loi*. Rien dans celle-ci n'est conçu pour soutenir les sociétés de gestion qui ont moins d'attrait aux yeux des utilisateurs et/ou des titulaires de droit. Comme l'explique le professeur Daniel J. Gervais :

... les titulaires de droits canadiens peuvent créer une nouvelle [organisation de gestion collective] s'ils sont insatisfaits de celle en place. En fait, les *utilisateurs* eux-mêmes pourraient agir de la sorte, comme le proposait un auteur bien connu dans le secteur de la reprographie. [En italique dans l'original.]

(“Collective Management of Copyright and Neighbouring Rights in Canada: An International Perspective” (2002), 1 *C.J.L.T.* 21, at p. 26; see also Department of Canadian Heritage, *Collective Management of Copyright and Neighbouring Rights in Canada: An International Perspective* (2001), at p. 26; Howard P. Knopf, “Copyright Collectivity in the Canadian Academic Community: An Alternative to the Status Quo?” (1999), 14 *I.P.J.* 109.)

[65] If a collective society does not have a large enough repertoire or other sources emerge to provide better value, users may find that the collective is not “the most cost-effective way to obtain licences”, and might prefer to “negotiate with the right-holders directly, or through other intermediaries” (“Spectre I”, at p. 159).

[66] This takes us to the purpose of a tariff certified by the Board setting licensing royalties pursuant to s. 70.15, which is one of three ways in which the Board may become involved in setting fair prices in the general regime. In addition to its tariff approval power, the Board may fix royalties when a collective society and individual user are unable to agree on terms and one party applies to the Board (ss. 70.2 to 70.4). And even when the parties make an agreement without Board intervention, the collective society will only be immunized from prosecution under the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, if it files the agreement with the Board, following which the Board may examine the agreement and, after hearing from the Commissioner of Competition and the parties, alter the royalties (ss. 70.5 to 70.6). Given that licensing royalties are always subject to the possibility of Board scrutiny one way or another, a collective society may see benefits of efficiency in obtaining the Board’s advance approval of a general tariff that applies to many users.

(Ministère du Patrimoine canadien, *Gestion collective du droit d’auteur et des droits voisins au Canada : perspective internationale* (2001), p. 29; voir également « Collective Management of Copyright and Neighbouring Rights in Canada : An International Perspective » (2002), 1 *C.J.L.T.* 21, p. 26; Howard P. Knopf, « La gestion collective des droits d’auteur dans la communauté universitaire canadienne : une alternative au statu quo? » (1999), 12 *C.P.I.* 95.)

[65] Si une société de gestion ne dispose pas d’un répertoire assez vaste ou si de nouvelles sources leur offrent une meilleure valeur, les utilisateurs peuvent en arriver à la conclusion que la société de gestion n’est pas [TRADUCTION] « le moyen le plus rentable d’obtenir une licence » et préférer « négocier directement avec les titulaires de droits, ou par d’autres intermédiaires » (« Spectre I », p. 159).

[66] Ceci nous amène à l’objet du tarif homologué par lequel la Commission fixe les redevances de licence en vertu de l’art. 70.15, l’une des trois façons dont la Commission peut intervenir pour fixer des prix équitables dans le cadre du régime général. En plus de son pouvoir d’homologation des tarifs, la Commission peut fixer des redevances lorsque la société de gestion et l’utilisateur individuel ne parviennent pas à s’entendre sur les conditions et que l’une ou l’autre s’adresse à la Commission (art. 70.2 à 70.4). Et même lorsque les parties parviennent à s’entendre sans l’intervention de la Commission, la société de gestion ne sera protégée contre une poursuite intentée en application de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34, que si elle dépose l’entente auprès de la Commission, qui peut ensuite l’examiner et, après avoir entendu le commissaire à la concurrence et les parties, peut modifier les redevances (art. 70.5 à 70.6). Étant donné que les redevances de licence sont d’une manière ou d’une autre toujours susceptibles de faire l’objet d’un examen de la part de la Commission, la société de gestion peut estimer qu’il est avantageux, sur le plan de l’efficacité, de faire homologuer au préalable par la Commission un tarif général qui s’appliquera à un grand nombre d’utilisateurs.

[67] Operating together, these price-setting powers of the Board protect users from the potential exertion of unfair market power by collective societies. This was clearly the purpose of the 1936 amendments empowering the Copyright Appeal Board to approve statements of royalties. Government reports and legislative history show that this purpose persisted through the 1988 and 1997 amendments.

[68] In the debates on the 1988 amendments, the Hon. Flora MacDonald, Minister of Communications and sponsoring Minister of the amendments, explained that the proposed system “has been in operation for about 50 years for musical performances and is working well”, and that the existing system should be expanded to other areas of copyright (*House of Commons Debates*, vol. VI, 2nd Sess., 33rd Parl., June 15, 1987, at p. 7109). She acknowledged that collective administration was beneficial for copyright owners, but went on to provide a caution based on the lessons of the early performing rights societies, observing that collective societies can “achieve such a dominant bargaining position that the interests of potential customers are not sufficiently safeguarded” (*House of Commons Debates*, vol. VI, 2nd Sess., 33rd Parl., June 26, 1987, at p. 7667).

[69] The government reports leading to the amendments are to the same effect. A Sub-Committee Report on the Revision of Copyright observed that the “system presently used with respect to the performing rights in musical works” served as a well-working model for an expanded collective administration regime (House of Commons, Sub-committee of the Standing Committee on Communications and Culture on the Revision of Copyright, *A Charter of Rights for Creators* (1985), at p. 85). And the 1984 *White Paper* suggested that “[t]o protect the public from possible excesses by copyright societies, they would be subject to the control of the revised Copyright Appeal Board” (p. 62).

[67] L’ensemble des pouvoirs que possède la Commission en matière de fixation des prix protège les utilisateurs contre l’emprise déloyale que les sociétés de gestion pourraient exercer sur le marché. C’était manifestement l’objectif des modifications de 1936, qui habilitaient le Tribunal d’appel du Droit d’auteur à homologuer des états de redevances. Les rapports gouvernementaux et l’historique législatif illustrent que cet objectif a été maintenu à la suite des modifications de 1988 et de 1997.

[68] Lors des débats sur les modifications de 1988, l’hon. Flora MacDonald — qui était ministre des Communications et qui parrainait les modifications — a expliqué que le système proposé « existe depuis environ 50 ans pour l’exécution d’œuvres musicales [et] a prouvé son efficacité » et qu’il devait être étendu à d’autres secteurs protégés par le droit d’auteur (*Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 2^e sess., 33^e lég., 15 juin 1987, p. 7109). Tout en reconnaissant que la gestion collective comportait de nombreux avantages pour les titulaires de droits d’auteur, elle a servi une mise en garde en évoquant l’expérience vécue avec les premières sociétés de perception des droits, en faisant observer qu’une société de gestion peut « occuper une position de négociation tellement avantageuse que les intérêts des clients potentiels ne seront pas suffisamment protégés » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 2^e sess., 33^e lég., 26 juin 1987, p. 7667).

[69] Les rapports du gouvernement qui ont mené aux modifications vont dans le même sens. Le Sous-comité du Comité permanent des communications et de la culture sur la révision du droit d’auteur a fait observer qu’on pouvait s’inspirer du « système qui est actuellement utilisé [. . .] dans le cas des droits d’exécution des œuvres musicales » pour proposer un régime de gestion collective élargi (Chambre des communes, Sous-comité du Comité permanent des communications et de la culture sur la révision du droit d’auteur, *Une charte des droits des créateurs et créatrices* (1985), p. 93). Le *Livre blanc de 1984* suggérait en outre que « [p]our protéger le public contre d’éventuels abus, on soumettrait ces sociétés au contrôle de la nouvelle Commission d’appel du droit d’auteur » (p. 60).

[70] Access Copyright argues that Parliament demonstrated its intent to make Board approved tariffs mandatory when it amended the predecessor to s. 68.2(1) in 1988 by removing the words “in respect of the issue or grant by it of licences”, which Strayer J. had relied on in *Lion D’Or* to conclude that a user could choose whether or not to accept a licence. This would have been a perplexing way for Parliament to express its intent to make such a radical change in the law, particularly given that the statutory context continued to clearly demonstrate that approved tariffs were part of a copyright licensing scheme. Collective societies that administer traditional copyright, as opposed to equitable remuneration rights, do so by operating a “licensing scheme” (s. 2 “collective society” (a)). When a collective society works in the general regime, it operates a “licensing scheme” (s. 70.1). And when a collective society proposes a tariff under s. 70.12(a), it does so to set out “by licence” royalties and terms and conditions of use.

[71] Access Copyright’s interpretation of s. 68.2(1) is not only unsupported by the purpose of the Board’s price-setting role, it is, respectfully, also in direct conflict with that purpose. Instead of operating as a part of a scheme designed to control collective societies’ potentially unfair market power, Access Copyright’s interpretation would turn tariffs into a plainly *anti-competitive* tool, boosting collective societies’ power to the detriment of users.

[72] The legal consequence of Access Copyright’s mandatory tariff theory would be that a user would be liable to pay royalties in full as soon as it became responsible for any infringing use of a work within a collective society’s repertoire. Under the final 2011-2014 Access Copyright tariff for post-secondary educational institutions, for example, York would be liable to pay \$24.80 for each of its 45,000 full time equivalent students, totalling over one million dollars per year, as soon as it made a single infringing use

[70] Access Copyright affirme que le législateur a démontré son intention de rendre obligatoires les tarifs homologués par la Commission lorsqu’il a modifié le prédécesseur du par. 68.2(1) en 1988 en supprimant les mots « en paiement des licences qu’elle aura émises ou accordées », sur lesquels le juge Strayer s’est fondé dans l’affaire *Lion D’Or* pour conclure que l’utilisateur pouvait choisir d’accepter ou non une licence. Cela aurait été une façon fort inusitée pour le législateur d’exprimer sa volonté d’apporter un changement aussi radical à la *Loi*, d’autant plus que le contexte législatif continuait à démontrer clairement que les tarifs homologués faisaient partie d’un régime de licences de droits d’auteur. Les sociétés de gestion qui gèrent le droit d’auteur traditionnel, par opposition au droit à une rémunération équitable, le font dans le cadre de l’administration d’un « système d’octroi de licences » (al. 2 « société de gestion » a)). Lorsqu’une société de gestion exerce ses activités dans le cadre du régime général, elle est chargée « d’octroyer des licences » (art. 70.1). Et lorsqu’une société de gestion propose un tarif en vertu de l’al. 70.12a), elle le fait en vue d’établir « par licence » les redevances à verser et les modalités d’utilisation à respecter.

[71] L’interprétation qu’Access Copyright propose du par. 68.2(1) est non seulement non étayée par le rôle que joue la Commission en matière de fixation des prix, mais, avec égards, elle contredit également cet objectif. Au lieu de s’inscrire dans le cadre d’un système visant à endiguer le pouvoir potentiellement abusif des sociétés de gestion sur le marché, l’interprétation d’Access Copyright transformerait les tarifs en mécanisme manifestement *anticoncurrentiel*, renforçant ainsi le pouvoir des sociétés de gestion au détriment des utilisateurs.

[72] La théorie du tarif obligatoire avancée par Access Copyright aurait pour conséquence, sur le plan juridique, d’obliger l’utilisateur à acquitter intégralement les redevances dès qu’il deviendrait responsable de toute utilisation d’une œuvre du répertoire de la société de gestion qui emporterait violation du droit d’auteur. Ainsi, aux termes du tarif définitif d’Access Copyright visant les établissements d’enseignement postsecondaire pour les années 2011 à 2014, l’Université serait tenue de

within Access Copyright's repertoire. For a university that attempts to clear its copyright obligations using alternative licences and fair dealing, a single infringing use — one that was not authorized by fair dealing or independently licensed — could thereby become a tripwire making the university liable to pay the full royalties in a tariff. This "Sword of Damocles", as the intervener the Canadian Association of Research Libraries aptly put it, renders a university's freedom to clear its copyright obligations without involving Access Copyright completely illusory.

[73] It is, with respect, no answer to say that the Board can set fair and flexible payment structures. The Board is in the business of setting general tariffs for a large category of users and is inherently limited in its ability to direct itself to each user's unique needs. Moreover, on Access Copyright's theory, in order to ensure it does not find itself responsible for an exorbitant licence fee that takes no account of its individual circumstances, a user would be forced to invest significant resources into participation in Board proceedings whenever a collective society proposed a tariff. As Access Copyright points out, the tariff-setting process is time consuming and expensive. Forcing all users potentially caught by the ambit of a tariff to participate in a Board hearing would limit users' ability to obtain their rights from other sources and, in turn, limit the competitiveness of other sources as against established collectives. That is the antithesis of the purpose of s. 68.2(1).

[74] The source of Access Copyright's grievance, it seems to me, stems not so much from the voluntary nature of an approved tariff, but from the fact

payer 24,80 \$ pour chacun de ses 45 000 étudiants équivalent temps plein, ce qui équivaldrait à plus d'un million de dollars par année, dès qu'elle ferait une seule utilisation qui emporterait violation du droit d'auteur sur une œuvre inscrite au répertoire d'Access Copyright. Pour une université qui tente de s'acquitter de ses obligations en matière de droits d'auteur en recourant à d'autres licences et en invoquant l'exception de l'utilisation équitable, toute utilisation emportant violation — c'est-à-dire toute utilisation non autorisée au titre de l'exception de l'utilisation équitable ou faisant l'objet d'une licence indépendante — pourrait ainsi rendre l'université passible de payer intégralement les redevances prévues au tarif. Cette [TRADUCTION] « épée de Damoclès », pour reprendre l'expression employée à juste titre par l'intervenante Association des bibliothèques de recherche du Canada, rend complètement illusoire la liberté d'une université de s'acquitter de ses obligations en matière de droit d'auteur sans faire intervenir Access Copyright.

[73] Selon moi, il ne suffit pas de répondre que la Commission peut fixer des barèmes équitables et souples. Elle a pour mission de fixer des tarifs généraux pour une vaste catégorie d'utilisateurs et elle est intrinsèquement limitée dans sa capacité de tenir compte des besoins uniques de chaque utilisateur. De plus, selon la théorie d'Access Copyright, pour s'assurer de ne pas avoir à payer des frais de licence exorbitants qui ne tiennent pas compte de sa situation particulière, l'utilisateur serait obligé de consacrer des ressources importantes pour participer aux instances de la Commission chaque fois qu'une société de gestion déposerait un projet de tarif. Comme le souligne Access Copyright, le processus de fixation des tarifs est long et coûteux. Forcer tous les utilisateurs susceptibles d'être visés par un tarif à participer aux audiences de la Commission nuirait à leur capacité d'obtenir leurs droits d'autres sources et, par ricochet, limiterait la compétitivité des autres sources en question par rapport aux sociétés de gestion établies. Cela irait directement à l'encontre de l'objet du par. 68.2(1).

[74] Les doléances d'Access Copyright ne découlent pas tant, selon moi, du caractère volontaire des tarifs homologués, mais plutôt du fait qu'elle ne

that Access Copyright cannot initiate infringement actions on behalf of its members. To the extent that this is a problem, it has nothing to do with s. 68.2(1) and is largely outside the scope of this appeal. But it is important to recall that Access Copyright chooses to operate on the terms of a non-exclusive licence that does not give it the right to sue for infringement in respect of the rights it administers. Nothing compels Access Copyright and its members to operate this way.

[75] The preceding review of the text, legislative context, purpose and supporting jurisprudence all lead, in my respectful view, to the conclusion that s. 68.2(1) does not make tariffs approved by the Copyright Board pursuant to s. 70.15 mandatory against users who choose not to be licensed on the approved terms.

[76] It is of course open to Parliament to amend the *Copyright Act* if and when it sees fit to make collective infringement actions more readily available. But under the existing relevant legislation in this appeal, an approved tariff is not binding against a user who does not accept a licence.

[77] I would therefore dismiss Access Copyright's appeal. This brings us to York's appeal from the dismissal of its counterclaim seeking declaratory relief.

[78] In response to Access Copyright's action to enforce the interim tariff at the Federal Court, York filed a counterclaim seeking a Declaration that "any reproductions made that fall within the guidelines set out in York's 'Fair Dealing Guidelines for York Faculty and Staff (11/13/12)' . . . constitute fair dealing".

[79] York's counterclaim was connected to its defence to Access Copyright's action to enforce the

peut intenter d'action en violation du droit d'auteur au nom de ses membres. Dans la mesure où il s'agit d'un problème, cet état de fait n'a rien à voir avec le par. 68.2(1) et il déborde largement le cadre du présent pourvoi. Il est toutefois important de se rappeler qu'Access Copyright a choisi d'exercer ses activités selon les modalités d'une licence non exclusive qui ne lui donne pas le droit d'intenter une poursuite pour violation des droits qu'elle administre. Rien n'oblige Access Copyright et ses membres à opter pour cette solution.

[75] Selon moi, l'examen précédent du texte, du contexte législatif, de l'objet de la loi et de la jurisprudence à l'appui mène à la conclusion que le par. 68.2(1) ne rend pas les tarifs homologués par la Commission du droit d'auteur en vertu de l'art. 70.15 opposables aux utilisateurs qui choisissent de ne pas obtenir de licence aux conditions énoncées dans le tarif homologué.

[76] Il est bien entendu loisible au législateur de modifier la *Loi sur le droit d'auteur* s'il le juge opportun pour faciliter l'introduction d'actions en violation du droit d'auteur par les sociétés de gestion. Toutefois, selon les dispositions législatives actuelles qui nous intéressent dans le cadre du présent pourvoi, un tarif homologué ne peut être opposé à l'utilisateur qui n'accepte pas une licence.

[77] Je suis par conséquent d'avis de rejeter le pourvoi d'Access Copyright. Ce qui nous amène à l'appel de l'Université du rejet de sa demande reconventionnelle par lequel elle sollicite un jugement déclaratoire.

[78] En réponse à l'action d'Access Copyright intentée devant la Cour fédérale en vue de faire exécuter le tarif provisoire, l'Université a déposé une demande reconventionnelle dans laquelle elle sollicitait un jugement déclarant que [TRADUCTION] « les reproductions relevant des "Lignes directrices sur l'utilisation équitable à l'intention des professeurs et du personnel de l'Université (12/11/13)" [. . .] constituent une utilisation équitable ».

[79] La demande reconventionnelle de l'Université était liée à sa défense à l'action intentée par Access

interim tariff. The fairness of copying under York's Guidelines was only a live issue between the parties if the tariff was enforceable against York.

[80] Having found that the interim tariff was enforceable, the trial judge assessed York's fair dealing counterclaim. He found that the Guidelines were not fair either in their terms or their application and refused to grant the Declaration. The Court of Appeal found that the tariff was not enforceable and, therefore, "York's Guidelines as a defence to Access Copyright's action does not arise because the tariff is not mandatory and Access Copyright cannot maintain a copyright infringement action" (para. 206). But the Court of Appeal nonetheless considered York's appeal from the trial judge's refusal to issue a Declaration that its Guidelines were fair. It agreed with the trial judge that the Guidelines were unfair and dismissed York's request for a Declaration.

[81] York's appeal to this Court seeks the Declaration from this Court that was denied by the Federal Court and the Federal Court of Appeal.

[82] In my view, it is not appropriate to entertain York's request for declaratory relief in these proceedings. This Court recently stated the test for when declaratory relief may be granted in *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, [2016] 1 S.C.R. 99, per Abella J.:

The party seeking relief must establish that the court has jurisdiction to hear the issue, that the question is real and not theoretical, and that the party raising the issue has a genuine interest in its resolution. A declaration can only be granted if it will have practical utility, that is, if it will

Copyright pour faire exécuter le tarif provisoire. Le caractère équitable de la reproduction au sens des Lignes directrices de l'Université ne constituait une question en litige entre les parties que si le tarif était opposable à l'Université.

[80] Ayant conclu que le tarif provisoire était contraignant, le juge de première instance s'est penché sur la demande reconventionnelle de l'Université fondée sur l'utilisation équitable. Il a conclu que les Lignes directrices n'étaient équitables ni dans leur formulation ni dans leur application, et il a refusé de rendre le jugement déclaratoire sollicité. La Cour d'appel a conclu que le tarif n'était pas contraignant et que, par conséquent, « la question de la validité des Lignes directrices de l'Université comme moyen de défense contre l'action d'Access Copyright ne se pose pas étant donné que le tarif n'est pas obligatoire et qu'Access Copyright ne peut pas intenter d'action en violation du droit d'auteur » (par. 206). La Cour d'appel a néanmoins examiné l'appel interjeté par l'Université du refus du juge de première instance de rendre un jugement déclarant que ses Lignes directrices étaient équitables. La cour a convenu avec le juge de première instance que les Lignes directrices n'étaient pas équitables et a rejeté la demande de jugement déclaratoire de l'Université.

[81] Le pourvoi formé par l'Université devant notre Cour vise à obtenir de celle-ci le jugement déclaratoire qui lui a été refusé tant par la Cour fédérale que par la Cour d'appel fédérale.

[82] À mon avis, il n'y a pas lieu de connaître de la demande de jugement déclaratoire présentée par l'Université dans la présente instance. La Cour a récemment énoncé le test à appliquer pour déterminer dans quels cas un jugement déclaratoire peut être accordé, dans l'arrêt *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [2016] 1 R.C.S. 99, la juge Abella :

La partie qui demande réparation doit établir que le tribunal a compétence pour entendre le litige, que la question en cause est réelle et non pas simplement théorique et que la partie qui soulève la question a véritablement intérêt à ce qu'elle soit résolue. Un jugement déclaratoire ne peut

settle a “live controversy” between the parties. [Citation omitted; para. 11.]

Daniels drew on *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, where Dickson J. stated that declaratory relief is a remedy availing to “persons sharing a legal relationship, in respect of which a ‘real issue’ concerning the relative interests of each has been raised and falls to be determined” (p. 830). And most recently in *Newfoundland and Labrador (Attorney General) v. Uashaunnuat (Innu of Uashat and of Mani-Utenam)*, [2020] 1 S.C.R. 15, the Court emphasized that “[f]airness requires that the parties affected by declaratory relief be heard” (para. 42, per Wagner C.J. and Abella and Karakatsanis JJ.).

[83] In light of the conclusion on Access Copyright’s appeal that the interim tariff is not mandatory and is therefore unenforceable against York, there is no live dispute between the parties. This is not an action for infringement, since Access Copyright has no standing to bring such an action. And the copyright owners who do have standing to bring an infringement action in respect of York’s copying activities are not parties to these proceedings and, as a result, have not had the opportunity to advance arguments or adduce evidence about how York’s Guidelines interact with and affect their copyrighted works. The undesirable consequence of assessing fair dealing guidelines in the absence of a genuine dispute between proper parties is that the analysis is inevitably anchored in aggregate findings and general assumptions without a connection to specific instances of works being copied. All of this makes consideration of the Guidelines in this case inappropriate.

[84] It is true that in *CCH*, the Court granted a declaration to the Law Society that it “does not infringe copyright when a single copy of a reported decision, case summary, statute, regulation or limited selection of text from a treatise is made by the Great Library

être rendu que s’il a une utilité pratique, c’est-à-dire s’il règle un « litige actuel » entre les parties. [Référence omise; par. 11.]

Dans l’arrêt *Daniels*, la Cour s’est inspirée de la décision *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, dans laquelle le juge Dickson avait affirmé qu’un jugement déclaratoire est un recours ouvert « à des personnes ayant un lien juridique dont découle une “véritable question” à trancher concernant leurs intérêts respectifs » (p. 830). En outre, plus récemment, dans l’arrêt *Terre-Neuve-et-Labrador (Procureur général) c. Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)*, [2020] 1 R.C.S. 15, la Cour a souligné que « [l]’équité exige que les parties touchées par le jugement déclaratoire soient entendues » (par. 42, le juge en chef Wagner et les juges Abella et Karakatsanis).

[83] Vu notre conclusion sur le pourvoi d’Access Copyright selon laquelle le tarif provisoire n’est pas contraignant et n’est donc pas opposable à l’Université, il n’y a plus de question en litige entre les parties. Il ne s’agit pas en l’espèce d’une action en violation du droit d’auteur, étant donné qu’Access Copyright n’a pas qualité pour intenter une telle action. De plus, les titulaires de droits d’auteur qui ont qualité pour intenter une action en violation à l’égard des activités de reproduction de l’Université ne sont pas parties à la présente instance et n’ont donc pas eu l’occasion de faire valoir leur point de vue ou de présenter des éléments de preuve sur la façon dont les Lignes directrices de l’Université interagissent avec leurs œuvres protégées par le droit d’auteur et les affectent. La conséquence indésirable d’une analyse de lignes directrices sur l’utilisation équitable en l’absence d’un véritable différend entre les intéressés est que cette analyse repose inévitablement sur des conclusions approximatives et des hypothèses générales qu’on ne peut rattacher à des cas précis de reproduction d’œuvres. Tous ces éléments font en sorte qu’il ne convient pas en l’espèce de considérer les Lignes directrices.

[84] Certes, dans l’affaire *CCH*, la Cour a rendu un jugement déclaratoire portant que « le Barreau ne viole pas le droit d’auteur lorsque la Grande bibliothèque fournit, sur demande, une seule copie d’une décision publiée, d’un résumé jurisprudentiel,

in accordance with its Access Policy” (para. 76). But it did so in the context of a live infringement action brought by proper parties, and where the Law Society relied on its “practices and policies” to show that its dealings were fair (para. 63).

[85] There is no doubt, as York argued, that guidelines are important to an educational institution’s ability to actualize fair dealing for its students. As Professor Samuel E. Trosow writes, a “general lack of understanding about basic copyright rights and obligations” serves as a “serious impedimen[t] . . . to the realization of fair dealing as a substantive users’ right” in the educational context (“Bill C-32 and the Educational Sector: Overcoming Impediments to Fair Dealing”, in Michael Geist, ed., *From “Radical Extremism” to “Balanced Copyright”: Canadian Copyright and the Digital Agenda* (2010), 541, at p. 542). Institutionalized guidelines can help overcome this impediment.

[86] But the usefulness of guidelines in theory does not provide the Court with a sound basis for entertaining declaratory relief without a live dispute between the parties or when those whose rights are at stake are not privy to the proceedings.

[87] While I therefore agree that the requested Declaration should not be granted, this should not be construed as endorsing the reasoning of the Federal Court and Federal Court of Appeal on the fair dealing issue. There are some significant jurisprudential problems with those aspects of their judgments that warrant comment.

[88] In commenting on those errors, it is important to emphasize that our reasons do not decide the issue of fair dealing, which can only be determined in a factual context. Rather, the objective is to correct

d’une loi, d’un règlement ou d’une partie restreinte d’un texte provenant d’un traité conformément à sa Politique d’accès » (par. 76). Mais ce jugement a été rendu dans le contexte d’une action concrète en violation du droit d’auteur intentée par les personnes concernées, dans laquelle le Barreau s’appuyait sur « ses propres pratiques et politiques » pour démontrer que l’utilisation qu’il faisait était équitable (par. 63).

[85] Il ne fait aucun doute, comme l’a fait valoir l’Université, que les lignes directrices sont importantes pour permettre aux établissements d’enseignement de faire profiter à leurs étudiants de l’exception relative à l’utilisation équitable. Comme l’a écrit le professeur Samuel E. Trosow : [TRADUCTION] « . . . la méconnaissance générale des droits et des obligations de base en matière de droit d’auteur » constitue un « obstacl[e] sérieux [. . .] à la reconnaissance de l’utilisation équitable en tant que droit substantiel des utilisateurs » dans un contexte pédagogique (« Bill C-32 and the Educational Sector : Overcoming Impediments to Fair Dealing », dans Michael Geist, dir., *From « Radical Extremism » to « Balanced Copyright » : Canadian Copyright and the Digital Agenda* (2010), 541, p. 542). L’établissement de lignes directrices par les établissements d’enseignement peut contribuer à surmonter cet obstacle.

[86] Cela dit, l’utilité théorique des lignes directrices ne constitue pas une base suffisamment solide pour que la Cour puisse rendre un jugement déclaratoire s’il n’existe pas de véritable différend entre les parties ou si les personnes dont les droits sont en jeu ne sont pas parties à l’instance.

[87] Bien que je convienne donc que le jugement déclaratoire sollicité ne devrait pas être accordé, ce refus ne devrait pas être interprété comme une approbation du raisonnement de la Cour fédérale et de la Cour d’appel fédérale sur la question de l’utilisation équitable. Ces aspects de leur jugement comportent des problèmes jurisprudentiels importants qui méritent d’être commentés.

[88] En commentant ces erreurs, il est important de souligner que les présents motifs ne tranchent pas la question de l’utilisation équitable, qui ne peut être décidée qu’à la lumière d’un contexte factuel. Nos

some aspects of the reasoning from the courts under review which, respectfully, depart from this Court's jurisprudence. While correcting the errors committed by the Federal Court and Court of Appeal favours the position argued before this Court by York, these reasons address only some of the factors that make up the fair dealing analysis, an analysis that requires consideration of facts and factors not addressed here.

[89] The main problem with their analysis was that they approached the fairness analysis exclusively from the institutional perspective. This error tainted their analysis of several fairness factors. By anchoring the analysis in the institutional nature of the copying and York's purported commercial purpose, the nature of fair dealing as a user's right was overlooked and the fairness assessment was over before it began.

[90] This Court's modern fair dealing doctrine reflects its more general "move away from an earlier, author-centric view which focused on the exclusive right of authors and copyright owners to control how their works were used in the marketplace" (*Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, [2012] 2 S.C.R. 326 ("SOCAN"), at para. 9, per Abella J.). The Court is "at the vanguard in interpreting copyright law as a balance between copyright rights and user rights", and its understanding of fair dealing is no exception (Myra J. Tawfik, "The Supreme Court of Canada and the 'Fair Dealing Trilogy': Elaborating a Doctrine of User Rights under Canadian Copyright Law" (2013), 51 *Alta. L. Rev.* 191, at p. 195). Fair dealing is "[o]ne of the tools employed to achieve the proper balance between protection and access in the *Act*" (*SOCAN*, at para. 11).

propos visent plutôt à corriger certains aspects du raisonnement des juridictions d'instances inférieures qui, avec égards, détonnent par rapport à la jurisprudence de notre Cour. Bien que la rectification des erreurs commises par la Cour fédérale et par la Cour d'appel favorise la thèse qu'a défendue l'Université devant nous, les présents motifs ne portent que sur certains des facteurs qui entrent en jeu dans l'analyse de l'utilisation équitable, une analyse qui fait entrer en ligne de compte des faits et des facteurs qui n'ont pas été abordés en l'espèce.

[89] Le principal problème que comporte l'analyse des juridictions d'instances inférieures réside dans le fait qu'elles ont abordé la question de l'équité exclusivement du point de vue de l'établissement d'enseignement. Cette erreur a entaché leur analyse de plusieurs des facteurs relatifs à l'équité. En faisant reposer leur analyse sur le caractère institutionnel de la reproduction et sur les présumés objectifs commerciaux de l'Université, elles ont négligé le fait que l'utilisation équitable constitue un droit de l'utilisateur, de sorte que leur examen de l'équité était terminé avant même d'être commencé.

[90] La doctrine moderne de notre Cour en matière d'utilisation équitable illustre bien sa volonté plus générale de « romp[re] avec une conception jusque-là centrée sur l'auteur de l'œuvre ainsi que sur le droit exclusif de l'auteur et du titulaire du droit d'auteur de décider de l'usage qui peut être fait de l'œuvre sur le marché » (*Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, [2012] 2 R.C.S. 326 (« SOCAN »), par. 9, la juge Abella). La Cour est [TRADUCTION] « à l'avant-garde lorsqu'elle interprète le droit en matière de droit d'auteur comme un équilibre à trouver entre le droit d'auteur et les droits des utilisateurs » et sa conception de l'utilisation équitable ne fait pas exception (Myra J. Tawfik, « The Supreme Court of Canada and the "Fair Dealing Trilogy" : Elaborating a Doctrine of User Rights under Canadian Copyright Law » (2013), 51 *Alta. L. Rev.* 191, p. 195). L'exception au titre de l'utilisation équitable constitue « l'un des moyens retenus par le législateur pour établir un juste équilibre entre protection et accès » (*SOCAN*, par. 11).

[91] Accordingly, to understand and apply fair dealing doctrine requires first understanding the copyright balance. Copyright law has public interest goals. The relationship between members of the public and copyrighted works is not merely the “consequence of the author-work relationship” (Carys J. Craig, “Locke, Labour and Limiting the Author’s Right: A Warning against a Lockean Approach to Copyright Law” (2002), 28 *Queen’s L.J.* 1, at p. 6). Put differently, the public benefits of our system of copyright are much more than “a fortunate by-product of private entitlement” (pp. 14-15, cited in *SOCAN*, at para. 9).

[92] Instead, increasing public access to and dissemination of artistic and intellectual works, which enrich society and often provide users with the tools and inspiration to generate works of their own, is a primary goal of copyright. “Excessive control by holders of copyrights and other forms of intellectual property may unduly limit the ability of the public domain to incorporate and embellish creative innovation in the long-term interests of society as a whole” (*Théberge v. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 S.C.R. 336, at para. 32, per Binnie J.).

[93] But it is also true that just rewards for copyright creators provide necessary incentives, ensuring that there is a steady flow of creative works injected into the public sphere. As Binnie J. put it, “[i]n crassly economic terms it would be as inefficient to overcompensate artists and authors for the right of reproduction as it would be self-defeating to undercompensate them” (para. 31). A proper balance ensures that creators’ rights are recognized, but authorial control is not privileged over the public interest.

[91] Par conséquent, pour comprendre et appliquer la doctrine de l’utilisation équitable, il faut tout d’abord comprendre l’équilibre en matière de droit d’auteur. Ce dernier a des objectifs d’intérêt public. La relation entre les membres du public et les œuvres protégées par le droit d’auteur n’est pas simplement une [TRADUCTION] « conséquence des rapports qui existent entre l’auteur et son œuvre » (Carys J. Craig, « Locke, Labour and Limiting the Author’s Right : A Warning against a Lockean Approach to Copyright Law » (2002), 28 *Queen’s L.J.* 1, p. 6). Autrement dit, les avantages que tire le public de notre régime de protection du droit d’auteur représentent bien plus qu’une [TRADUCTION] « conséquence heureuse mais fortuite de la reconnaissance d’un droit privé » (p. 14-15, cité dans l’arrêt *SOCAN*, par. 9).

[92] En effet, l’un des principaux objectifs du droit d’auteur est d’accroître l’accès du public aux œuvres artistiques et intellectuelles et de faciliter leur diffusion, ce qui constitue une richesse pour la société et procure souvent aux utilisateurs les outils et l’inspiration nécessaires pour créer leurs propres œuvres. « Un contrôle excessif de la part des titulaires du droit d’auteur et d’autres formes de propriété intellectuelle pourrait restreindre indûment la capacité du domaine public d’intégrer et d’embellir l’innovation créative dans l’intérêt à long terme de l’ensemble de la société » (*Théberge c. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, par. 32, le juge Binnie).

[93] Il est cependant également vrai que la promesse d’une rétribution juste pour leurs œuvres protégées par le droit d’auteur offre aux créateurs les incitations nécessaires pour garantir un apport constant de nouvelles œuvres créatives dans la sphère publique. Comme l’explique le juge Binnie : « D’un point de vue grossièrement économique, il serait tout aussi inefficace de trop rétribuer les artistes et les auteurs pour le droit de reproduction qu’il serait nuisible de ne pas les rétribuer suffisamment » (par. 31). La recherche d’un juste équilibre garantit que les droits des créateurs sont reconnus, sans pour autant privilégier le contrôle exercé par les auteurs au détriment de l’intérêt public.

[94] Ultimately, owners' rights and the public interest should not conflict with one another. As Professor Tawfik explains, copyright law has long been an "integrated system that encouraged creators to generate knowledge, industry to disseminate it and users to acquire it and, hopefully, reshape it into new knowledge" ("History in the Balance: Copyright and Access to Knowledge", in Geist, *From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright"*, 69, at p. 70). Creators' rights and users' rights are mutually supportive of copyright's ends.

[95] In terms of the proper role of fair dealing and other exceptions to copyright in this normative framework, Professor Geist explains that:

The core of fair dealing is fairness — fairness to the copyright owner in setting limits on the use of their work without permission and fairness to users to ensure that fair dealing rights can be exercised without unnecessarily restrictive limitations.

("Fairness Found: How Canada Quietly Shifted from Fair Dealing to Fair Use", in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentalogy: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law* (2013), 157, at p. 181)

Or, as Professor Craig puts it:

Fundamentally, copyright policy assumes that the restriction of the public's use of works through the creation of private rights can further the public's interest in the widespread creation and distribution of works. The limits to these private rights, defined by fair dealing and other exceptions — and circumscribed by the boundaries of the public domain — are therefore essential to ensure that the copyright system does not defeat its own ends.

[94] Au bout du compte, les droits des titulaires du droit d'auteur et l'intérêt public ne devraient pas entrer en conflit les uns avec l'autre. Comme l'explique la professeure Tawfik, la législation sur le droit d'auteur a créé depuis longtemps [TRADUCTION] « un système intégré qui encourag[e] les créateurs à développer les connaissances tout en incitant l'industrie à diffuser le savoir et en encourageant les utilisateurs à l'acquérir et, espérons-le, à s'en inspirer pour concevoir de nouvelles connaissances » (« History in the Balance : Copyright and Access to Knowledge », dans Geist, *From « Radical Extremism » to « Balanced Copyright »*, 69, p. 70). Les droits des créateurs et ceux des utilisateurs concourent mutuellement à l'atteinte des objectifs du droit d'auteur.

[95] En ce qui concerne le rôle que sont censées jouer l'utilisation équitable et les autres exceptions au droit d'auteur dans ce cadre normatif, le professeur Geist explique ce qui suit :

[TRADUCTION] L'essence même de l'utilisation équitable est l'équité — équité envers le titulaire du droit d'auteur par la fixation de limites à l'utilisation de son œuvre sans sa permission et équité envers les utilisateurs par la garantie qu'ils peuvent exercer leurs droits d'utilisation équitable sans contraintes inutilement restrictives.

(« Fairness Found : How Canada Quietly Shifted from Fair Dealing to Fair Use », dans Michael Geist, dir., *The Copyright Pentalogy : How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law* (2013), 157, p. 181)

Ou, comme le dit la professeure Craig :

[TRADUCTION] Fondamentalement, les principes sous-jacents au droit d'auteur supposent que les restrictions apportées à l'utilisation des œuvres par le public du fait de la création de droits privés sont susceptibles de favoriser l'intérêt du public à l'égard de la création et de la distribution généralisée des œuvres. Les limites de ces droits privés, qui sont délimitées par certaines exceptions, dont celle relative à l'utilisation équitable — et qui sont circonscrites par les limites du domaine public — sont donc essentielles pour s'assurer que le régime du droit d'auteur ne va pas à l'encontre de ses propres objectifs.

(“Locking Out Lawful Users: Fair Dealing and Anti-Circumvention in Bill C-32”, in Geist, *From “Radical Extremism” to “Balanced Copyright”*, 177, at p. 179)

[96] The resulting judicial framework for fair dealing was set out in *CCH*, where McLachlin C.J. set out a two-step test for assessing fair dealing under s. 29 of the *Act*, which states:

29 Fair dealing for the purpose of research, private study, education, parody or satire does not infringe copyright.

The party invoking fair dealing must prove first that the dealing was for an allowable purpose and, second, that it was fair. Six non-exhaustive factors provide a framework for assessing fairness, which is ultimately a question of fact: the purpose of the dealing; the character of the dealing (which concerns the number of copies made or distributed and whether the copies are retained or destroyed after use); the amount of the dealing (which concerns the proportion of the work dealt with and the importance of that part); alternatives to the dealing; the nature of the work; and the effect of the dealing on the work (para. 53; see also *SOCAN*, at para. 13; *Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, [2012] 2 S.C.R. 345, at para. 12, per Abella J.).

[97] It was common ground in this case that York’s teachers make copies for their students for the allowable purpose of education at the first step of the analysis.

[98] But at the second step, where fairness is assessed, the Federal Court and Federal Court of Appeal approached the analysis from an institutional perspective only, leaving out the perspective of the students who use the materials. Both perspectives should be taken into account.

[99] In the educational context, instructors are facilitating the education of each of their

(« Locking Out Lawful Users : Fair Dealing and Anti-Circumvention in Bill C-32 », dans Geist, *From « Radical Extremism » to « Balanced Copyright »*, 177, p. 179)

[96] Le cadre judiciaire qui en résulte en matière d’utilisation équitable a été défini dans l’arrêt *CCH*, où la juge en chef McLachlin a proposé un test à deux volets pour évaluer l’utilisation équitable au sens de l’art. 29 de la *Loi*, qui dispose :

29 L’utilisation équitable d’une œuvre ou de tout autre objet du droit d’auteur aux fins d’étude privée, de recherche, d’éducation, de parodie ou de satire ne constitue pas une violation du droit d’auteur.

La partie qui invoque l’utilisation équitable doit d’abord prouver que l’utilisation était destinée à une fin permise et, ensuite, qu’elle était équitable. Le cadre d’analyse de l’équité — qui est en fin de compte une question de fait — comporte six facteurs non exhaustifs : le but de l’utilisation, la nature de l’utilisation (qui s’intéresse au nombre de copies effectuées ou distribuées et à la question de savoir si les copies sont conservées ou détruites après usage), l’ampleur de l’utilisation (qui porte sur la proportion utilisée de l’œuvre en cause et l’importance de l’extrait copié), l’existence de solutions de rechange à l’utilisation, la nature de l’œuvre et l’effet de l’utilisation sur l’œuvre (par. 53; voir aussi *SOCAN*, par. 13; *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, [2012] 2 R.C.S. 345, par. 12, la juge Abella).

[97] Il est admis en l’espèce que les professeurs de l’Université font des copies pour leurs étudiants pour la fin permise de l’éducation prévue à la première étape de l’analyse.

[98] Mais à la deuxième étape, où l’équité est évaluée, la Cour fédérale et la Cour d’appel fédérale ont abordé l’analyse uniquement du point de vue de l’établissement d’enseignement, laissant de côté le point de vue des étudiants qui utilisent ces documents. Or, il est nécessaire de tenir compte des deux points de vue.

[99] Dans le contexte pédagogique, les instructeurs facilitent l’éducation de chacun de leurs étudiants

individual students who have fair dealing rights (*Alberta (Education)*, at paras. 22-23). However, courts are not required to completely ignore the institutional nature of a university's copying practices and adopt the fiction that copies are only made for individual isolated users. When an institution is defending its copying practices, its aggregate copying is necessarily relevant, for example, to the character of the dealing and the effect of the dealing on the work (see, e.g., *CCH*, at paras. 55 and 72; *SOCAN*, at para. 42; *Alberta (Education)*, at paras. 30 and 33).

[100] In this case, as in *Alberta (Education)*, “the key problem is in the way the [trial judge] approached the ‘purpose of the dealing’ factor” in the fairness analysis (para. 15). In fact, both the Federal Court and the Federal Court of Appeal erred in an almost identical fashion to the Copyright Board in *Alberta (Education)*. There, the issue was whether copies of short excerpts of textbooks and other literary works made by secondary school teachers and provided to students as assigned reading constituted fair dealing for the purpose of “research or private study”. The case arose prior to the enactment of the *Copyright Modernization Act*, S.C. 2012, c. 20, which added “education” as a permissible purpose. The Board found that the copies were for the permissible purpose of research or private study at the first stage of the analysis, but the predominant purpose at the second stage was “instruction”, which fell outside of research or private study.

[101] This Court rejected the Board's approach in a passage that is directly apposite to the present appeal:

. . . fair dealing is a “user’s right”, and the relevant perspective when considering whether the dealing is for an allowable purpose under the first stage of *CCH* is that of the user This does not mean, however, that the

qui ont des droits en matière d'utilisation équitable (*Alberta (Éducation)*, par. 22-23). Les tribunaux n'ont cependant pas à ignorer complètement le caractère institutionnel des pratiques d'une université en matière de reproduction et à adhérer à la fiction selon laquelle les copies ne sont faites que pour des utilisateurs individuels isolés. Lorsqu'un établissement défend ses pratiques en matière de reproduction, la quantité totale de copies qu'il effectue est nécessairement pertinente, par exemple, pour déterminer la nature de l'utilisation et l'effet de l'utilisation sur l'œuvre (voir, p. ex., *CCH*, par. 55 et 72; *SOCAN*, par. 42; *Alberta (Éducation)*, par. 30 et 33).

[100] En l'espèce, tout comme dans l'affaire *Alberta (Éducation)*, « le problème principal réside dans la manière dont [le juge de première instance] conçoit l'élément qui correspond au “but de l'utilisation” » dans le cadre de l'analyse de l'utilisation équitable (par. 15). En fait, la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont toutes les deux commis une erreur presque identique à celle de la Commission du droit d'auteur dans la cause *Alberta (Éducation)*. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si les photocopies de courts extraits de manuels et d'autres ouvrages littéraires par des enseignants du secondaire et remises aux élèves comme lectures obligatoires constituaient une utilisation équitable aux fins de « recherche ou d'étude privée ». Cette affaire était antérieure à l'adoption de la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, L.C. 2012, c. 20, qui a ajouté l'« éducation » à la liste des fins permises. La Commission avait conclu à la première étape de l'analyse que les copies avaient été produites aux fins permises d'étude privée ou de recherche, ajoutant toutefois, à la deuxième étape, que l'utilisation avait pour fin prédominante « l'enseignement », ce qui ne relevait pas de l'étude privée ou de la recherche.

[101] Notre Cour a rejeté l'approche de la Commission dans un passage qui s'applique directement au présent pourvoi :

. . . l'utilisation équitable est un « droit des utilisateurs ». Il convient d'adopter le point de vue de ces derniers pour déterminer, au premier volet du critère de l'arrêt *CCH*, s'il y a utilisation à une fin permise [. . .] Il ne

copier's purpose is irrelevant at the fairness stage. If . . . the copier hides behind the shield of the user's allowable purpose in order to engage in a separate purpose that tends to make the dealing unfair, that separate purpose will also be relevant to the fairness analysis.

In the case before us, however, there is no such separate purpose on the part of the teacher. Teachers have no ulterior motive when providing copies to students. . . . [T]hey are there to facilitate the students' research and private study. It seems to me to be axiomatic that most students lack the expertise to find or request the materials required for their own research and private study, and rely on the guidance of their teachers. They study what they are told to study, and the teacher's purpose in providing copies is to enable the students to have the material they need for the purpose of studying. [paras. 22-23]

And in *SOCAN*, the Court similarly explained that the "predominant perspective" when assessing the purpose of the dealing was "that of the ultimate users of the previews" (para. 34).

[102] In other words, contrary to the Federal Court of Appeal's view, in the educational context it is not only the institutional perspective that matters. When teaching staff at a university make copies for their students' education, they are not "hid[ing] behind the shield of the user's allowable purpose in order to engage in a separate purpose that tends to make the dealing unfair".

[103] It was therefore an error for the Court of Appeal, in addressing the purpose of the dealing, to hold that it is only the "institution's perspective that matters" and that York's financial purpose was a "clear indication of unfairness" (paras. 238 and 241). Funds "saved" by proper exercise of the fair dealing right go to the University's core objective of education, not to some ulterior commercial purpose (see Lisa Macklem and Samuel Trosow, "Fair Dealing, Online Teaching and Technological Neutrality: Lessons From the COVID-19 Crisis" (2020), 32 *I.P.J.* 215, at p. 238). The purpose of copying conducted by university teachers for student use is for the student's education. But in every case, all relevant

s'ensuit toutefois pas que le but de l'auteur des copies ne compte pas au second volet. Lorsque [. . .] sous le couvert d'une fin permise à l'utilisateur, l'auteur des copies se livre à une utilisation distincte qui est de nature à rendre l'utilisation inéquitable, cette autre fin distincte est également prise en compte dans l'analyse du caractère équitable.

Cependant, en l'espèce, l'enseignant ne poursuit pas une telle fin distincte. Il n'a pas de motif inavoué lorsqu'il fournit des copies à ses élèves. [. . .] [I]l est là pour faciliter la recherche et l'étude privée des élèves. Il est à mon avis axiomatic que la plupart des élèves sont incapables de trouver ou de demander les documents que requièrent leurs propres recherche et étude privée et qu'ils dépendent à cet égard de l'enseignant. Ils étudient ce qu'on leur dit d'étudier, et la fin que poursuit l'enseignant lorsqu'il fait des copies est celle de procurer à ses élèves le matériel nécessaire à leur apprentissage. [par. 22-23]

En outre, dans l'arrêt *SOCAN*, la Cour a expliqué dans le même ordre d'idées que « l'angle d'analyse prédominant » pour déterminer le but de l'utilisation est « celui de l'utilisateur [. . .] lors de l'écoute préalable » (par. 34).

[102] En d'autres termes, contrairement à l'opinion de la Cour d'appel fédérale, dans le contexte pédagogique, ce n'est pas seulement le point de vue de l'établissement qui compte. Lorsque le professeur d'université fait des copies pour ses étudiants, il n'agit pas « sous le couvert d'une fin permise à l'utilisateur [pour] se livre[r] à une utilisation distincte qui est de nature à rendre l'utilisation inéquitable ».

[103] La Cour d'appel fédérale a donc conclu à tort, lorsqu'elle s'est penchée sur le but de l'utilisation, que seul « le point de vue de cet établissement [. . .] importe » et que l'objectif financier que visait l'Université « indiqu[ait] clairement qu'il y avait iniquité » (par. 238 et 241). L'argent « épargné » grâce à l'exercice légitime du droit à l'utilisation équitable concerne précisément l'objectif premier de l'université, à savoir l'éducation, et non un objectif commercial inavoué (voir Lisa Macklem et Samuel Trosow, « Fair Dealing, Online Teaching and Technological Neutrality : Lessons From the COVID-19 Crisis » (2020), 32 *I.P.J.* 215, p. 238). Les photocopies réalisées par les enseignants universitaires à l'usage des

facts must be taken into account in order to determine the fairness of the dealing.

[104] And the trial judge’s criticism of York’s Guidelines on the basis that different portions of a single work could be distributed to different students, such that an author’s entire work could end up being distributed in the aggregate, is also contradicted by *SOCAN*, which held that “[s]ince fair dealing is a ‘user’s’ right, the ‘amount of the dealing’ factor should be assessed based on the individual use, not the amount of the dealing in the aggregate” (para. 41; see also *Alberta (Education)*, at para. 29).

[105] And while it is true that “aggregate dissemination” is “considered under the ‘character of the dealing’ factor” (*SOCAN*, at para. 42; see also *CCH*, at para. 55; *Alberta (Education)*, at para. 29), as this Court cautioned in *SOCAN*, “large-scale organized dealings” are not “inherently unfair” (para. 43). In *SOCAN*, where copies could easily be distributed across the internet in large numbers, this Court warned that focussing on the “aggregate” amount of dealing could “lead to disproportionate findings of unfairness when compared with non-digital works” (para. 43). By extension, the character of the dealing factor must be carefully applied in the university context, where dealings conducted by larger universities on behalf of their students could lead to findings of unfairness when compared to smaller universities. This would be discordant with the nature of fair dealing as a user’s right.

[106] At the end of the day, the question in a case involving a university’s fair dealing practices is whether those practices actualize the students’ right to receive course material for educational purposes in a fair manner, consistent with the underlying balance between users’ rights and creators’ rights in the

étudiants ont pour but l’éducation de ces derniers. Il convient toutefois de tenir compte des faits pertinents de chaque espèce pour se prononcer sur le caractère équitable de l’utilisation.

[104] Par ailleurs, les reproches que le juge de première instance adresse aux Lignes directrices de l’Université, en raison du fait que différents extraits d’une même œuvre pourraient être distribués à différents étudiants de sorte que l’œuvre entière d’un auteur pourrait finir par être distribuée au complet, sont également contredits par l’arrêt *SOCAN*, selon lequel « [p]uisque le droit d’utilisation équitable correspond à un droit des utilisateurs, il faut déterminer “l’ampleur” en fonction de l’utilisation individuelle, et non globale » (par. 41; voir également *Alberta (Éducation)*, par. 29).

[105] De plus, même s’il est vrai que « l’aspect quantitatif de la diffusion globale est déjà pris en compte en fonction de la “nature de l’utilisation” » (*SOCAN*, par. 42; voir également *CCH*, par. 55; *Alberta (Éducation)*, par. 29), ainsi que notre Cour l’a bien précisé dans l’arrêt *SOCAN*, « l’utilisation organisée et à grande échelle » n’est pas « intrinsèquement inéquitable » (par. 43). Dans l’affaire *SOCAN*, dans laquelle des copies pouvaient facilement être distribuées en grandes quantités sur Internet, notre Cour a prévenu que le fait de s’attacher à l’utilisation « globale » risquait de « mener à une conclusion d’utilisation inéquitable beaucoup plus souvent pour les œuvres qui sont numérisées que pour celles qui ne le sont pas » (par. 43). Par extension, le facteur relatif à la nature de l’utilisation doit être appliqué avec précaution dans le contexte universitaire, où les utilisations que font les grandes universités pour le compte de leurs étudiants pourraient conduire à des conclusions d’iniquité lorsqu’elles sont comparées à celles de plus petites universités. Cela irait à l’encontre du droit des utilisateurs à l’utilisation équitable.

[106] En fin de compte, la question qui se pose dans une affaire portant sur les pratiques d’utilisation équitable d’une université est celle de savoir si ces pratiques contribuent à la matérialisation du droit des étudiants de recevoir du matériel de cours à des fins d’éducation d’une manière équitable, conformément

Act. Since we are not deciding the merits of the fair dealing appeal brought by York, there is no reason to answer the question in this case.

[107] In light of these reasons, I would dismiss York’s appeal from the dismissal of its counterclaim but, in the circumstances, without costs.

[108] I would dismiss Access Copyright’s appeal with costs.

Appeals dismissed.

Solicitors for the appellant/respondent York University: Borden Ladner Gervais, Ottawa; Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitors for the respondent/appellant the Canadian Copyright Licensing Agency (“Access Copyright”): Torys, Toronto; Canadian Copyright Licensing Agency, Toronto.

Solicitor for the intervenor Société québécoise de gestion collective du droit de reproduction (COPIBEC): Cabinet Payette, Lévis.

Solicitors for the intervenors the Authors Alliance and Ariel Katz: Lenczner Slaght, Toronto.

Solicitors for the intervenor the Canadian Association of Law Libraries: JFK Law Corporation, Vancouver.

Solicitor for the intervenors the Canadian Association of University Teachers and the Canadian Federation of Students: Canadian Association of University Teachers, Ottawa.

Solicitor for the intervenor the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: University of Ottawa, Ottawa.

à l’équilibre sous-jacent entre les droits des utilisateurs et les droits que la *Loi* confère aux créateurs. Comme nous ne sommes pas appelés à trancher le fond du pourvoi de l’Université sur l’utilisation équitable, il n’y a aucune raison de répondre à cette question dans la présente affaire.

[107] À la lumière de ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi de l’Université formé contre le rejet de sa demande reconventionnelle mais, dans les circonstances, sans dépens.

[108] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi formé par Access Copyright avec dépens.

Pourvois rejetés.

Procureurs de l’appelante/intimée l’Université York : Borden Ladner Gervais, Ottawa; Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureurs de l’intimée/appelante Canadian Copyright Licensing Agency (« Access Copyright ») : Torys, Toronto; Canadian Copyright Licensing Agency, Toronto.

Procureur de l’intervenante la Société québécoise de gestion collective du droit de reproduction (COPIBEC) : Cabinet Payette, Lévis.

Procureurs des intervenants Authors Alliance et Ariel Katz : Lenczner Slaght, Toronto.

Procureurs de l’intervenante l’Association canadienne des bibliothèques de droit : JFK Law Corporation, Vancouver.

Procureur des intervenantes l’Association canadienne des professeures et professeurs d’université et la Fédération canadienne des étudiantes et étudiants : Association canadienne des professeures et professeurs d’université, Ottawa.

Procureur de l’intervenante la Clinique d’intérêt public et de politique d’internet du Canada Samuelson-Glushko : Université d’Ottawa, Ottawa.

Solicitor for the interveners Centre de droit des affaires et du commerce international et Chaire L. R. Wilson sur le droit des technologies de l'information et du commerce électronique: Faculté de droit, Université de Montréal, Montréal.

Solicitors for the intervener the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada: Gowling WLG (Canada), Ottawa.

Solicitors for the intervener the Copyright Collective of Canada: Gowling WLG (Canada), Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Musical Reproduction Rights Agency Ltd., the Canadian Retransmission Collective, CONNECT Music Licensing Service Inc. and Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec: Stohn Hay Cafazzo Dembroski Richmond, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Media Producers Association and Association québécoise de la production médiatique: Stohn Hay Cafazzo Dembroski Richmond, Toronto.

Solicitors for the interveners the International Authors Forum, the International Federation of Reproduction Rights Organisations and the International Publishers Association: Gowling WLG (Canada), Ottawa.

Solicitors for the interveners the Association of Canadian Publishers, the Canadian Publishers' Council and the Writers' Union of Canada: Stockwoods, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Research Libraries: Ridout & Maybee, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Copyright Consortium of the Council of Ministers of Education, Canada: Wanda Noel Barrister & Solicitor, Ottawa.

Procureur des intervenants le Centre de droit des affaires et du commerce international et la Chaire L. R. Wilson sur le droit des technologies de l'information et du commerce électronique : Faculté de droit, Université de Montréal, Montréal.

Procureurs de l'intervenante la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique : Gowling WLG (Canada), Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la Société de perception de droit d'auteur du Canada : Gowling WLG (Canada), Toronto.

Procureurs des intervenants l'Agence canadienne des droits de reproduction musicaux ltée, la Société collective de retransmission du Canada, CONNECT Music Licensing Service Inc. et la Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec : Stohn Hay Cafazzo Dembroski Richmond, Toronto.

Procureurs des intervenantes l'Association canadienne des producteurs médiatiques et l'Association québécoise de la production médiatique : Stohn Hay Cafazzo Dembroski Richmond, Toronto.

Procureurs des intervenants International Authors Forum, la Fédération Internationale des Organisations de Droits de Reproduction et l'Union internationale des éditeurs : Gowling WLG (Canada), Ottawa.

Procureurs des intervenants Association of Canadian Publishers, Canadian Publishers' Council et Writers' Union of Canada : Stockwoods, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des bibliothèques de recherche du Canada : Ridout & Maybee, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le Consortium du droit d'auteur du Conseil des Ministres de l'Éducation (Canada) : Wanda Noel Barrister & Solicitor, Ottawa.

Solicitors for the interveners Music Canada, the Canadian Music Publishers Association, Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo, the Professional Music Publishers Association and the Canadian Independent Music Association: Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

Solicitors for the intervener Colleges and Institutes Canada: Fasken Martineau DuMoulin, Ottawa.

Solicitor for the intervener Universities Canada: Universities Canada, Ottawa.

Procureurs des intervenants Music Canada, les Éditeurs de Musique au Canada, l'Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo, l'Association des professionnels de l'édition musicale et Canadian Independent Music Association : Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Collèges et Instituts Canada : Fasken Martineau DuMoulin, Ottawa.

Procureur de l'intervenante Universités Canada : Universités Canada, Ottawa.

Canadian Broadcasting Corporation
Appellant

v.

**Her Majesty The Queen,
Stanley Frank Ostrowski,
B.B., spouse of the late M.D., and
J.D., in his capacity as executor of the estate
of the late M.D.** *Respondents*

and

**Attorney General of Ontario,
Attorney General of British Columbia,
Centre for Free Expression,
Canadian Association of Journalists,
News Media Canada,
Communications Workers of America/
Canada and
Ad Idem/Canadian Media Lawyers
Association** *Interveners*

**INDEXED AS: CANADIAN BROADCASTING CORP.
v. MANITOBA**

2021 SCC 33

File No.: 38992.

2021: March 17; 2021: September 24.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF
MANITOBA**

Courts — Jurisdiction — Publication bans — Variation — Criminal proceedings — Court of Appeal ordering indefinite publication ban on affidavit filed in criminal proceedings before it — Motion brought by media representative after judgment on merits of proceedings rendered asking Court of Appeal to set aside publication ban — Court of Appeal declining to hear motion on basis that jurisdiction exhausted — Whether court retains jurisdiction

Société Radio-Canada *Appelante*

c.

**Sa Majesté la Reine,
Stanley Frank Ostrowski,
B.B., conjointe de feu M.D., et
J.D., en sa qualité d'exécuteur de la
succession de feu M.D.** *Intimés*

et

**Procureur général de l'Ontario,
procureur général de la Colombie-
Britannique,
Centre for Free Expression,
Association canadienne des journalistes,
Médias d'Info Canada,
Guilde canadienne des médias/Syndicat des
communications d'Amérique/Canada et
Ad Idem/Canadian Media Lawyers
Association** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : SOCIÉTÉ RADIO-CANADA c.
MANITOBA**

2021 CSC 33

N° du greffe : 38992.

2021 : 17 mars; 2021 : 24 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Tribunaux — Compétence — Interdictions de publication — Modification — Procédures criminelles — Interdiction de publication d'une durée indéterminée prononcée par la cour d'appel à l'égard d'un affidavit déposé dans une instance criminelle se déroulant devant elle — Motion présentée par un représentant des médias après qu'un jugement eut été rendu sur le fond de l'instance pour demander à la cour d'appel d'annuler l'interdiction de

to reconsider publication ban orders and other such ancillary orders after merits of criminal proceedings decided.

An affidavit filed in a criminal matter before the Court of Appeal had been subject to a publication ban pending a decision as to its admissibility as new evidence. In its November 2018 reasons allowing the appeal on the merits, the Court of Appeal dismissed the motion for new evidence but ordered that the publication ban remain in effect indefinitely. In May 2019, the CBC brought a motion before the Court of Appeal to have the publication ban set aside, arguing that having access to the affidavit would shed light on the criminal matter before the Court of Appeal and the court's conclusion on the merits that a miscarriage of justice had occurred at trial.

The Court of Appeal declined to consider the CBC's motion, citing its rule of practice against rehearings and the doctrine of *functus officio*. The court reasoned that its jurisdiction was exhausted once it had decided the merits of the case and entered its formal judgment disposing of the appeal. It concluded that it had no authority to hear the motion. The CBC applied for and was granted leave to appeal to the Court from both the Court of Appeal's 2019 decision refusing to reconsider the publication ban ("2019 Jurisdiction Judgment") and the Court of Appeal's 2018 decision ordering the indefinite publication ban ("2018 Publication Ban Judgment").

Held (Abella J. dissenting): The appeal from the 2019 Jurisdiction Judgment should be allowed and the matter remanded to the Court of Appeal. The appeal from the 2018 Publication Ban Judgment should be adjourned *sine die*.

Per Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin and Kasirer J.J.: The Court of Appeal had jurisdiction to consider the CBC's motion to set aside the publication ban. While the court could not rehear the appeal on the merits and while the doctrine of *functus officio* precluded it from reconsidering the substance of the appeal, the court retained the authority to supervise access to the record of its own proceeding, which allowed it to ensure compliance with the constitutionally-protected open court principle and the protection of other important public interests against which it must be weighed. The matter

publication — Refus de la Cour d'appel d'entendre la motion au motif qu'elle a épuisé sa compétence — Un tribunal demeure-t-il compétent pour réexaminer des ordonnances de non-publication et d'autres ordonnances accessoires de cette nature après qu'il a été statué sur le fond d'une instance criminelle?

Un affidavit déposé dans une affaire criminelle dont était saisie la Cour d'appel avait fait l'objet d'une interdiction de publication en attendant qu'il soit statué sur son admissibilité en tant que nouvel élément de preuve. Dans ses motifs de novembre 2018 accueillant l'appel sur le fond, la Cour d'appel a rejeté la motion pour présentation d'éléments de preuve nouveaux, mais elle a ordonné que l'interdiction de publication reste en vigueur indéfiniment. En mai 2019, la SRC a présenté une motion à la Cour d'appel sollicitant l'annulation de l'interdiction de publication, soutenant que l'accès à l'affidavit permettrait de faire la lumière sur l'affaire criminelle dont la Cour d'appel était saisie et sur la conclusion de cette dernière sur le fond selon laquelle une erreur judiciaire s'était produite au procès.

La Cour d'appel a refusé d'examiner la motion de la SRC, invoquant la règle du *functus officio* et sa règle de pratique qui interdit les nouvelles audiences. La cour estimait avoir épuisé sa compétence dès qu'elle s'était prononcée sur le fond de l'affaire et avait inscrit son jugement formel tranchant l'appel. Elle a conclu qu'elle n'avait pas compétence pour entendre la motion. La SRC a demandé et obtenu l'autorisation d'interjeter appel à la Cour à la fois de la décision, rendue par la Cour d'appel en 2019, portant refus de réexaminer l'interdiction de publication (« jugement de 2019 sur la compétence ») et de la décision, rendue par la Cour d'appel en 2018, d'imposer l'interdiction de publication d'une durée indéterminée (« jugement de 2018 sur l'interdiction de publication »).

Arrêt (la juge Abella est dissidente) : Le pourvoi contre le jugement de 2019 sur la compétence est accueilli et l'affaire est renvoyée à la Cour d'appel. Le pourvoi contre le jugement de 2018 sur l'interdiction de publication est ajourné *sine die*.

Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et Kasirer : La Cour d'appel avait compétence pour examiner la motion de la SRC visant à faire annuler l'interdiction de publication. Même si la cour ne pouvait pas entendre de nouveau l'appel sur le fond et bien que la règle du *functus officio* l'empêche de se prononcer encore une fois sur le mérite de l'appel, elle a conservé le pouvoir de superviser l'accès au dossier de sa propre instance, ce qui lui permettait d'assurer la conformité au principe constitutionnel de la publicité des débats judiciaires et la protection d'autres

should be remanded to the Court of Appeal, as it is best placed to decide the CBC's motion and the discretionary and fact-specific issues raised. It would be inappropriate for the Court to decide the CBC's appeal from the 2018 Publication Ban Judgment before the Court of Appeal has had a chance to consider the CBC's motion to have the publication ban set aside.

According to the rule of *functus officio*, a final decision of a court that is susceptible of appeal cannot, as a general rule, be reconsidered by the court that rendered that decision. A court loses jurisdiction once the formal judgment has been entered. This rule serves goals of finality and of an orderly appellate procedure. If lower courts could continuously reconsider their own decisions, litigants would be denied a reliable basis from which to launch an appeal to a higher court.

That said, it is important to distinguish between jurisdiction over the merits lost by operation of the doctrine of *functus officio* and jurisdiction that exists to supervise the court record. Even when a court has lost jurisdiction over the merits of a matter as a result of having entered its formal judgment, it retains jurisdiction to control its court record with respect to proceedings generally understood to be an ancillary but independent matter. This power is part of a court's authority to control its own process and arises by necessary implication from the legislative grant of a court's adjudicative authority. It is anchored in the vital public policy favouring public access to the workings of the courts. Important decisions about the openness of the court record, such as rendering, varying or vacating publication bans and sealing orders, may need to be taken after the proceeding on the merits is over. Recognizing that a court's jurisdiction to control its record survives the end of the underlying proceeding is not inconsistent with the purposes of finality and stability of judgments as the doctrine of *functus officio* was never intended to restrict the ability of lower courts to control their own files.

That courts retain supervisory jurisdiction over their court records is not to say that once decisions concerning court openness have been made they are open to reconsideration at any time or for any reason. A publication ban or sealing order is susceptible of reconsideration by

intérêts publics importants par rapport auxquels il doit être soupesé. Il y a lieu de renvoyer l'affaire à la Cour d'appel, car elle est la mieux placée pour trancher la motion de la SRC ainsi que les questions discrétionnaires et tributaires des faits qui sont soulevées. Il serait inopportun que la Cour décide du pourvoi formé par la SRC contre le jugement de 2018 sur l'interdiction de publication avant que la Cour d'appel ait eu une occasion d'examiner la motion déposée par la SRC en vue de faire annuler l'interdiction de publication.

Selon la règle du *functus officio*, la décision définitive d'un tribunal qui est susceptible d'appel ne peut pas, en règle générale, être examinée de nouveau par le tribunal qui a rendu cette décision. Un tribunal perd sa compétence une fois le jugement officiel rendu. Cette règle favorise la reconnaissance du caractère définitif des procédures et une procédure d'appel ordonnée. Si les juridictions inférieures pouvaient réexaminer continuellement leurs propres décisions, les justiciables seraient privés d'une assise fiable à partir de laquelle interjeter appel à une juridiction supérieure.

Cela dit, il importe de faire la distinction entre le pouvoir de connaître du fond, perdu par l'application de la règle du *functus officio*, et la compétence qui existe pour superviser le dossier judiciaire. Même lorsqu'un tribunal a perdu le pouvoir de connaître du fond d'une affaire pour avoir inscrit son jugement formel, il demeure compétent pour contrôler son propre dossier à l'égard d'une instance généralement considérée comme étant une affaire accessoire, mais indépendante. Ce pouvoir fait partie de la maîtrise par le tribunal de sa propre procédure et découle, par déduction nécessaire, de l'octroi par voie législative du pouvoir juridictionnel d'un tribunal. Il est ancré dans la politique publique essentielle favorisant l'accès aux rouages des tribunaux. D'importantes décisions au sujet de la publicité du dossier judiciaire, comme prononcer, modifier ou annuler des interdictions de publication et ordonnances de mise sous scellés, peuvent devoir être prises après la fin de l'instance sur le fond. Reconnaître que cette compétence subsiste après la fin de l'instance sous-jacente n'est pas incompatible avec les objectifs du caractère définitif des procédures et de la stabilité des jugements, car la règle du *functus officio* n'a jamais eu pour but de restreindre la capacité des tribunaux d'instance inférieure d'être maîtres de leurs propres dossiers.

Le fait que les tribunaux conservent un pouvoir de surveillance à l'égard de leurs dossiers judiciaires ne veut pas dire que les décisions portant sur la publicité des débats judiciaires, une fois prises, sont susceptibles d'être réexaminées n'importe quand ou pour n'importe quelle

the issuing court on two narrow grounds and regardless of whether formalized in an order or not.

First, a court may vary or set aside a publication ban or sealing order it has made on timely motion by an affected person, such as the media, who was not given notice of the making of that order and to whom it is appropriate to grant standing for this purpose. Regarding publication bans in criminal matters, standing should be thought of as a matter of a court's discretion. The media should generally have standing to challenge an order that threatens the open court principle where they are able to show they will make submissions that were not considered and that could have affected the result. A court does retain residual discretion to deny standing where hearing the motion would not be in the interests of justice, such as where it would unduly harm the parties or duplicate argument already before the court. As to delay, a moving party is expected to take prompt action to challenge such an order once it has become aware it exists. In the absence of legislative direction, a court must be guided by the purpose of the rule and the circumstances of each case. The task is a contextual balancing of finality and timely justice against the importance of the matter being heard on the merits. This determination is inherently tied to the facts of each particular case and the nature of the issue raised.

Second, a court may vary or set aside a publication ban or sealing order where the circumstances relating to the making of the order have materially changed. The moving party must establish both that a change of circumstances has occurred and that the change, if known at the time of the initial order, would likely have resulted in an order on different terms. The correctness of the initial order is presumed and is not relevant to the existence of a material change of circumstances.

Instances in which a court may reconsider a publication ban or sealing order are distinct from an appeal or application for *certiorari* made to a higher court from such decisions, as the original court is not being asked

raison. Une interdiction de publication ou une ordonnance de mise sous scellés est susceptible d'être réexaminée par le tribunal qui l'a prononcée pour deux motifs restreints et peu importe qu'elle soit consacrée dans une ordonnance ou non.

Premièrement, un tribunal peut modifier ou annuler une interdiction de publication ou une ordonnance de mise sous scellés qu'il a rendue sur motion déposée en temps opportun par une personne touchée, tels les médias, qui n'a pas été avisée du prononcé de cette ordonnance et à qui il y a lieu d'accorder la qualité pour agir à cette fin. Pour ce qui est des interdictions de publication dans les affaires criminelles, la qualité pour agir devrait relever du pouvoir discrétionnaire d'un tribunal. Les médias devraient généralement avoir qualité pour contester une ordonnance qui menace le principe de la publicité des débats judiciaires s'ils sont à même de démontrer qu'ils présenteront des observations qui n'ont pas été prises en compte et qui auraient pu influencer sur le résultat. Le tribunal conserve effectivement le pouvoir discrétionnaire de refuser la qualité pour agir lorsque l'audition de la motion ne serait pas dans l'intérêt de la justice, comme dans le cas où la motion serait indûment préjudiciable aux parties, ou ne ferait que répéter des arguments dont le tribunal a déjà connaissance. Quant au délai, on s'attend à ce que la partie requérante agisse avec célérité pour contester pareille ordonnance dès qu'elle en apprend l'existence. Faute d'une directive législative, les tribunaux doivent être guidés par l'objet de la règle et les circonstances de chaque cas. Leur tâche consiste à mettre en balance dans le contexte le caractère définitif d'une décision et la justice rendue en temps utile par rapport à l'importance que l'affaire soit instruite sur le fond. Cette détermination est intrinsèquement fonction des faits de chaque affaire et de la nature de la question soulevée.

Deuxièmement, le tribunal peut modifier ou annuler une interdiction de publication ou une ordonnance de mise sous scellés lorsqu'il y a eu changement important des circonstances relatives au prononcé de l'ordonnance. La partie requérante doit établir à la fois qu'il y a eu changement de circonstances et que le changement, s'il avait été connu à l'époque de l'ordonnance initiale, se serait vraisemblablement traduit par une ordonnance aux conditions différentes. La justesse de l'ordonnance initiale est présumée et n'est pas pertinente quant à l'existence d'un changement important de circonstances.

Les situations dans lesquelles un tribunal peut réexaminer une interdiction de publication ou une ordonnance de mise sous scellés se distinguent de l'appel ou d'une demande de *certiorari* faits à une juridiction supérieure de

to reconsider its decision because it is wrongly decided. Finally, the general principles underlying the two grounds for reconsideration can be displaced by legislation, such as applicable rules of court.

In the present case, the Court of Appeal erred in concluding that applicable legislation, such as its rules of court procedure, or the doctrine of *functus officio* deprived it of jurisdiction to consider the CBC's motion to set aside the publication ban. The Court of Appeal retained jurisdiction to oversee its record even after the certificate of decision in the underlying proceeding on the merits was entered. That the Court of Appeal had jurisdiction to consider the CBC's motion does not mean, however, that the CBC is entitled to the relief it sought. The availability of relief turns on the proper application of the law to the facts, a determination that should be made by the Court of Appeal. Since the CBC has not established a material change of circumstances, it will therefore have to rely on the Court of Appeal's power to reconsider an order on the basis that it was made without notice to an affected party. The impugned order was made of the Court of Appeal's own accord at the oral hearing and then continued indefinitely. The court heard no submissions on point and provided no prior notice to anyone, including the media, notably the CBC who learned of the impugned ban shortly after the reasons were released. The Court of Appeal will have to determine whether the CBC has standing to challenge the relevant order and whether CBC's motion was timely. Furthermore, any discretionary limits on access to and publication of the contents of the court record must be understood in reference to the test for discretionary limits on court openness: a court can order discretionary limits on openness only where (1) openness poses a serious risk to an important public interest, (2) the order sought is necessary to prevent that risk and (3) the benefits of the order outweigh its negative effects.

Per Abella J. (dissenting): The appeals should be dismissed. The CBC is not entitled to reconsideration of the publication ban as a result of its undue and unjustified delay.

The media is a crucial voice in protecting and promoting the openness of courts, and their right to challenge publication bans is undisputed. But once the underlying proceedings are over, the doctrine of *functus officio* means as a general rule that a final decision cannot

ces décisions, car on ne demande pas au tribunal d'origine de réexaminer sa décision parce qu'elle était erronée. Enfin, les principes généraux qui sous-tendent les deux motifs de réexamen peuvent être écartés par une mesure législative, par exemple les règles de procédure applicables.

En l'espèce, la Cour d'appel a eu tort de conclure que les textes législatifs applicables, comme ses règles de procédure, ou la règle du *functus officio* lui enlevait compétence pour examiner la motion de la SRC visant à faire annuler l'interdiction de publication. La Cour d'appel est demeurée compétente pour surveiller son dossier, même après que le certificat de décision dans l'instance sous-jacente sur le fond a été inscrit. Ce n'est toutefois pas parce que la Cour d'appel avait compétence pour examiner la motion de la SRC que cette dernière a droit à la mesure de redressement qu'elle a demandée. La possibilité d'obtenir cette mesure de redressement dépend d'une bonne application du droit aux faits, une décision qui devrait être rendue par la Cour d'appel. Puisque la SRC n'a pas établi un changement important de circonstances, elle devra s'appuyer sur le pouvoir de la Cour d'appel de réexaminer une ordonnance au motif qu'elle a été rendue sans avis à une partie touchée. L'ordonnance attaquée a été prononcée du propre chef de la Cour d'appel à l'audience, puis maintenue pour une durée indéterminée. La cour n'a entendu aucune observation sur le point, et n'a donné de préavis à qui que ce soit, dont les médias, notamment la SRC qui a eu vent de l'interdiction attaquée peu après le prononcé des motifs. La Cour d'appel devra se demander si la SRC a qualité pour contester l'ordonnance en question et si la SRC a déposé sa motion en temps opportun. De plus, toute limite discrétionnaire à l'accès au dossier judiciaire et à la publication de son contenu doit être comprise à l'aune du test concernant les limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires : un tribunal ne peut imposer de limites discrétionnaires portant sur la publicité des débats que si les conditions suivantes sont remplies : (1) la publicité des débats pose un risque sérieux pour un intérêt public important; (2) l'ordonnance sollicitée est nécessaire pour écarter ce risque; (3) les avantages de l'ordonnance l'emportent sur ses effets négatifs.

La juge Abella (dissidente) : Il y a lieu de rejeter les pourvois. La SRC n'a pas droit au réexamen de l'interdiction de publication en raison de son retard indu et injustifié à présenter sa motion.

Les médias jouent un rôle crucial dans la protection et la promotion de la publicité des débats judiciaires, et leur droit d'attaquer des interdictions de publication n'est pas contesté. Cependant, au terme de l'instance sous-jacente, la règle du *functus officio* fait en sorte qu'une

be reconsidered by the court that rendered the decision. Although the application of *functus officio* is less formalistic and more flexible in respect of ancillary orders and publication bans, and circumscribed avenues must be maintained through which the media can ask a court to reconsider a publication ban after the underlying proceedings are over, the rationales underlying this doctrine show that it has a role to play in respect of publication ban orders.

Finality matters. The parties are entitled to move on with their lives and to be protected from the psychological and financial costs of being dragged back into the justice system when a case is over. A reconsideration of a publication ban must therefore be sought in a timely manner, and a publication ban should not generally be reconsidered after the main proceedings have ended unless there is a sound basis for believing the media's application is in the public interest and could reasonably lead to a different result. It is a balancing exercise, not a hierarchical grid, between the interests of finality and the interests in support of the open court principle. Courts issuing publication bans are expected to consider the importance of the open court principle, even in the absence of a media representative making submissions, and there is no reason to assume that did not happen in this case.

In the present case, the CBC is unable to establish a material change in circumstances. The only bases under which it could move for reconsideration of the publication ban are by showing that the ban was issued without notice, that its submissions could make a material difference to the outcome, and that it moved for reconsideration in a timely manner. None of these conditions has been met.

First, the publication ban was not issued without notice. If the media is present in the courtroom when a publication ban is issued, as was the CBC, it follows that it knows of its existence. Second, the CBC has not discharged its burden of showing that its proposed submissions could make a material, or even any difference in the outcome.

décision définitive ne peut pas, en général, être réexaminée par le tribunal qui l'a rendue. Bien que l'application de la règle du *functus officio* soit moins formaliste et plus souple en ce qui concerne les ordonnances accessoires et les interdictions de publication, et qu'il faille maintenir des voies circonscrites par lesquelles les médias peuvent demander à un tribunal de réexaminer une interdiction de publication après la fin de l'instance sous-jacente, les considérations qui sous-tendent cette règle montrent qu'elle a un rôle à jouer relativement aux ordonnances de non-publication.

Le caractère définitif d'une décision est important. Il faut que les parties puissent tourner la page et être à l'abri des préjudices psychologiques et financiers associés au fait d'être entraînés de nouveau malgré elles dans le système de justice lorsqu'une affaire est close. Voilà pourquoi il faut demander le réexamen d'une interdiction de publication en temps opportun et pourquoi les tribunaux ne devraient généralement pas réexaminer une interdiction de publication après la fin de l'instance principale, sauf s'il existe une raison valable de croire que la demande formulée par un représentant des médias sert l'intérêt public et qu'elle pourrait raisonnablement amener le tribunal à rendre une décision différente. Il s'agit d'un exercice de pondération, sans barème préétabli, entre les intérêts qui sous-tendent le caractère définitif d'une décision et les intérêts liés au principe de la publicité des débats judiciaires. Les tribunaux qui prononcent des interdictions de publication sont censés tenir compte de l'importance du principe de la publicité des débats judiciaires, même lorsqu'aucun représentant des médias ne présente d'arguments à ce sujet, et il n'y a aucune raison de supposer que cela ne s'est pas produit en l'espèce.

Dans la présente affaire, la SRC ne peut établir qu'un changement important de circonstances s'est produit. Elle ne peut demander un réexamen de l'interdiction de publication que si elle démontre que l'interdiction de publication a été prononcée sans avis, que ses observations peuvent avoir une incidence importante sur le résultat, et qu'elle a déposé la motion en réexamen en temps opportun. Aucune de ces conditions n'a été remplie.

Premièrement, l'interdiction de publication n'a pas été prononcée sans avis. Si les médias sont présents dans la salle d'audience lorsqu'une interdiction de publication est prononcée, comme l'était la SRC, il s'ensuit qu'ils en connaissent l'existence. Deuxièmement, la SRC ne s'est pas acquittée de son fardeau de démontrer que ses observations envisagées pourraient avoir une incidence importante, ou quelque incidence que ce soit, sur le résultat.

Third, and more significantly, the CBC's failure to act in a timely manner is determinative. An unexplained six-month delay for filing a motion to have a publication ban reconsidered is inordinately long. Under no definition of "due dispatch" can this delay be justified, particularly since the CBC was fully aware of the ban from the outset of the proceedings. The delay in this case causes acute harm to the parties, who reasonably expected that their privacy and dignity interests were protected by the finality of the proceedings.

Cases Cited

By Kasirer J.

Referred to: *Sherman Estate v. Donovan*, 2021 SCC 25, [2021] 2 S.C.R. 521; *R. v. Ostrowski and Correia* (1989), 57 Man. R. (2d) 255, aff'd R. v. *Ostrowski*, [1990] 2 S.C.R. 82; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442; *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848; *Reekie v. Messervey*, [1990] 1 S.C.R. 219; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *R. v. Adams*, [1995] 4 S.C.R. 707; *R. v. Smithen-Davis*, 2020 ONCA 759, 68 C.R. (7th) 75; *Paper Machinery Ltd. v. J.O. Ross Engineering Corp.*, [1934] S.C.R. 186; *R. v. H. (E.)* (1997), 33 O.R. (3d) 202; *The Queen v. Jacobs*, [1971] S.C.R. 92; *R. v. Burke*, 2002 SCC 55, [2002] 2 S.C.R. 857; *Tsaoussis (Litigation Guardian of) v. Baetz* (1998), 41 O.R. (3d) 257; *Ayangma v. French School Board*, 2011 PECA 3, 306 Nfld. & P.E.I.R. 103; *GEA Refrigeration Canada Inc. v. Chang*, 2020 BCCA 361, 43 B.C.L.R. (6th) 330; *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *Canadian Broadcasting Corp. v. The Queen*, 2011 SCC 3, [2011] 1 S.C.R. 65; *CTV Television Inc. v. Ontario Superior Court of Justice (Toronto Region)* (2002), 59 O.R. (3d) 18; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332; *R. v. Wagner*, 2017 ONSC 6603; *R. v. Henry*, 2012 BCCA 374, 327 B.C.A.C. 190; *In re St. Nazaire Co.* (1879), 12 Ch. D. 88; *Supermarchés Jean Labrecque Inc. v. Flamand*, [1987] 2 S.C.R. 219; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *Dickie v. Woodworth* (1883), 8 S.C.R. 192; *Hollinger Inc. v. The Ravelston Corp.*, 2008 ONCA 207, 89 O.R. (3d) 721; *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522; *R. v. White*, 2008 ABCA 294, 93 Alta. L.R. (4th) 239, aff'd *Toronto Star Newspaper Ltd. v. Canada*, 2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 2, [2011] 1 S.C.R. 19; *Ivandaeva Total Image Salon*

Troisièmement, fait plus important encore, la tardiveté de la SRC à agir est déterminant. Un délai non expliqué de six mois pour déposer une motion en réexamen d'une interdiction de publication est excessif. Peu importe la définition que l'on donne au concept d'agir « avec célérité », le délai ne saurait être justifié, en particulier parce que la SRC était parfaitement au courant du prononcé de l'interdiction dès le début de l'instance. Le délai en l'espèce cause un préjudice grave aux parties, qui s'attendaient raisonnablement à ce que leur droit au respect de la vie privée et à la dignité soit protégé par le caractère définitif de l'instance.

Jurisprudence

Citée par le juge Kasirer

Arrêts mentionnés : *Sherman (Succession) c. Donovan*, 2021 CSC 25, [2021] 2 R.C.S. 521; *R. c. Ostrowski and Correia* (1989), 57 Man. R. (2d) 255, conf. par R. c. *Ostrowski*, [1990] 2 R.C.S. 82; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442; *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848; *Reekie c. Messervey*, [1990] 1 R.C.S. 219; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *R. c. Adams*, [1995] 4 R.C.S. 707; *R. c. Smithen-Davis*, 2020 ONCA 759, 68 C.R. (7th) 75; *Paper Machinery Ltd. c. J.O. Ross Engineering Corp.*, [1934] R.C.S. 186; *R. c. H. (E.)* (1997), 33 O.R. (3d) 202; *The Queen c. Jacobs*, [1971] R.C.S. 92; *R. c. Burke*, 2002 CSC 55, [2002] 2 R.C.S. 857; *Tsaoussis (Litigation Guardian of) c. Baetz* (1998), 41 O.R. (3d) 257; *Ayangma c. French School Board*, 2011 PECA 3, 306 Nfld. & P.E.I.R. 103; *GEA Refrigeration Canada Inc. c. Chang*, 2020 BCCA 361, 43 B.C.L.R. (6th) 330; *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Société Radio-Canada c. La Reine*, 2011 CSC 3, [2011] 1 R.C.S. 65; *CTV Television Inc. c. Ontario Superior Court of Justice (Toronto Region)* (2002), 59 O.R. (3d) 18; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332; *R. c. Wagner*, 2017 ONSC 6603; *R. c. Henry*, 2012 BCCA 374, 327 B.C.A.C. 190; *In re St. Nazaire Co.* (1879), 12 Ch. D. 88; *Supermarchés Jean Labrecque Inc. c. Flamand*, [1987] 2 R.C.S. 219; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *Dickie c. Woodworth* (1883), 8 R.C.S. 192; *Hollinger Inc. c. The Ravelston Corp.*, 2008 ONCA 207, 89 O.R. (3d) 721; *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522; *R. c. White*, 2008 ABCA 294, 93 Alta. L.R. (4th) 239, conf. par *Toronto Star Newspaper Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721; *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 2, [2011] 1 R.C.S. 19;

Inc. v. Hlembizky (2003), 63 O.R. (3d) 769; *Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board v. Canadian Press* (2000), 184 N.S.R. (2d) 159; 9095-7267 *Québec inc. v. Caisse populaire Ste-Thérèse-de-Blainville*, 2001 CanLII 14878; *Attorney General of Ontario v. 15 Johnswood Crescent*, 2009 CanLII 50751; *Marché D'Alimentation Denis Thériault Ltée v. Giant Tiger Stores Ltd.*, 2007 ONCA 695, 87 O.R. (3d) 660; 1196158 *Ontario Inc. v. 6274013 Canada Ltd.*, 2012 ONCA 544, 112 O.R. (3d) 67; *Toronto Standard Condominium Corporation No. 2058 v. Cresford Developments Inc.*, 2019 ONSC 801, 97 C.L.R. (4th) 306; 1202600 *Ontario Inc. v. Jacob*, 2012 ONSC 361; 585430 *Alberta Ltd. v. Trans Canada Leasing Inc.*, 2005 MBQB 220, 196 Man. R. (2d) 191; *Jane Doe v. Manitoba*, 2005 MBCA 57, 192 Man. R. (2d) 309; *M. (A.) v. Toronto Police Service*, 2015 ONSC 5684, 127 O.R. (3d) 382; *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477; *R. v. Vice Media Canada Inc.*, 2018 SCC 53, [2018] 3 S.C.R. 374; *British Columbia v. BCTF*, 2015 BCCA 185, 75 B.C.L.R. (5th) 257; *Morin v. R.* (1997), 32 O.R. (3d) 265; *R. v. B. (H.)*, 2016 ONCA 953, 345 C.C.C. (3d) 206; *R. v. Le*, 2011 MBCA 83, 270 Man. R. (2d) 82; *L.M.P. v. L.S.*, 2011 SCC 64, [2011] 3 S.C.R. 775; *Droit de la famille — 132380*, 2013 QCCA 1504, 37 R.F.L. (7th) 1; *R. v. Baltovitch* (2000), 47 O.R. (3d) 761; *R. v. Smith*, 2004 SCC 14, [2004] 1 S.C.R. 385; *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331; *Lochner v. Ontario Civilian Police Commission*, 2020 ONCA 720; *A.B. v. Bragg Communications Inc.*, 2012 SCC 46, [2012] 2 S.C.R. 567; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Canadian Broadcasting Corp. v. R.*, 2010 ONCA 726, 102 O.R. (3d) 673; *Aboriginal Peoples Television Network v. Alberta (Attorney General)*, 2018 ABCA 133, 70 Alta. L.R. (6th) 246; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *Galambos v. Perez*, 2009 SCC 48, [2009] 3 S.C.R. 247; *Saadati v. Moorhead*, 2017 SCC 28, [2017] 1 S.C.R. 543; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199; *Secure 2013 Group Inc. v. Tiger Calcium Services Inc.*, 2017 ABCA 316, 58 Alta. L.R. (6th) 209; *Canadian Planning and Design Consultants Inc. v. Libya (State)*, 2015 ONCA 661, 340 O.A.C. 98; *Gray v. Gray*, 2017 ONCA 100, 137 O.R. (3d) 65; *MK Engineering Inc. v. Assn. of Professional Engineers and Geoscientists of Alberta Appeal Board*, 2014 ABCA 58, 68 Admin. L.R. (5th) 135; *Aleong v. Aleong*, 2013 BCCA 299, 340 B.C.A.C. 44; *Canadian Cablesystems (Ontario) Ltd. v. Consumers' Association of Canada*, [1977] 2 S.C.R. 740.

Ivandaeva Total Image Salon Inc. c. Hlembizky (2003), 63 O.R. (3d) 769; *Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board c. Canadian Press* (2000), 184 N.S.R. (2d) 159; 9095-7267 *Québec inc. c. Caisse populaire Ste-Thérèse-de-Blainville*, 2001 CanLII 14878; *Attorney General of Ontario c. 15 Johnswood Crescent*, 2009 CanLII 50751; *Marché D'Alimentation Denis Thériault Ltée c. Giant Tiger Stores Ltd.*, 2007 ONCA 695, 87 O.R. (3d) 660; 1196158 *Ontario Inc. c. 6274013 Canada Ltd.*, 2012 ONCA 544, 112 O.R. (3d) 67; *Toronto Standard Condominium Corporation No. 2058 c. Cresford Developments Inc.*, 2019 ONSC 801, 97 C.L.R. (4th) 306; 1202600 *Ontario Inc. c. Jacob*, 2012 ONSC 361; 585430 *Alberta Ltd. c. Trans Canada Leasing Inc.*, 2005 MBQB 220, 196 Man. R. (2d) 191; *Jane Doe c. Manitoba*, 2005 MBCA 57, 192 Man. R. (2d) 309; *M. (A.) c. Toronto Police Service*, 2015 ONSC 5684, 127 O.R. (3d) 382; *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477; *R. c. Média Vice Canada Inc.*, 2018 CSC 53, [2018] 3 R.C.S. 374; *British Columbia c. BCTF*, 2015 BCCA 185, 75 B.C.L.R. (5th) 257; *Morin c. R.* (1997), 32 O.R. (3d) 265; *R. c. B. (H.)*, 2016 ONCA 953, 345 C.C.C. (3d) 206; *R. c. Le*, 2011 MBCA 83, 270 Man. R. (2d) 82; *L.M.P. c. L.S.*, 2011 CSC 64, [2011] 3 R.C.S. 775; *Droit de la famille — 132380*, 2013 QCCA 1504, 37 R.F.L. (7th) 1; *R. c. Baltovitch* (2000), 47 O.R. (3d) 761; *R. c. Smith*, 2004 CSC 14, [2004] 1 R.C.S. 385; *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331; *Lochner c. Ontario Civilian Police Commission*, 2020 ONCA 720; *A.B. c. Bragg Communications Inc.*, 2012 CSC 46, [2012] 2 R.C.S. 567; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Canadian Broadcasting Corp. c. R.*, 2010 ONCA 726, 102 O.R. (3d) 673; *Aboriginal Peoples Television Network c. Alberta (Attorney General)*, 2018 ABCA 133, 70 Alta. L.R. (6th) 246; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *Galambos c. Perez*, 2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247; *Saadati c. Moorhead*, 2017 CSC 28, [2017] 1 R.C.S. 543; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; *Secure 2013 Group Inc. c. Tiger Calcium Services Inc.*, 2017 ABCA 316, 58 Alta. L.R. (6th) 209; *Canadian Planning and Design Consultants Inc. c. Libya (State)*, 2015 ONCA 661, 340 O.A.C. 98; *Gray c. Gray*, 2017 ONCA 100, 137 O.R. (3d) 65; *MK Engineering Inc. c. Assn. of Professional Engineers and Geoscientists of Alberta Appeal Board*, 2014 ABCA 58, 68 Admin. L.R. (5th) 135; *Aleong c. Aleong*, 2013 BCCA 299, 340 B.C.A.C. 44; *Canadian Cablesystems (Ontario) Ltd. c. Consumers' Association of Canada*, [1977] 2 R.C.S. 740.

By Abella J. (dissenting)

Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp., [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Adams*, [1995] 4 S.C.R. 707; *Nova Scotia Government and General Employees Union v. Capital District Health Authority*, 2006 NSCA 85, 246 N.S.R. (2d) 104; *Tsaoussis (Litigation Guardian of) v. Baetz* (1998), 41 O.R. (3d) 257; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *R. v. Henry*, 2012 BCCA 374, 327 B.C.A.C. 190; *British Columbia v. BCTF*, 2015 BCCA 185, 75 B.C.L.R. (5th) 257; *R. v. Khela*, [1995] 4 S.C.R. 201; *Hollinger Inc. v. Ravelston Corp.*, 2008 ONCA 207, 89 O.R. (3d) 721; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442; *Sherman Estate v. Donovan*, 2021 SCC 25, [2021] 2 S.C.R. 521; *Canadian Cablesystems (Ontario) Ltd. v. Consumers' Association of Canada*, [1977] 2 S.C.R. 740.

Statutes and Regulations Cited

Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 124/2010, r. 9.15.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).
Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25.01, art. 349.
Court of Appeal Rules, Man. Reg. 555/88R, r. 21(4), 33(4), 46.2(1), (2), (4), (12).
Court of Queen's Bench Rules, Man. Reg. 553/88R, r. 37.11.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 696.1, 696.3(3)(a)(ii).
Manitoba Criminal Appeal Rules, SI/92-106, r. 45.
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 37.14.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, ss. 40(1), 46.1.

Authors Cited

Barbeau, François-Olivier. « Rétractation du jugement », dans *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Procédure civile I*, par Pierre-Claude Lafond, dir. Montréal: Lexis Nexis, 2015, fascicule 31 (feuilles mobiles mises à jour novembre 2020, envoi n° 11).
 Mayrand, Albert. *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, 4^e éd. Montréal: Yvon Blais, 2007.
 Rossiter, James. *Law of Publication Bans, Private Hearings and Sealing Orders*. Toronto: Thomson Reuters, 2006 (loose-leaf updated 2020, release 2).
 Wong, Anna S. P. « Doctrine of *Functus Officio*: The Changing Face of Finality's Old Guard » (2020), 98 *Can. Bar Rev.* 543.

Citée par la juge Abella (dissidente)

Dagenais c. Société Radio-Canada, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Adams*, [1995] 4 R.C.S. 707; *Nova Scotia Government and General Employees Union c. Capital District Health Authority*, 2006 NSCA 85, 246 N.S.R. (2d) 104; *Tsaoussis (Litigation Guardian of) c. Baetz* (1998), 41 O.R. (3d) 257; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *R. c. Henry*, 2012 BCCA 374, 327 B.C.A.C. 190; *British Columbia c. BCTF*, 2015 BCCA 185, 75 B.C.L.R. (5th) 257; *R. c. Khela*, [1995] 4 R.C.S. 201; *Hollinger Inc. c. Ravelston Corp.*, 2008 ONCA 207, 89 O.R. (3d) 721; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442; *Sherman (Succession) c. Donovan*, 2021 CSC 25, [2021] 2 R.C.S. 521; *Canadian Cablesystems (Ontario) Ltd. c. Association des consommateurs du Canada*, [1977] 2 R.C.S. 740.

Lois et règlements cités

Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 124/2010, règle 9.15.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 696.1, 696.3(3)(a)(ii).
Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25.01, art. 349.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 40(1), 46.1.
Règles de la Cour d'appel, Règl. du Man. 555/88R, règles 21(4), 33(4) 46.2(1), (2), (4), (12).
Règles de la Cour du Banc de la Reine, Règl. du Man. 553/88R, règle 37.11.
Règles de procédure de la cour d'appel du Manitoba en matière criminelle, TR/92-106, règle 45.
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, règl. 194, règle 37.14.

Doctrine et autres documents cités

Barbeau, François-Olivier. « Rétractation du jugement », dans *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Procédure civile I*, par Pierre-Claude Lafond, dir., Montréal, Lexis Nexis, 2015, fascicule 31 (feuilles mobiles mises à jour novembre 2020, envoi n° 11).
 Mayrand, Albert. *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, 4^e éd., Montréal, Yvon Blais, 2007.
 Rossiter, James. *Law of Publication Bans, Private Hearings and Sealing Orders*, Toronto, Thomson Reuters, 2006 (loose-leaf updated 2020, release 2).
 Wong, Anna S. P. « Doctrine of *Functus Officio* : The Changing Face of Finality's Old Guard » (2020), 98 *R. du B. can.* 543.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Beard, Burnett and Pfuetzner JJ.A.), 2019 MBCA 122 (*sub nom. R. v. Ostrowski*), [2019] M.J. No. 334 (QL), 2019 CarswellMan 923 (WL Can.), dismissing a motion to set aside a publication ban. Appeal allowed, Abella J. dissenting.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Beard, Burnett and Pfuetzner JJ.A.), 2018 MBCA 125, 369 C.C.C. (3d) 139 (*sub nom. R. v. Ostrowski*), [2018] M.J. No. 306 (QL), 2018 CarswellMan 550 (WL Can.), ordering *inter alia* that a publication ban remain in effect. Appeal adjourned *sine die*, Abella J. dissenting.

Jonathan B. Kroft and Sean A. Moreman, for the appellant.

Michael Bodner and Denis Guénette, for the respondent Her Majesty The Queen.

Harvey T. Strosberg, Q.C., and *James Lockyer*, for the respondent Stanley Frank Ostrowski.

Robert Gosman, for the respondents B.B., spouse of the late M.D., and J.D., in his capacity as executor of the estate of the late M.D.

Michael Bernstein, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Lesley A. Ruzicka, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Fredrick Schumann, for the interveners the Centre for Free Expression, the Canadian Association of Journalists, News Media Canada and Communications Workers of America/Canada.

Tess Layton, for the intervener Ad Idem/Canadian Media Lawyers Association.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (les juges Beard, Burnett et Pfuetzner), 2019 MBCA 122 (*sub nom. R. c. Ostrowski*), [2019] M.J. No. 334 (QL), 2019 CarswellMan 923 (WL Can.), qui a rejeté une motion en annulation d'une interdiction de publication. Pourvoi accueilli, la juge Abella est dissidente.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (les juges Beard, Burnett et Pfuetzner), 2018 MBCA 125, 369 C.C.C. (3d) 139 (*sub nom. R. c. Ostrowski*), [2018] M.J. No. 306 (QL), 2018 CarswellMan 550 (WL Can.), qui a ordonné, entre autres, qu'une interdiction de publication demeure en vigueur. Pourvoi ajourné *sine die*, la juge Abella est dissidente.

Jonathan B. Kroft et Sean A. Moreman, pour l'appelante.

Michael Bodner et Denis Guénette, pour l'intimée Sa Majesté la Reine.

Harvey T. Strosberg, c.r., et *James Lockyer*, pour l'intimé Stanley Frank Ostrowski.

Robert Gosman, pour les intimés B.B., conjointe de feu M.D., et J.D., en sa qualité d'exécuteur de la succession de feu M.D.

Michael Bernstein, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Lesley A. Ruzicka, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Fredrick Schumann, pour les intervenants Centre for Free Expression, l'Association canadienne des journalistes, Médias d'Info Canada et Guilde canadienne des médias/Syndicat des communications d'Amérique/Canada.

Tess Layton, pour l'intervenante Ad Idem/Canadian Media Lawyers Association.

The judgment of Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin and Kasirer J.J. was delivered by

KASIRER J. —

I. Overview

[1] The principal issue in these appeals concerns a court's jurisdiction to render, vary or vacate orders — sealing orders, publication bans and the like — that limit the open court principle. The question is whether a court retains jurisdiction over these ancillary matters after it has decided the merits of the case and has entered its formal judgment. Does the doctrine of *functus officio* — the notion that once a court has performed its function, it has exhausted its authority — preclude that court from revisiting a publication ban that it had ordered or a sealing order put in place in the course of criminal proceedings?

[2] An affidavit filed in a criminal matter before the Court of Appeal of Manitoba had been held under seal and subject to a publication ban pending a decision as to its admissibility as new evidence. In its reasons allowing the appeal on the merits, the court dismissed the motion for new evidence because it was not relevant to the issue at hand. It nevertheless ordered that the publication ban remain in place indefinitely.

[3] Relying on the open court principle and the constitutionally-protected right of freedom of the press with which it is bound up, the appellant Canadian Broadcasting Corporation (“CBC”) brought a motion in which it sought access to the affidavit and asked to have the publication ban set aside. It had been covering the proceedings as a representative of the media. Lifting the publication ban, said the CBC, would shed light on the principal matter before the Court of Appeal and its conclusion on

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et Kasirer rendu par

LE JUGE KASIRER —

I. Vue d'ensemble

[1] La question principale en litige dans les présents pourvois concerne le pouvoir d'un tribunal de rendre, de modifier ou d'annuler des ordonnances — ordonnances de mise sous scellés, interdictions de publication et ainsi de suite — qui limitent le principe de la publicité des débats judiciaires. La question est de savoir si un tribunal demeure compétent à l'égard de ces matières accessoires après qu'il se soit prononcé sur le fond de l'affaire et ait inscrit son jugement formel. La règle du *functus officio* — l'idée selon laquelle dès qu'un tribunal a exercé sa fonction, il a épuisé sa compétence — interdit-elle à ce tribunal de se pencher de nouveau sur une interdiction de publication qu'il a prononcée ou sur une ordonnance de mise sous scellés mise en place lors d'une instance criminelle?

[2] Un affidavit déposé dans une affaire criminelle dont était saisie la Cour d'appel du Manitoba avait été gardé sous scellés et était visé par une interdiction de publication en attendant qu'il soit statué sur son admissibilité en tant que nouvel élément de preuve. Dans ses motifs accueillant l'appel sur le fond, le tribunal a rejeté la motion pour présentation d'éléments de preuve nouveaux, jugeant que ceux-ci n'étaient pas pertinents quant à la question en litige. Il a néanmoins ordonné que l'interdiction de publication reste en vigueur indéfiniment.

[3] Invoquant le principe de la publicité des débats judiciaires et le droit constitutionnel à la liberté de la presse avec lequel il est intimement lié, la Société Radio-Canada appelante (« SRC ») a présenté une motion dans laquelle elle sollicitait l'accès à l'affidavit et demandait l'annulation de l'interdiction de publication. Elle avait assuré la couverture de l'instance en tant que représentante des médias. Aux dires de la SRC, la levée de l'interdiction de publication ferait la lumière sur la principale question dont était

the merits that a miscarriage of justice had occurred at trial. The Crown opposed the motion to disturb the ban, however, arguing that the affidavit was not relevant and the Court of Appeal had no continuing authority over the matter. Family members of a deceased person mentioned in the affidavit under seal also opposed lifting the ban since, they said, doing so would result in an unjustifiable violation of their privacy.

[4] The Court of Appeal declined to consider the CBC's motion, citing its rule of practice against rehearings and the doctrine of *functus officio*. The court reasoned that its jurisdiction was exhausted once it had decided the merits of the case and entered its formal judgment disposing of the appeal. It concluded that it had no authority to hear the motion and said the CBC should turn to this Court, on appeal, to seek redress.

[5] In point of fact, this Court is seized of two appeals. In the first, leave was granted from the Court of Appeal's refusal to hear the motion in which it was asked to reconsider its own publication ban and, in addition, to grant the CBC access to the affidavit. This first appeal raises preliminary issues about the Court of Appeal's powers to reconsider such decisions after it had entered the formal order on the merits of the miscarriage of justice case, including consideration of the doctrine of *functus officio*. In the second appeal for which leave was also granted, the CBC challenges the publication ban directly. This second appeal is taken directly from the publication ban itself, and unlike the first appeal, it does not concern the order granting access to the affidavit also sought in the CBC's motion. It raises the sole issue of whether the Court of Appeal was correct to order the final, indefinite publication ban made in the judgment which disposed of the merits of the appeal.

saisie la Cour d'appel et sa conclusion sur le fond selon laquelle une erreur judiciaire s'était produite au procès. Cependant, la Couronne s'est opposée à la motion en modification de l'interdiction, plaidant que l'affidavit n'était pas pertinent et que la Cour d'appel n'avait plus compétence sur la matière. Des membres de la famille d'une personne décédée mentionnée dans l'affidavit sous scellés se sont eux aussi opposés à la levée de l'interdiction, car, disaient-ils, pareille mesure entraînerait une violation injustifiable de leur vie privée.

[4] La Cour d'appel a refusé d'examiner la motion de la SRC, invoquant sa règle de pratique interdisant les nouvelles audiences et la règle du *functus officio*. La cour estimait avoir épuisé sa compétence dès lors qu'elle s'était prononcée sur le fond de l'affaire et inscrit son jugement formel tranchant l'appel. Elle a conclu qu'elle n'avait pas compétence pour entendre la motion et a affirmé que la SRC devait s'adresser à notre Cour, dans un pourvoi, pour obtenir réparation.

[5] En fait, notre Cour est saisie de deux pourvois. Dans le premier, elle a accordé l'autorisation de pourvoi à l'encontre du refus de la Cour d'appel d'entendre la motion dans laquelle il lui était demandé de réexaminer sa propre interdiction de publication et, en outre, de donner à la SRC accès à l'affidavit. Ce premier pourvoi soulève des questions préliminaires relatives aux pouvoirs de la Cour d'appel de réexaminer les décisions de cette nature après qu'elle eut rendu l'ordonnance formelle sur le bien-fondé de l'allégation d'erreur judiciaire, notamment l'examen de la règle du *functus officio*. Dans le second pourvoi, autorisé lui aussi, la SRC conteste directement l'interdiction de publication. Ce deuxième pourvoi prend sa source directement dans l'interdiction de publication elle-même, et contrairement au premier pourvoi, il ne concerne pas l'ordonnance donnant accès à l'affidavit sollicité lui aussi dans la motion de la SRC. Il soulève l'unique question de savoir si la Cour d'appel a eu raison d'imposer l'interdiction de publication définitive de durée indéterminée décrétée dans le jugement qui tranchait l'appel sur le fond.

[6] As to the first appeal, and so said with great respect, I do not share the Court of Appeal's view that it was without jurisdiction to consider the motion brought by the CBC. It is true that, in the exercise of its appellate authority, the Court of Appeal could not rehear the appeal on the merits and that the doctrine of *functus officio* precludes it from reconsidering the substance of the appeal. But after a court loses jurisdiction over the merits, it generally retains the authority to supervise access to the record of its own proceedings. Even after the formal judgment on the merits is filed, this ongoing authority allows the court to ensure compliance with the constitutionally-protected open court principle and the protection of other important public interests against which it must be weighed. Indeed, it is critical to upholding the responsibility all courts have to manage their records in accordance with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the proper administration of justice. As ancillary court openness issues have no bearing on the judgments on the merits, there was no reason for the Court of Appeal to tie its own hands in service of the finality of the underlying judgment that was not at risk.

[7] Moreover, the Court of Appeal had ordered the continuing publication ban in its judgment on the merits without a hearing to determine whether the open court principle should be limited in the circumstances. The Court of Appeal ought to have considered whether it was appropriate to set aside its publication ban on motion by the CBC in these circumstances.

[8] For the reasons that follow, to dispose of the first appeal I propose that the matter should be remanded to the Court of Appeal to decide the CBC's motion. That court is best placed to decide the discretionary and fact-specific issues raised, including whether the CBC should be granted standing to challenge the publication ban, whether the motion was unreasonably delayed such that it is not in the interests of justice to hear it and whether the lifting

[6] En ce qui concerne le premier pourvoi, et soit dit en tout respect, je ne partage pas l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle elle n'avait pas compétence pour examiner la motion présentée par la SRC. Il est vrai que, dans l'exercice de sa compétence en tant que juridiction d'appel, la Cour d'appel ne pouvait pas entendre de nouveau l'appel sur le fond et que la règle du *functus officio* l'empêche de se prononcer encore une fois sur le mérite de l'appel. Toutefois, après qu'un tribunal perde compétence sur le fond, il conserve généralement le pouvoir de superviser l'accès au dossier de sa propre instance. Même après le dépôt du jugement formel sur le fond, ce pouvoir continu permet au tribunal d'assurer la conformité au principe constitutionnel de la publicité des débats judiciaires et la protection d'autres intérêts publics importants par rapport auxquels il doit être soupesé. En effet, il est essentiel au maintien de la responsabilité de tous les tribunaux d'administrer leurs dossiers conformément à la *Charte canadienne des droits et libertés* et à la bonne administration de la justice. Puisque ces questions accessoires liées à la publicité des débats judiciaires n'ont aucune incidence sur les jugements au fond, la Cour d'appel n'avait aucune raison de se lier les mains au service du caractère définitif du jugement sous-jacent, lequel n'était pas menacé.

[7] Qui plus est, la Cour d'appel avait prononcé l'interdiction de publication continue dans son jugement sur le fond sans tenir d'audience en vue de décider s'il y avait lieu de limiter le principe de la publicité des débats judiciaires dans les circonstances. La Cour d'appel aurait dû se demander s'il convenait d'annuler son interdiction de publication sur motion de la SRC dans ces circonstances.

[8] Pour les motifs qui suivent, en vue de statuer sur le premier pourvoi, je propose que l'affaire soit renvoyée à la Cour d'appel pour qu'elle tranche la motion de la SRC. Ce tribunal est le mieux placé pour trancher les questions discrétionnaires et tributaires des faits qui sont soulevées, dont celle de savoir s'il y a lieu d'accorder à la SRC qualité pour contester l'interdiction de publication, celle de savoir si la motion a été déraisonnablement tardive

of the publication ban is justified here taking into account this Court's decision in *Sherman Estate v. Donovan*, 2021 SCC 25, [2021] 2 S.C.R. 521.

[9] Given that I propose to dispose of the first appeal by returning the matter to the Court of Appeal to decide the CBC's motion, in my respectful view it would be inappropriate for this Court to decide the second appeal challenging the ban directly now, before the Court of Appeal has had a chance to reconsider the matter. Accordingly, I would adjourn the second appeal *sine die*.

II. Background and Proceedings Below

A. *The Miscarriage of Justice Reference*

[10] Following a jury trial in 1987, Stanley Ostrowski was convicted of first degree murder. He appealed the conviction unsuccessfully to the Court of Appeal and later this Court (*R. v. Ostrowski and Correia* (1989), 57 Man. R. (2d) 255, aff'd *R. v. Ostrowski*, [1990] 2 S.C.R. 82).

[11] In 2014, the Minister of Justice referred the matter to the Court of Appeal pursuant to ss. 696.1 and 696.3(3)(a)(ii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. These provisions allow matters to be referred back to the Court of Appeal in circumstances where, in the Minister's view, there is a reasonable basis to conclude that a miscarriage of justice has likely occurred.

[12] Certain new evidence relating to the conviction at trial in 1987 was proposed for consideration by the Court of Appeal upon joint motion of the Crown and Mr. Ostrowski. Unusually, this included the live testimony of 12 witnesses heard before a panel of appellate justices. The Crown conceded this evidence was admissible, that it proved a miscarriage

si bien qu'il n'est pas dans l'intérêt de la justice de l'entendre, et celle de savoir si la levée de l'interdiction de publication est justifiée en l'espèce compte tenu de la décision rendue par notre Cour dans *Sherman (Succession) c. Donovan*, 2021 CSC 25, [2021] 2 R.C.S. 521.

[9] Comme je propose de statuer sur le premier pourvoi en renvoyant l'affaire à la Cour d'appel pour qu'elle se prononce sur la motion de la SRC, je suis respectueusement d'avis qu'il serait inopportun que notre Cour décide du second pourvoi contestant l'interdiction de publication elle-même, avant que la Cour d'appel ait eu une occasion de réexaminer l'affaire. Par conséquent, j'ajournerais le second pourvoi *sine die*.

II. Contexte et instances devant les juridictions inférieures

A. *Le renvoi sur l'erreur judiciaire*

[10] Au terme d'un procès devant jury en 1987, Stanley Ostrowski a été déclaré coupable de meurtre au premier degré. Il a interjeté appel sans succès de la déclaration de culpabilité à la Cour d'appel et, plus tard, à notre Cour (*R. c. Ostrowski and Correia* (1989), 57 Man. R. (2d) 255, conf. par *R. c. Ostrowski*, [1990] 2 R.C.S. 82).

[11] En 2014, le ministre de la Justice a renvoyé l'affaire à la Cour d'appel en application de l'art. 696.1 et du sous-al. 696.3(3)a(ii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Ces dispositions permettent de renvoyer des causes à la Cour d'appel dans des situations où, de l'avis du ministre, il y a des motifs raisonnables de conclure qu'une erreur judiciaire s'est probablement produite.

[12] Certains éléments de preuve nouveaux liés à la déclaration de culpabilité au procès en 1987 ont été proposés pour examen par la Cour d'appel sur motion conjointe de la Couronne et de M. Ostrowski. Fait inusité, ceci comprenait le témoignage de vive voix de 12 témoins entendus devant une formation de juges de la Cour d'appel.

of justice had occurred and, accordingly, that the 1987 conviction should be set aside. The concession was based on evidence pointing to the existence of a deal made between prosecutors and a witness whose testimony had linked Mr. Ostrowski to the murder. The evidence had not been disclosed to Mr. Ostrowski at trial, violating his right to make full answer and defence.

[13] The parties did not agree on the appropriate remedy for the miscarriage of justice. The Crown sought a new trial order and a judicial stay of those proceedings, while Mr. Ostrowski asked that an acquittal be entered by the Court of Appeal.

[14] Mr. Ostrowski also sought to introduce further new evidence, specifically an affidavit sworn by his lawyer, Richard Posner (“Posner affidavit”). The affidavit contained details of certain events that had occurred after one of the 12 witnesses, M.D., had testified before the Court of Appeal in this matter. Unlike the material relating to the other motion for new evidence, the Crown did not consent to the Posner affidavit being admitted into evidence.

[15] The Court of Appeal heard oral argument from the parties on May 28, 2018, including submissions regarding the admissibility of the Posner affidavit. The affidavit was sealed, pursuant to the *Court of Appeal Rules*, Man. Reg. 555/88R, relating to motions for new evidence, but the Court of Appeal nevertheless reviewed it on the consent of the parties (r. 21(4)). It also ordered a publication ban respecting this material at the outset of the May 28 hearing:

THE COURT: . . . [I]n our view, unless counsel feel otherwise, there must be a publication ban. There’s no point in having the sealed material to the extent that it’s referred to in argument without a publication ban. So there will be

La Couronne a concédé que ces éléments de preuve étaient admissibles, qu’ils prouvaient une erreur judiciaire et, par conséquent, qu’il y avait lieu d’annuler la déclaration de culpabilité de 1987. La concession était fondée sur des éléments de preuve qui indiquaient l’existence d’un marché conclu entre les poursuivants et un témoin dont le témoignage au procès avait lié M. Ostrowski au meurtre. Ces éléments n’avaient pas été communiqués à M. Ostrowski au procès, ce qui violait son droit de présenter une défense pleine et entière.

[13] Les parties ne s’entendaient pas sur la réparation qu’il convenait d’accorder pour l’erreur judiciaire. La Couronne a demandé à la Cour d’appel d’ordonner la tenue d’un nouveau procès et l’arrêt de ces procédures, alors que M. Ostrowski lui a demandé d’inscrire un acquittement.

[14] Monsieur Ostrowski a également cherché à produire un autre nouvel élément de preuve, à savoir un affidavit souscrit par son avocat, Richard Posner (« affidavit de M^e Posner »). L’affidavit renfermait des détails de certains événements qui s’étaient produits après qu’un des 12 témoins, M.D., eut témoigné devant la Cour d’appel dans cette affaire. Contrairement aux documents liés à l’autre motion en présentation d’éléments de preuve nouveaux, la Couronne n’a pas consenti à ce que l’affidavit de M^e Posner soit admis en preuve.

[15] Le 28 mai 2018, la Cour d’appel a entendu les plaidoiries des parties, notamment leurs observations sur l’admissibilité de l’affidavit de M^e Posner. L’affidavit était mis sous scellés, en application des *Règles de la Cour d’appel*, Règl. Man. 555/88R, relatives aux motions en présentation d’éléments de preuve nouveaux, mais la Cour d’appel l’a néanmoins examiné avec le consentement des parties (par. 21(4)). Elle a également prononcé une interdiction de publication de ce document à l’ouverture de l’audience du 28 mai :

[TRADUCTION] LA COUR : . . . [À] notre avis, à moins que les avocats soient d’avis contraire, il doit y avoir interdiction de publication. Il ne sert à rien de mettre les documents sous scellés dans la mesure où il en est question

a publication ban as well unless counsel wish to address that?

Ban on Publication

(R.R. (Crown), at p. 137)

[16] As it would later concede before the Court of Appeal, the CBC was reporting on the proceedings, and its journalists could have attended any of the hearings, including the May 28 hearing.

B. *The 2018 Publication Ban Judgment (2018 MBCA 125, 369 C.C.C. (3d) 139 — Beard, Burnett and Pfuetzner J.J.A.)*

[17] The Court of Appeal found a miscarriage of justice as a result of the non-disclosure based on material revealed by the first motion for new evidence, accepting the concession of the Crown noted above. This was sufficient to conclude the conviction should be set aside. The Court of Appeal ultimately quashed the conviction, ordered a new trial and entered a stay of any further proceedings, and continued the publication ban indefinitely (“2018 Publication Ban Judgment”).

[18] The court declined to admit the Posner affidavit as further new evidence, because it concluded that it was not relevant to the determination of the only live issue of the appropriate remedy for Mr. Ostrowski. Instead, the evidence went to “the issue of whether there was Crown misbehaviour, which was relevant to whether there had been a miscarriage of justice” (para. 82). Beard J.A. wrote the following in concluding: “I am of the view that the evidence is not relevant to the issues to be determined and the motion should be dismissed. I would order that the publication ban regarding this evidence should remain in effect” (*ibid.*).

[19] For our purposes, it bears emphasizing that the publication ban that the Court of Appeal had ordered

dans les plaidoiries sans interdiction de publication. Il y aura donc en outre une interdiction de publication, à moins que les avocats veuillent se prononcer sur cette question?

Interdiction de publication

(d.i. (Couronne), p. 137)

[16] Comme elle l’admettra plus tard devant la Cour d’appel, la SRC assurait la couverture médiatique de l’instance, et ses journalistes auraient pu assister à n’importe laquelle des audiences, y compris celle du 28 mai.

B. *Le jugement de 2018 sur l’interdiction de publication (2018 MBCA 125, 369 C.C.C. (3d) 139 — les juges Beard, Burnett et Pfuetzner)*

[17] La Cour d’appel a conclu à une erreur judiciaire en raison de la non-communication sur la foi de documents révélés par la première motion en présentation d’éléments de preuve nouveaux, prenant acte de la concession susmentionnée de la Couronne. Ceci était suffisant pour conclure que la déclaration de culpabilité devrait être annulée. La Cour d’appel a fini par annuler la déclaration de culpabilité, ordonner la tenue d’un nouveau procès, inscrire l’arrêt de toute autre procédure et reconduire indéfiniment l’interdiction de publication (« jugement de 2018 sur l’interdiction de publication »).

[18] La cour a refusé d’admettre l’affidavit de M^e Posner en tant qu’autre élément de preuve nouveau, car elle a conclu qu’il n’était pas pertinent pour trancher la seule question en litige de la réparation qu’il convenait d’accorder à M. Ostrowski. La preuve concernait plutôt [TRADUCTION] « la question de savoir si la Couronne s’était mal conduite, un enjeu pertinent pour décider s’il y avait eu erreur judiciaire » (par. 82). La juge Beard a conclu en ces termes : « Je suis d’avis que l’élément de preuve n’est pas pertinent quant aux questions à trancher et qu’il y a lieu de rejeter la motion. J’ordonnerais que l’interdiction de publication portant sur cet élément de preuve demeure en vigueur » (*ibid.*).

[19] Pour nos besoins, il convient de souligner que l’interdiction de publication que la Cour d’appel

at the hearing was, in para. 82 of the court's reasons on the merits, ordered to "remain in effect." This was done without either a motion to that end or particularized pleadings on the appropriateness of the continuing order in light of the open court principle. The Posner affidavit had been sealed pursuant to a rule of court during the proceedings on appeal (*Court of Appeal Rules*, r. 21(4)). That sealing order is not mentioned in the 2018 Publication Ban Judgment.

[20] A formal certificate of decision of this judgment was entered in January 2019, recording the orders on the appeal and the two new evidence motions. The certificate made no reference to a sealing order or a publication ban.

C. *The 2019 Jurisdiction Judgment (2019 MBCA 122 — Beard, Burnett and Pfuetzner J.J.A.)*

[21] Following the disposition of the appeal on the miscarriage of justice, the CBC petitioned the Court of Appeal to obtain access to the Posner affidavit and to ask the court to set aside the publication ban referred to in the 2018 Publication Ban Judgment. The CBC's motion was brought in May 2019, following the release of reasons on the merits of Mr. Ostrowski's appeal and the filing of the formal judgment in that matter.

[22] The CBC had contacted the Registrar at the Court of Appeal seeking access to the Posner affidavit. Evidence suggests the CBC received word from the Court of Appeal's media relations officer alerting it to the existence of the publication ban in the days following the release of the 2018 reasons on the merits of Mr. Ostrowski's appeal. However, it was over five months later that the CBC filed the above-mentioned motion.

[23] The CBC relied on s. 2(b) of the *Charter* and alleged that the evidence did not support "any continued restriction on the right of the media and the

avait prononcée à l'audience devait, comme il est dit au par. 82 des motifs de la cour sur le fond, [TRADUCTION] « demeurer en vigueur ». Cette décision a été rendue sans qu'il y ait eu de motion en ce sens et en l'absence de plaidoiries précises sur la justesse du maintien de l'interdiction de publication à la lumière du principe de la publicité des débats judiciaires. L'affidavit de M^e Posner avait été mis sous scellés en application d'une règle de procédure pendant l'instance en appel (*Règles de la Cour d'appel*, par. 21(4)). Cette ordonnance de mise sous scellés n'est pas mentionnée dans le jugement de 2018 sur l'interdiction de publication.

[20] En janvier 2019, un certificat de décision officiel de ce jugement a été inscrit, consignnant les ordonnances sur l'appel et les deux motions en présentation d'éléments de preuve nouveaux. Le certificat ne fait aucune mention d'une ordonnance de mise sous scellés ou d'une interdiction de publication.

C. *Le jugement de 2019 sur la compétence (2019 MBCA 122 — les juges Beard, Burnett et Pfuetzner)*

[21] À la suite de la décision sur l'appel concernant l'erreur judiciaire, la SRC a demandé à la Cour d'appel l'accès à l'affidavit de M^e Posner et l'annulation de l'interdiction de publication mentionnée dans le jugement de 2018 sur l'interdiction de publication. La motion de la SRC a été présentée en mai 2019, après le prononcé des motifs sur le bien-fondé de l'appel de M. Ostrowski et le dépôt du jugement formel dans cette affaire.

[22] La SRC avait communiqué avec le greffier de la Cour d'appel pour demander accès à l'affidavit de M^e Posner. Il appert de la preuve que la SRC avait été informée par l'agent des relations avec les médias de la Cour d'appel de l'existence de l'interdiction de publication dans les jours qui ont suivi le prononcé des motifs de 2018 sur le bien-fondé de l'appel de M. Ostrowski. Toutefois, c'est plus de cinq mois plus tard que la SRC a déposé la motion susmentionnée.

[23] La SRC s'est fondée sur l'al. 2b) de la *Charte* et a allégué que la preuve ne justifiait [TRADUCTION] « aucune restriction continue au droit des médias et

public to access and report upon the full record of these [p]roceedings” (A.R., at p. 75). In its motion brief, the CBC emphasized its purpose to render transparent the circumstances that led to the miscarriage of justice, arguing that it was of the utmost importance that material in the Posner affidavit concerning M.D., one of the 12 witnesses at the miscarriage of justice proceeding, be open to public scrutiny. In an affidavit filed in support of the motion, the CBC’s Director of Investigative Journalism: Regions observed that there had been no formal motion filed requesting a publication ban of the material and there was no notice to the public or the media that a ban was being sought.

[24] M.D.’s spouse, B.B., and the executor of his estate, J.D. (collectively, “interested parties”) opposed the CBC’s motion on jurisdictional grounds, as did the Crown. Noting that the certificate of decision had already been entered, the interested parties and the Crown argued that the Court of Appeal had no authority to decide the motion by reason of the rule against rehearing in the *Court of Appeal Rules*.

[25] The Court of Appeal dismissed the motion, citing a lack of jurisdiction (“2019 Jurisdiction Judgment”). It explained that the CBC was seeking a rehearing of a publication ban order made as part of the final disposition of Mr. Ostrowski’s appeal. “[N]o rehearing of an appeal, or any issue dealt with on an appeal, can occur once the certificate of decision has been entered”, wrote Pfuetzner J.A. for the court, relying on r. 46.2 of the *Court of Appeal Rules* and the common law doctrine of *functus officio* (para. 17 (CanLII)). The certificate had been entered well before the motion was brought. The fact that the certificate did not mention the publication ban was held not to be determinative because it was “subsidiary” to the ruling on the new evidence motion and the final disposition of the appeal. It was further barred by r. 46.2(12), which provides a motion cannot be reheard. The Court of Appeal concluded that the “proper route for a third party . . . to challenge a publication ban issued by a superior court (including

du public d’avoir accès au dossier intégral de cette instance et de réaliser un reportage sur celui-ci » (d.a., p. 75). Dans son mémoire relatif à la motion, la SRC a souligné son objectif de rendre transparentes les circonstances qui ont mené à l’erreur judiciaire, plaidant qu’il était de la plus haute importance que des éléments dans l’affidavit de M^e Posner relatifs à M.D., un des 12 témoins à l’instance en matière d’erreur judiciaire, puissent être ouverts à l’examen du public. Dans un affidavit déposé au soutien de la motion, le directeur du journalisme d’enquête (régions) de la SRC a fait remarquer qu’aucune motion officielle n’avait été déposée pour solliciter une interdiction de publication des éléments et qu’il n’y avait eu aucun avis au public ou aux médias qu’une interdiction était demandée.

[24] La conjointe de M.D., B.B., et l’exécuteur de sa succession, J.D. (collectivement, les « parties intéressées »), se sont opposés à la motion de la SRC pour des motifs de compétence, comme l’a fait la Couronne. Signalant que le certificat de décision avait déjà été inscrit, les parties intéressées et la Couronne ont plaidé que la Cour d’appel n’avait pas compétence pour trancher la motion en raison de la règle interdisant les nouvelles audiences, prévue dans les *Règles de la Cour d’appel*.

[25] La Cour d’appel a rejeté la motion, invoquant l’absence de compétence (« jugement de 2019 sur la compétence »). Elle a expliqué que la SRC sollicitait une nouvelle audience portant sur une interdiction de publication prononcée dans le cadre du jugement définitif sur l’appel de M. Ostrowski. [TRADUCTION] « [I]l ne peut y avoir nouvelle audition d’un appel, ni d’aucune question traitée en appel, dès lors que le certificat de décision a été inscrit », a écrit la juge Pfuetzner au nom de la cour, s’appuyant sur la règle 46.2 des *Règles de la Cour d’appel* et la règle de common law du *functus officio* (par. 17 (CanLII)). Le certificat avait été inscrit bien avant la présentation de la motion. Le fait que le certificat ne mentionnait pas l’interdiction de publication a été jugé non déterminant, parce que celle-ci était « accessoire » au jugement portant sur la motion en présentation d’éléments de preuve nouveaux et au jugement tranchant définitivement l’appel. La motion était en outre irrecevable du fait du par. 46.2(12), lequel prévoit

one issued by an appellate court) is to seek leave to appeal to the Supreme Court of Canada” (para. 21). It dismissed the motion on this jurisdictional basis alone.

III. Issues

[26] As is plain from the CBC’s two applications seeking leave, the terms of the leave judgment and the arguments of the parties before us, this matter raises two distinct appeals. The CBC is appealing both from the 2019 Jurisdiction Judgment dismissing the motion for reconsideration, and from the 2018 Publication Ban Judgment, which made the indefinite publication ban at issue in this case.

[27] In these two appeals, the CBC seeks three orders from this Court. First, the CBC asks for an order setting aside the 2019 Jurisdiction Judgment. It argues the Court of Appeal erred in concluding it had no jurisdiction to hear its motion and should have addressed the issues of whether to reconsider the publication ban and of whether the public and the press have the right to access the Posner affidavit. Notably, the CBC argues that neither the rule against rehearings in the *Court of Appeal Rules* nor the doctrine of *functus officio* deprived the Court of Appeal of jurisdiction to consider the motion based in constitutional principles of court openness. It says that the publication ban could be reconsidered on the basis of a change in circumstances or because, as an affected party, it did not have notice of the making of this order.

[28] The CBC also asks this Court for a second order setting aside the continuing publication ban in the 2018 Publication Ban Judgment and a third giving it access to the Posner affidavit as part of

qu’une motion ne peut faire l’objet d’une nouvelle audience. La Cour d’appel a conclu que « la marche à suivre pour un tiers [. . .] qui entend contester une interdiction de publication prononcée par une cour supérieure (y compris une interdiction prononcée par une cour d’appel) consiste à solliciter l’autorisation de se pourvoir en appel devant la Cour suprême du Canada » (par. 21). La Cour d’appel a rejeté la motion pour ce motif de compétence uniquement.

III. Questions en litige

[26] Tel qu’il ressort des deux demandes d’autorisation de la SRC, des dispositions du jugement sur autorisation et de l’argumentation présentée devant nous par les parties, la présente affaire met en jeu deux pourvois distincts. La SRC interjette appel à la fois du jugement de 2019 sur la compétence rejetant la motion en réexamen et du jugement de 2018 sur l’interdiction de publication qui a imposé l’interdiction de publication d’une durée indéterminée litigieuse en l’espèce.

[27] Dans les deux présents pourvois, la SRC sollicite trois ordonnances de notre Cour. En premier lieu, la SRC demande une ordonnance annulant le jugement de 2019 sur la compétence. Elle soutient que la Cour d’appel a eu tort de conclure qu’elle n’avait pas compétence pour entendre sa motion, et qu’elle aurait dû aborder les questions de savoir s’il y a lieu de réexaminer l’interdiction de publication et si le public et la presse ont le droit d’avoir accès à l’affidavit de M^e Posner. Signalons que, d’après la SRC, ni la règle interdisant les nouvelles audiences, prévue dans les *Règles de la Cour d’appel*, ni la règle du *functus officio* ne privait la Cour d’appel du pouvoir d’examiner la motion eu égard aux principes constitutionnels de la publicité des débats judiciaires. Selon elle, l’interdiction de publication pourrait être réexaminée en raison d’un changement de circonstances ou parce que, à titre de partie touchée, elle n’avait pas été avisée du prononcé de cette ordonnance.

[28] La SRC demande aussi à notre Cour une deuxième ordonnance annulant le maintien de l’interdiction de publication décrétée dans le jugement de 2018 sur l’interdiction de publication, et une

the court record. It argues the open court principle applies to material that is tendered as new evidence even if, at the end of the day, it is not admitted. In this instance, it says the publication ban fails the test for discretionary limits on this principle set forth in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, and *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442. It contends further that the public is legally entitled to access the Posner affidavit because the applicable rules do not provide for continued sealing of this material. Mr. Ostrowski adopts the CBC's position and adds that the orders of the Court of Appeal preclude the proper accountability of public officials whose actions he alleges contributed to his wrongful conviction.

[29] The Crown takes the position that the Court of Appeal was right to conclude that it had no jurisdiction to consider the CBC's motion. The Crown says, however, that if the Court of Appeal had authority to consider these issues, this Court does not have jurisdiction with respect to the publication ban and, if it does, it should decline to exercise its authority. Should this Court proceed to consider the merits, the Crown's position is that the Court of Appeal's decision to impose a continuing publication ban was correct, even if it might have given more fulsome reasons. The material in the Posner affidavit is deeply personal and speaks to intimate details about M.D. that would re-traumatize the family, such that a discretionary limit on court openness was justified here. Similarly, the interested parties argue that the limits on court openness are necessary to protect the privacy of M.D.'s family and that the limit is justified given the inadmissible, irrelevant and unreliable nature of the proposed new evidence.

[30] The parties raise a broad series of questions before this Court bearing on jurisdiction over and the appropriateness of a publication ban or sealing

troisième lui donnant accès à l'affidavit de M^e Posner en tant qu'élément du dossier judiciaire. Elle soutient que le principe de la publicité des débats judiciaires s'applique aux documents qui sont présentés comme éléments de preuve nouveaux même si, au bout du compte, ils n'ont pas été admis. Dans le cas présent, elle affirme que l'interdiction de publication ne satisfait pas au critère des limites discrétionnaires à ce principe établies dans les arrêts *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442. Elle prétend en outre que le public a légalement le droit d'avoir accès à l'affidavit de M^e Posner parce que les règles applicables ne prévoient pas le maintien sous scellés de ce document. Monsieur Ostrowski fait sienne la thèse de la SRC et ajoute que les ordonnances de la Cour d'appel excluent une transparence adéquate de la part des titulaires de charge publique dont les gestes, allègue-t-il, ont contribué à sa condamnation injustifiée.

[29] La Couronne soutient que la Cour d'appel a eu raison de conclure qu'elle n'avait pas compétence pour examiner la motion de la SRC. Cependant, la Couronne affirme que, si la Cour d'appel avait le pouvoir d'examiner ces questions, notre Cour n'a pas compétence à l'égard de l'interdiction de publication et que, si elle a cette compétence, elle devrait refuser de l'exercer. Si notre Cour procède sur le fond, la Couronne est d'avis que la décision de la Cour d'appel d'imposer le maintien de l'interdiction de publication était fondée, et ce, même si elle aurait pu donner des motifs plus étoffés. Les éléments qui se trouvent dans l'affidavit de M^e Posner sont très personnels et traitent de détails intimes concernant M.D. qui feraient vivre à la famille une nouvelle épreuve, si bien que la limite discrétionnaire à la publicité des débats judiciaires était justifiée en l'espèce. Pareillement, les parties intéressées soutiennent que les limites à la publicité des débats judiciaires sont nécessaires pour protéger la vie privée de la famille de M.D. et que la limite est justifiée compte tenu du caractère inadmissible, non pertinent et non fiable des nouveaux éléments de preuve proposés.

[30] Les parties soulèvent devant notre Cour un vaste éventail de questions qui portent sur la compétence à l'égard d'une interdiction de publication ou

order in the circumstances. It is sufficient to answer the following questions to dispose of this matter:

1. Did the Court of Appeal err in concluding it had no jurisdiction to consider the CBC's motion to reconsider the publication ban and gain access to the Posner affidavit?
2. Should the matter be remanded to the Court of Appeal to hear the merits of that motion?

[31] For the reasons that follow I am respectfully of the view, in the first appeal from the 2019 Jurisdiction Judgment, that the Court of Appeal did err on the issue of jurisdiction and that as a result the matter should be remanded to that court. This ends the analysis. The second appeal from the 2018 Publication Ban Judgment would best not proceed until the Court of Appeal decides the CBC's motion.

IV. Analysis

A. *Jurisdiction to Make, Vary and Set Aside Orders Concerning Court Openness*

- (1) Supervisory Jurisdiction Over the Court Record Survives Entering a Judgment on the Merits

[32] In concluding that it lacked jurisdiction to vary or set aside the relevant orders concerning court openness, the Court of Appeal relied, in part, on the doctrine of *functus officio*. The term *functus officio* — often rendered as “having performed his or her office” — has traditionally been understood to mean that once a judge decided a matter, they had discharged their office and did not have the ability to return to and correct their decision (A. S. P. Wong, “Doctrine of *Functus Officio*: The Changing Face of Finality's Old Guard” (2020), 98 *Can. Bar Rev.* 543, at pp. 546-47; see A. Mayrand, *Dictionnaire*

d'une ordonnance de mise sous scellés de même que sur l'opportunité de ces mesures dans les circonstances. Il suffit de répondre aux questions suivantes pour trancher la présente affaire :

1. La Cour d'appel a-t-elle eu tort de conclure qu'elle n'avait pas compétence pour examiner la motion de la SRC pour le réexamen de l'interdiction de publication et pour avoir accès à l'affidavit de M^e Posner?
2. L'affaire devrait-elle être renvoyée à la Cour d'appel pour qu'elle se prononce sur le bien-fondé de cette motion?

[31] Pour les motifs qui suivent, je suis respectueusement d'avis, à l'égard du premier appel formé contre le jugement de 2019 sur la compétence, que la Cour d'appel a fait erreur au sujet de la compétence et qu'en conséquence, l'affaire devrait être renvoyée à cette cour. Cela met un terme à l'analyse. Il vaut mieux que le second appel du jugement de 2018 sur l'interdiction de publication n'aille pas de l'avant jusqu'à ce que la Cour d'appel tranche la motion de la SRC.

IV. Analyse

A. *Compétence pour rendre, modifier ou annuler des ordonnances portant sur la publicité des débats judiciaires*

- (1) Le pouvoir de surveillance du dossier judiciaire subsiste après l'inscription du jugement sur le fond

[32] En concluant qu'elle n'avait pas compétence pour modifier ou annuler les ordonnances en cause concernant la publicité des débats judiciaires, la Cour d'appel s'est appuyée, en partie, sur la règle du *functus officio*. Dans son acception traditionnelle, le terme *functus officio* — souvent rendu par l'expression [TRADUCTION] « ayant rempli sa fonction » — signifie que lorsqu'un juge a tranché une question, il s'est acquitté de sa fonction et n'a plus la faculté de revenir sur sa décision pour la corriger (A. S. P. Wong, « Doctrine of *Functus Officio* : The Changing Face of Finality's Old Guard » (2020), 98 *R. du B.*

de maximes et locutions latines utilisées en droit (4th ed. 2007), at p. 193, who also uses the term *functa officio*).

[33] In its contemporary guise, *functus officio* indicates that a final decision of a court that is susceptible of appeal cannot, as a general rule, be reconsidered by the court that rendered that decision (see *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848, at p. 860; *Reekie v. Messervey*, [1990] 1 S.C.R. 219, at pp. 222-23; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at paras. 77-79). A court loses jurisdiction, and is thus said to be *functus officio*, once the formal judgment has been entered (*R. v. Adams*, [1995] 4 S.C.R. 707, at para. 29; *R. v. Smithen-Davis*, 2020 ONCA 759, 68 C.R. (7th) 75, at paras. 33-34). After this point, the court is understood only to have the power to amend the judgment in very limited circumstances, such as where there is a statutory basis to do so, where necessary to correct an error in expressing its manifest intention, or where the matter has not been heard on its merits (*Chandler*, at p. 861, citing *Paper Machinery Ltd. v. J.O. Ross Engineering Corp.*, [1934] S.C.R. 186; *R. v. H. (E.)* (1997), 33 O.R. (3d) 202 (C.A.), at pp. 214-15, citing *The Queen v. Jacobs*, [1971] S.C.R. 92; see also *R. v. Burke*, 2002 SCC 55, [2002] 2 S.C.R. 857, at para. 54).

[34] This rule serves goals of finality and, by stabilizing judgments subject to review, of an orderly appellate procedure (*Chandler*, at p. 861; *H. (E.)*, at p. 214). As Doherty J.A. wrote in *Tsaoussis (Litigation Guardian of) v. Baetz* (1998), 41 O.R. (3d) 257 (C.A.), for the parties to litigation, finality meets both an economic and psychological need as well as serving as a practical necessity for the system of justice as a whole (pp. 264-65). More specifically, if lower courts could continuously reconsider their own decisions, litigants would be denied a reliable basis from which to launch an appeal to a higher court (*Doucet-Boudreau*, at para. 79; see also *Ayangma v. French School Board*, 2011 PECA 3, 306 Nfld. & P.E.I.R. 103, at paras. 11-12). The appeal

can. 543, p. 546-547; voir A. Mayrand, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit* (4^e éd. 2007), p. 193, qui emploie également le terme *functa officio*).

[33] Suivant son acception actuelle, la règle du *functus officio* indique que la décision définitive d'un tribunal qui est susceptible d'appel ne peut pas, en règle générale, être examinée de nouveau par le tribunal qui a rendu cette décision (voir *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848, p. 860; *Reekie c. Messervey*, [1990] 1 R.C.S. 219, p. 222-223; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 77-79). Un tribunal perd sa compétence, auquel cas on dit qu'il est *functus officio*, une fois le jugement officiel rendu (*R. c. Adams*, [1995] 4 R.C.S. 707, par. 29; *R. c. Smithen-Davis*, 2020 ONCA 759, 68 C.R. (7th) 75, par. 33-34). À partir de ce moment, il est entendu que le tribunal ne peut modifier le jugement que dans des circonstances très limitées, par exemple s'il existe une assise législative pour ce faire, s'il faut corriger une erreur dans l'expression de son intention manifeste ou lorsque l'affaire n'a pas été entendue sur le fond (*Chandler*, p. 861, citant *Paper Machinery Ltd. c. J.O. Ross Engineering Corp.*, [1934] R.C.S. 186; *R. c. H. (E.)* (1997), 33 O.R. (3d) 202 (C.A.), p. 214-215, citant *The Queen c. Jacobs*, [1971] R.C.S. 92; voir également *R. c. Burke*, 2002 CSC 55, [2002] 2 R.C.S. 857, par. 54).

[34] Cette règle favorise la reconnaissance du caractère définitif des procédures et, en stabilisant les jugements susceptibles de révision, une procédure d'appel ordonnée (*Chandler*, p. 861; *H. (E.)*, p. 214). Comme l'a écrit le juge Doherty dans *Tsaoussis (Litigation Guardian of) c. Baetz* (1998), 41 O.R. (3d) 257 (C.A.), pour les parties à un litige, le caractère définitif répond à un besoin à la fois économique et psychologique, en plus de satisfaire une nécessité pratique pour le système de justice dans son ensemble (p. 264-265). Plus précisément, si les juridictions inférieures pouvaient réexaminer continuellement leurs propres décisions, les justiciables seraient privés d'une assise fiable à partir de laquelle interjeter appel à une juridiction supérieure

record would be written on “shifting sand”, ultimately inhibiting effective review (Wong, at p. 548).

[35] That said, *functus officio* is only one of several legal principles designed to promote the goal of finality. Indeed, given it is inherently tied to the entering of the formal judgment and its exceptions are relatively restrictive, this Court has described the doctrine of *functus officio* as narrow in scope (*Reekie*, at pp. 222-23; see also Wong, at pp. 555-56). So, while it is an important norm recognized in our jurisprudence to serve this necessary purpose, no one rule has a monopoly on finality.

[36] It is useful to distinguish between jurisdiction over the merits lost by operation of the doctrine of *functus officio* and jurisdiction that exists to supervise the court record. As I will endeavour to explain, even when a court has lost jurisdiction over the merits of a matter as a result of having entered its formal judgment, it retains jurisdiction to control its court record with respect to proceedings generally understood to be an ancillary but independent matter (see, e.g., *GEA Refrigeration Canada Inc. v. Chang*, 2020 BCCA 361, 43 B.C.L.R. (6th) 330, at paras. 185-86).

[37] Supervisory authority over the court record has long been recognized as a feature of the jurisdiction of all courts (*Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, at p. 189; see also *Canadian Broadcasting Corp. v. The Queen*, 2011 SCC 3, [2011] 1 S.C.R. 65, at para. 12). As Goudge J.A. observed in *CTV Television Inc. v. Ontario Superior Court of Justice (Toronto Region)* (2002), 59 O.R. (3d) 18 (C.A.), “it is important to remember that the court’s jurisdiction over its own records is anchored in the vital public policy favouring public access to the workings of the courts” (para. 13). Specifically, courts must ensure compliance with the robust and constitutionally-protected principle of court openness, while also remaining responsive

(*Doucet-Boudreau*, par. 79; voir aussi *Ayangma c. French School Board*, 2011 PECA 3, 306 Nfld. & P.E.I.R. 103, par. 11-12). Le dossier d’appel serait rédigé sur du [TRADUCTION] « sable mouvant », ce qui finirait par faire obstacle à un contrôle efficace (Wong, p. 548).

[35] Cela dit, *functus officio* n’est qu’un de plusieurs principes de droit conçus pour favoriser le caractère définitif d’une décision. En effet, vu qu’il est intrinsèquement lié à l’inscription du jugement formel et que ses exceptions sont relativement restreintes, notre Cour a décrit la règle du *functus officio* comme ayant une portée étroite (*Reekie*, p. 222-223; voir aussi Wong, p. 555-556). Donc, bien que notre jurisprudence reconnaisse que cette norme importante serve cet objet nécessaire, aucune règle n’a le monopole du caractère définitif.

[36] Il est utile de faire la distinction entre le pouvoir de connaître du fond, perdu par application de la règle du *functus officio*, et la compétence qui existe pour superviser le dossier judiciaire. Comme je m’efforcerai de l’expliquer plus loin, même lorsqu’un tribunal a perdu le pouvoir de connaître du fond d’une affaire pour avoir inscrit son jugement formel, il demeure compétent pour contrôler son propre dossier à l’égard d’une instance généralement considérée comme étant une affaire accessoire, mais indépendante (voir, p. ex., *GEA Refrigeration Canada Inc. c. Chang*, 2020 BCCA 361, 43 B.C.L.R. (6th) 330, par. 185-186).

[37] Le pouvoir de surveillance à l’égard du dossier judiciaire est reconnu depuis longtemps comme une caractéristique de la compétence de tous les tribunaux (*Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, p. 189; voir aussi *Société Radio-Canada c. La Reine*, 2011 CSC 3, [2011] 1 R.C.S. 65, par. 12). Comme l’a fait remarquer le juge Goudge dans *CTV Television Inc. c. Ontario Superior Court of Justice (Toronto Region)* (2002), 59 O.R. (3d) 18 (C.A.), [TRADUCTION] « il est important de se rappeler que la compétence du tribunal à l’égard de ses propres dossiers est ancrée dans la politique publique essentielle favorisant l’accès aux rouages des tribunaux » (par. 13). En particulier, les tribunaux doivent assurer le respect

to “competing important public interests” that may be put at risk by that openness (*Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332, at paras. 26 and 28).

[38] The need to attend to the appropriate balance between these fundamental public interests does not disappear merely because the order on the merits is final and could have been appealed. Court records may be accessed even when proceedings have come to an end. Indeed, important decisions about the openness of the court record may need to be taken after the proceeding on the merits is over (see, e.g., *R. v. Wagner*, 2017 ONSC 6603; *R. v. Henry*, 2012 BCCA 374, 327 B.C.A.C. 190). If jurisdiction over court openness ceased when the formal order on the merits were entered, courts would lose control over their own record without good reason. Consider, for example, a case where no order limiting court openness is made before the formal judgment on the merits is entered, and a need to protect an important public interest is later discovered. In my respectful view, to conclude that this power is wholly lost once the formal order on the merits is entered would risk undermining the proper administration of justice in service of a reading of the doctrine of *functus officio* unconnected with its purpose.

[39] Recognizing that this jurisdiction survives the end of the underlying proceeding is not inconsistent with the purposes of finality and stability of judgments associated with the doctrine of *functus officio*. Relief granted pursuant to this power leaves the substance of the underlying proceeding and the reasons that support it undisturbed. While some interlocutory motions, such as motions relating to the admissibility of evidence, may have an impact on the final decision on the merits, deciding public access to the court record has no bearing on the underlying proceeding or its appeal. The doctrine of *functus officio* reflects the transfer of the decision-making authority in respect of final judgments from the court of first instance to the appellate court (*Chandler*, at p. 860, citing *In re St. Nazaire Co.* (1879), 12 Ch.

du solide principe, protégé par la Constitution, de la publicité des débats judiciaires, tout en demeurant sensibles aux « importants intérêts publics divergents » que cette publicité des débats peut mettre en péril (*Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332, par. 26 et 28).

[38] Le besoin d’établir un juste équilibre entre ces intérêts publics fondamentaux ne disparaît pas du seul fait que l’ordonnance sur le fond est définitive et aurait pu être portée en appel. On peut avoir accès aux dossiers judiciaires même lorsque l’instance est arrivée à terme. De fait, d’importantes décisions au sujet de la publicité du dossier judiciaire peuvent devoir être prises après la fin de l’instance sur le fond (voir, p. ex., *R. c. Wagner*, 2017 ONSC 6603; *R. c. Henry*, 2012 BCCA 374, 327 B.C.A.C. 190). Si la compétence à l’égard de la publicité des débats judiciaires cessait lorsque l’ordonnance officielle sur le fond était inscrite, les tribunaux perdraient la maîtrise de leur propre dossier sans raison valable. Prenez par exemple le cas où aucune ordonnance limitant la publicité des débats judiciaires n’est rendue avant l’inscription du jugement formel sur le fond et où l’on constate par la suite qu’il faut protéger un intérêt public important. À mon humble avis, conclure que ce pouvoir est entièrement perdu une fois l’ordonnance formelle sur le fond inscrite risque de mettre à mal la bonne administration de la justice au service d’une interprétation de la règle du *functus officio* qui est étrangère à son objectif.

[39] Reconnaître que cette compétence subsiste après la fin de l’instance sous-jacente n’est pas incompatible avec les objectifs du caractère définitif des procédures et de la stabilité des jugements liés à la règle du *functus officio*. La réparation accordée en vertu de ce pouvoir laisse intacts le fond de l’instance sous-jacente et les motifs qui l’appuient. Bien que certaines requêtes interlocutoires, par exemple les requêtes portant sur l’admissibilité d’éléments de preuve, puissent avoir un impact sur la décision définitive au fond, la décision concernant l’accès au dossier judiciaire n’a aucune incidence sur l’instance sous-jacente ou sur l’appel dont elle peut faire l’objet. La règle du *functus officio* témoigne du transfert du pouvoir décisionnel à l’égard des jugements définitifs de la cour de première instance à la cour

D. 88). It was never intended to restrict the ability of those lower courts to control their own files in respect of these decisions.

[40] To be clear, this does not mean that *functus officio* never applies to publication bans or sealing orders. The point is simply that a court is not precluded from deciding a motion concerning court openness merely because it is *functus officio* with respect to the merits of the underlying proceeding.

(2) Decisions Regarding Court Openness May Be Reconsidered in Limited Circumstances

[41] That courts retain supervisory jurisdiction over their court records is not to say that once decisions concerning court openness have been made they are open to reconsideration at any time or for any reason. Where a decision concerning court openness is formalized in an order, *functus officio* may apply, regardless of whether or not it is ancillary to some other proceeding. Even where, as here, a decision concerning court openness is not formalized in an order, finality remains an important value in the making of publication bans and sealing orders. Indeed, in this case the CBC has in fact appealed an ancillary publication ban that has never been formalized in an order. The need to provide litigants with a stable basis from which to launch an appeal — a central rationale underpinning *functus officio* (see *Doucet-Boudreau*, at para. 79) — can apply, even where *functus officio* technically does not.

[42] Therefore, regardless of whether a court is deprived of jurisdiction by the doctrine of *functus officio*, the importance of finality will mean courts

d'appel (*Chandler*, p. 860, citant *In re St. Nazaire Co.* (1879), 12 Ch. D. 88). Cette règle n'a jamais eu pour but de restreindre la capacité de ces tribunaux d'instance inférieure d'être maîtres de leurs propres dossiers en ce qui concerne ces décisions.

[40] Soyons clairs, cela ne veut pas dire que la règle du *functus officio* ne s'applique jamais aux interdictions de publication ou aux ordonnances de mise sous scellés. Je tiens simplement à préciser que rien n'empêche un tribunal de trancher une requête qui concerne la publicité des débats judiciaires simplement parce qu'il est *functus officio* à l'égard du fond de l'instance sous-jacente.

(2) Les décisions portant sur la publicité des débats judiciaires peuvent être réexaminées dans des circonstances limitées

[41] Le fait que les tribunaux conservent un pouvoir de surveillance à l'égard de leurs dossiers judiciaires ne veut pas dire que les décisions portant sur la publicité des débats judiciaires, une fois prises, sont susceptibles d'être réexaminées n'importe quand ou pour n'importe quelle raison. Lorsqu'une décision sur la publicité des débats judiciaires est officialisée sous la forme d'une ordonnance, la règle du *functus officio* peut opérer, peu importe si la décision est accessoire ou non à une autre procédure. Même dans les cas où, comme en l'espèce, une décision en matière de publicité des débats judiciaires n'est pas officialisée sous la forme d'une ordonnance, le caractère définitif d'une décision reste une valeur importante du prononcé d'interdictions de publication et d'ordonnances de mise sous scellés. D'ailleurs, en l'espèce, la SRC a effectivement interjeté appel d'une interdiction de publication accessoire qui n'a jamais été consacrée dans une ordonnance. Le besoin de fournir aux parties une base stable à partir de laquelle elles peuvent former un appel — la raison d'être de la règle du *functus officio* (voir *Doucet-Boudreau*, par. 79) — peut se présenter, même lorsque ce n'est, techniquement parlant, pas le cas de la règle du *functus officio*.

[42] En conséquence, peu importe qu'un tribunal soit privé ou non de compétence par la règle du *functus officio*, l'importance du règlement définitif

will be rightly reluctant to reconsider questions of court openness. A publication ban or sealing order is, however, susceptible to reconsideration by the issuing court, albeit on narrow grounds. This will include cases where an affected party not given notice proposes to make novel submissions that could affect the result, or on the basis of a material change in circumstances. This applies to both publication bans and sealing orders that are formalized in an order and those that are not.

[43] Central to the CBC's claim that the Court of Appeal had jurisdiction to vary the 2018 publication ban is that it was made without proper notice to the press as an affected party.

[44] One basis for revisiting a publication ban or sealing order may indeed arise when an affected person who was not given notice of the making of the order later seeks to vary it or have it set aside. Natural justice is understood to require that whenever a person is affected by a decision, they generally have the right to appropriate notice of that decision and an opportunity to be heard (*Supermarchés Jean Labrecque Inc. v. Flamand*, [1987] 2 S.C.R. 219, at pp. 233-34). When an order is made without the submissions of an affected person because that person was not given proper notice, such as an *ex parte* order, the law recognizes that the court that made that order generally has authority to review it on motion of that affected person (*Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594, at p. 607, citing *Dickie v. Woodworth* (1883), 8 S.C.R. 192). This ensures that affected persons are not unfairly subjected to orders made without the benefit of their submissions (see, generally, F.-O. Barbeau, "Rétractation du jugement", in *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Procédure civile I* (2nd ed. (loose-leaf)), by P.-C. Lafond, ed., fasc. 31, at No. 39). This principle also finds expression in various rules of court procedure (see, e.g., *Court of Queen's Bench Rules*, Man. Reg. 553/88R, r. 37.11 ("*Queen's Bench Rules*"). Similar principles apply to orders concerning court openness: I note for example that courts in Ontario

signifie que les tribunaux hésiteront, à juste titre, à réexaminer des questions relatives à la publicité des débats judiciaires. Une interdiction de publication ou une ordonnance de mise sous scellés est toutefois susceptible d'être réexaminée par le tribunal qui l'a prononcée, quoique pour des motifs restreints. Ce sera notamment le cas lorsqu'une partie touchée et non avisée propose de présenter de nouveaux arguments qui peuvent influencer sur le résultat, ou en raison d'un changement important de circonstances. Cela vaut tant pour les interdictions de publication et les ordonnances de mise sous scellés consacrées dans une ordonnance que pour celles qui ne le sont pas.

[43] Au cœur de la thèse de la SRC selon laquelle la Cour d'appel avait compétence pour modifier l'interdiction de publication de 2018 est que cette mesure avait été prise sans que la presse, en tant que partie touchée, en ait été dûment avisée.

[44] Il peut effectivement y avoir lieu de réexaminer une interdiction de publication ou une ordonnance de mise sous scellés lorsque la personne touchée qui n'a pas été avisée du prononcé de l'ordonnance cherche ultérieurement à la faire modifier ou annuler. La justice naturelle veut que lorsqu'une personne est touchée par une décision, celle-ci ait généralement le droit d'en être dûment avisée et d'avoir l'occasion d'être entendue (*Supermarchés Jean Labrecque Inc. c. Flamand*, [1987] 2 R.C.S. 219, p. 233-234). Lorsqu'une ordonnance est rendue sans qu'une personne touchée n'ait présenté d'observations parce qu'elle n'en a pas été dûment avisée, comme dans le cas d'une ordonnance *ex parte*, le droit reconnaît que le tribunal qui a rendu cette ordonnance a généralement le pouvoir de l'examiner sur requête de la personne touchée (*Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594, p. 607, citant *Dickie c. Woodworth* (1883), 8 R.C.S. 192). Ceci fait en sorte que les personnes touchées ne sont pas injustement soumises à des ordonnances rendues sans que l'on ait pris connaissance de leurs arguments (voir, en général, F.-O. Barbeau, « Rétractation du jugement », dans *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Procédure civile I* (2^e éd. (feuilles mobiles)), par P.-C. Lafond, dir., fasc. 31, n° 39). Ce principe trouve en outre son expression dans diverses règles de procédure (voir, p. ex., *Règles de la Cour du Banc de la*

have relied on the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, to decide challenges to sealing orders brought by media representatives who were not given proper notice of the hearing at which the order was made (*Hollinger Inc. v. The Ravelston Corp.*, 2008 ONCA 207, 89 O.R. (3d) 721, at para. 43, per Juriansz J.A., dissenting in part but not on this point).

[45] To challenge an existing order concerning court openness, the moving party must qualify as an affected person to whom standing should be granted. Further, where so required, that party must have acted with due dispatch in seeking to set aside the impugned order. Both of these points merit brief comment in view of arguments made here.

[46] First, it is important to recognize that applying this principle to publication bans or sealing orders requires some consideration of standing, because of the broad effects of such an order. Insofar as a publication ban or a sealing order impinges on the open court principle, such orders can, for example, affect the public's right to freedom of expression and freedom of the press under s. 2(b) of the *Charter* (*Vancouver Sun*, at para. 26). Court openness is understood as a public good, not an interest that belongs to a particular individual or entity. Further, the risks to competing important interests which justify limits on court openness must also reflect public values, even if they might be aimed at protecting particular persons (*Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522, at para. 55). Yet, in the interest of the orderly administration of justice, it cannot be that every member of the public or media entity has standing to bring an individual motion to set publication bans aside in the absence of such notice. This would make the number of parties entitled to reconsideration potentially endless. Instead, as this Court held in *Dagenais*, with regard to publication bans in criminal matters,

Reine, Règl. du Man. 553/88R, r. 37.11 (« *Règles du Banc de la Reine* »)). Des principes analogues s'appliquent aux ordonnances portant sur la publicité des débats judiciaires : je note par exemple que les tribunaux de l'Ontario se sont appuyés sur les *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, règl. 194, pour trancher des contestations d'ordonnances de mise sous scellés présentées par des représentants des médias qui n'avaient pas été dûment avisés de l'audience à laquelle l'ordonnance a été rendue (*Hollinger Inc. c. The Ravelston Corp.*, 2008 ONCA 207, 89 O.R. (3d) 721, par. 43, le juge Juriansz, dissident en partie, mais non sur ce point).

[45] Pour contester une ordonnance existante en matière de publicité des débats judiciaires, la partie requérante doit être une personne touchée à qui il convient de reconnaître la qualité pour agir. De plus, s'il y a lieu, la partie doit avoir agi avec célérité dans sa demande d'annulation de l'ordonnance contestée. Compte tenu des arguments présentés en l'espèce, de brèves remarques s'imposent en ce qui concerne ces deux points.

[46] En premier lieu, il importe de reconnaître que l'application du principe susmentionné aux interdictions de publication ou aux ordonnances de mise sous scellés nécessite la prise en compte de la qualité pour agir, en raison des répercussions générales d'une telle ordonnance. Dans la mesure où une interdiction de publication ou une ordonnance de mise sous scellés fait entorse au principe de la publicité des débats judiciaires, les ordonnances de ce genre peuvent, par exemple, porter atteinte au droit du public à la liberté d'expression et à la liberté de la presse que confère l'al. 2b) de la *Charte* (*Vancouver Sun*, par. 26). La publicité des débats judiciaires se conçoit comme un bien public, et non un intérêt qui appartient à une personne ou à une entité en particulier. En outre, les risques pour les intérêts importants et divergents qui justifient des limites à la publicité des débats judiciaires doivent eux aussi refléter des valeurs publiques, même s'ils visent à protéger certaines personnes (*Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522, par. 55). En revanche, dans l'intérêt d'une administration ordonnée de la justice, on ne peut pas donner à chaque membre du

standing in these cases should be thought of as a matter of the court's discretion (pp. 869 and 872; see also *R. v. White*, 2008 ABCA 294, 93 Alta. L.R. (4th) 239, at para. 12, aff'd *Toronto Star Newspaper Ltd. v. Canada*, 2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721).

[47] In respect of standing, an order limiting court openness engages the constitutionally-protected right of a free press to report on judicial proceedings (*Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 2, [2011] 1 S.C.R. 19, at para. 2; *Vancouver Sun*, at para. 26). When that order has been made in the absence of notice to the media, a representative of the media should generally have standing to challenge an order that threatens the open court principle where they are able to show that they will make submissions that were not considered in its making that could affect the result (see, generally, *Hollinger*, at paras. 36-39). In practice, and properly in my view, standing is seldom refused to the media to participate in open court proceedings where it is sought (J. Rossiter, *Law of Publication Bans, Private Hearings and Sealing Orders* (loose-leaf), s. 8.1.10). Equally, a person directly affected by an order concerning court openness because it might harm their individual interests should, as a matter of course, have standing to challenge that order (see, generally, *Ivandaeva Total Image Salon Inc. v. Hlembizky* (2003), 63 O.R. (3d) 769 (C.A.), at para. 27). Courts should nevertheless retain some residual discretion to deny standing where hearing the motion would not be in the interests of justice, as in the case, for example, that it would unduly harm the parties or merely duplicate argument that is already before the court (*Dagenais*, at p. 869; *White*, at para. 12; see, e.g., *Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board v. Canadian Press* (2000), 184 N.S.R. (2d) 159 (S.C.), at paras. 18-21). The requirement of standing, therefore, by limiting who may challenge a publication ban or sealing order, serves the goals

public ou entité médiatique qualifiée pour présenter une motion visant à faire annuler des interdictions de publication en l'absence d'un tel préavis. Le nombre de parties ayant droit à un réexamen risquerait d'être infini. Ainsi que notre Cour l'a mentionné dans l'arrêt *Dagenais*, pour ce qui est des interdictions de publication dans les affaires criminelles, la qualité pour agir dans ces affaires devrait plutôt relever du pouvoir discrétionnaire du tribunal (p. 869 et 872; voir aussi *R. c. White*, 2008 ABCA 294, 93 Alta. L.R. (4th) 239, par. 12, conf. par *Toronto Star Newspaper Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721).

[47] Au chapitre de la qualité pour agir, une ordonnance limitant la publicité des débats judiciaires fait entrer en jeu le droit constitutionnel de la liberté de la presse de relater des procédures judiciaires (*Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 2, [2011] 1 R.C.S. 19, par. 2; *Vancouver Sun*, par. 26). Lorsque cette ordonnance a été rendue sans avis aux médias, un représentant des médias devrait généralement avoir qualité pour contester une ordonnance qui menace le principe de la publicité des débats judiciaires s'il est à même de démontrer qu'il présentera des observations qui n'ont pas été prises en compte au moment du prononcé de l'ordonnance et qui peuvent influencer sur le résultat (voir, en général, *Hollinger*, par. 36-39). En pratique, et à juste titre selon moi, la qualité pour participer aux instances portant sur la publicité des débats judiciaires est rarement refusée aux médias quand ils la demandent (J. Rossiter, *Law of Publication Bans, Private Hearings and Sealing Orders* (feuilles mobiles), section 8.1.10). De même, une personne directement touchée par une ordonnance portant sur la publicité des débats judiciaires parce que l'ordonnance est susceptible de porter atteinte à ses droits individuels devrait, dans le cours normal des choses, avoir qualité pour contester cette ordonnance (voir, en général, *Ivandaeva Total Image Salon Inc. c. Hlembizky* (2003), 63 O.R. (3d) 769 (C.A.), par. 27). Les tribunaux devraient néanmoins conserver un certain pouvoir discrétionnaire de refuser la qualité pour agir lorsque l'audition de la requête ne serait pas dans l'intérêt de la justice, comme dans le cas, par exemple, où la requête serait indûment préjudiciable aux parties, ou ne ferait que répéter

of finality and mirrors the discretionary approach to standing that this Court has previously endorsed.

[48] Second, as to delay, courts may decline to hear a motion to vary or set aside an order dealing with court openness made without notice if the moving party was unreasonably slow in bringing that motion after becoming aware of the order, such that it is no longer in the interests of justice to hear it. Once the moving party has become aware the order exists, they are then expected to take prompt action to challenge the order or otherwise acquiesce to its existence (see, e.g., 9095-7267 *Québec inc. v. Caisse populaire Ste-Thérèse-de-Blainville*, 2001 CanLII 14878 (Que. C.A.), at para. 46; see also *Rules of Civil Procedure*, r. 37.14 (Ontario); *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01, art. 349 (Quebec); *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 124/2010, r. 9.15; *Queen's Bench Rules*, r. 37.11 (Manitoba)). Strathy J., as he then was, explained that a timeliness requirement reflects the common sense presumption that “a party who sits on his or her rights in the face of a court order has accepted the legitimacy of the order” (*Attorney General of Ontario v. 15 Johnswood Crescent*, 2009 CanLII 50751 (Ont. S.C.), at para. 43).

[49] In some instances, the legislature will provide indications of the appropriate period of delay. In the absence of legislative direction, courts must be guided by the purpose of the rule and the circumstances of each case (see, generally, *Johnswood*, at para. 45). As in other cases where courts are asked not to hear proceedings by reason of an unacceptable delay, the task is not a mechanical calculation,

des arguments dont le tribunal a déjà connaissance (*Dagenais*, p. 869; *White*, par. 12; voir, p. ex., *Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board c. Canadian Press* (2000), 184 N.S.R. (2d) 159 (C.S.), par. 18-21). Par conséquent, l'exigence de faire valoir la qualité pour agir, en limitant ceux et celles qui peuvent contester une interdiction de publication ou une ordonnance de mise sous scellés, favorise la réalisation des objectifs du caractère définitif d'une décision et reflète la démarche discrétionnaire que notre Cour a déjà adoptée à l'égard de la qualité pour agir.

[48] En deuxième lieu, quant au délai, un tribunal peut refuser d'entendre une motion en modification ou en annulation d'une ordonnance portant sur la publicité des débats judiciaires rendue sans préavis si la partie requérante a déraisonnablement tardé à présenter cette motion après avoir eu connaissance de l'ordonnance, si bien qu'il n'est plus dans l'intérêt de la justice de l'entendre. Dès que la partie requérante apprend que l'ordonnance existe, on s'attend alors à ce qu'elle agisse avec célérité pour contester l'ordonnance ou acquiescer autrement à son existence (voir, p. ex., 9095-7267 *Québec inc. c. Caisse populaire Ste-Thérèse-de-Blainville*, 2001 CanLII 14878 (C.A. Qc), par. 46; voir aussi *Règles de procédure civile*, r. 37.14 (Ontario); *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, art. 349 (Québec); *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 124/2010, r. 9.15; *Règles de la Cour du Banc de la Reine*, r. 37.11 (Manitoba)). Le juge Strathy, maintenant juge en chef de l'Ontario, a expliqué que l'obligation d'agir en temps opportun reflète la présomption sensée selon laquelle [TRADUCTION] « la partie qui ne fait pas valoir ses droits à l'encontre d'une ordonnance judiciaire se trouve à accepter la légitimité de l'ordonnance » (*Attorney General of Ontario c. 15 Johnswood Crescent*, 2009 CanLII 50751 (C.S. Ont.), par. 43).

[49] Le législateur donne parfois des indications du délai convenable. Faute d'une directive législative, les tribunaux doivent être guidés par l'objet de la règle et les circonstances de chaque cas (voir, de façon générale, *Johnswood*, par. 45). Comme dans les autres cas où l'on demande aux tribunaux de ne pas instruire des instances à cause d'un délai inacceptable, leur tâche consiste non pas à effectuer un calcul

but rather a contextual balancing of finality and timely justice against the importance of the matter being heard on its merits (*Marché D’Alimentation Denis Thériault Ltée v. Giant Tiger Stores Ltd.*, 2007 ONCA 695, 87 O.R. (3d) 660, at para. 34; *1196158 Ontario Inc. v. 6274013 Canada Ltd.*, 2012 ONCA 544, 112 O.R. (3d) 67, at para. 19). By way of example, under the *Rules of Civil Procedure*, a period of three months to bring a motion to set aside an order dismissing the action for delay was held to be reasonable in the context of one dispute (*Toronto Standard Condominium Corporation No. 2058 v. Cresford Developments Inc.*, 2019 ONSC 801, 97 C.L.R. (4th) 306, at para. 36), but a largely unexplained ten-month delay meant in another case that the applicant had not moved forthwith (*1202600 Ontario Inc. v. Jacob*, 2012 ONSC 361, at paras. 102 and 121 (CanLII)). In one Manitoba case, a delay of five months in moving to set aside a judgment was found not to be unreasonable in the circumstances (*585430 Alberta Ltd. v. Trans Canada Leasing Inc.*, 2005 MBQB 220, 196 Man. R. (2d) 191, at para. 56). I stress, however, that this determination is inherently tied to the facts of each particular case and the nature of the issue raised. Especially where this delay has caused meaningful prejudice to the responding parties, courts may conclude it is not in the interests of justice to hear a motion. This requirement safeguards finality by circumscribing reconsideration in the temporal dimension.

[50] On the basis of these principles, then, and in the absence of explicit legislation to the contrary, a court may vary or set aside an order concerning court openness it has made on timely motion by an affected person who was not given notice of the making of that order and to whom it is appropriate to grant standing for this purpose.

[51] To be clear, limits on court openness, such as a publication ban, can be made without prior notice to the media. Given the importance of the open court principle and the role of the media in informing the

mécanique, mais plutôt à mettre en balance dans le contexte le caractère définitif d’une décision et la justice rendue en temps utile par rapport à l’importance que l’affaire soit instruite sur le fond (*Marché D’Alimentation Denis Thériault Ltée c. Giant Tiger Stores Ltd.*, 2007 ONCA 695, 87 O.R. (3d) 660, par. 34; *1196158 Ontario Inc. c. 6274013 Canada Ltd.*, 2012 ONCA 544, 112 O.R. (3d) 67, par. 19). À titre d’exemple, en vertu des *Règles de procédure civile*, un délai de trois mois pour présenter une motion en vue de faire annuler une ordonnance rejetant l’action pour cause de retard a été jugée raisonnable dans le contexte d’un différend (*Toronto Standard Condominium Corporation No. 2058 c. Cresford Developments Inc.*, 2019 ONSC 801, 97 C.L.R. (4th) 306, par. 36), mais un délai de dix mois en grande partie inexplicé a été vu dans une autre affaire comme signifiant que la demanderesse n’avait pas procédé sans délai (*1202600 Ontario Inc. c. Jacob*, 2012 ONSC 361, par. 102 et 121 (CanLII)). Dans une affaire manitobaine, un délai de cinq mois pour solliciter l’annulation d’un jugement a été jugé non déraisonnable dans les circonstances (*585430 Alberta Ltd. c. Trans Canada Leasing Inc.*, 2005 MBQB 220, 196 Man. R. (2d) 191, par. 56). Je souligne toutefois que cette détermination est intrinsèquement fonction des faits de chaque affaire et de la nature de la question soulevée. Surtout si ce retard a causé un préjudice réel aux parties intimées, les tribunaux peuvent conclure qu’il n’est pas dans l’intérêt de la justice d’entendre une motion. Cette exigence préserve le caractère définitif d’une décision en circonscrivant le réexamen dans la dimension temporelle.

[50] Sur le fondement de ces principes, donc, et faute de disposition contraire explicite, un tribunal peut modifier ou annuler une ordonnance concernant la publicité des débats judiciaires qu’il a rendue sur motion déposée en temps opportun par une personne touchée qui n’a pas été avisée du prononcé de cette ordonnance et à qui il y a lieu d’accorder la qualité pour agir à cette fin.

[51] Soyons clairs, il est possible d’imposer des limites à la publicité des débats judiciaires, par exemple une interdiction de publication, sans avis préalable aux médias. Vu l’importance du principe

public about the activities of courts, it may generally be appropriate to give prior notice to the media, in addition to those persons who would be directly affected by the publication ban or sealing order, when seeking a limit on court openness (see *Jane Doe v. Manitoba*, 2005 MBCA 57, 192 Man. R. (2d) 309, at para. 24; *M. (A.) v. Toronto Police Service*, 2015 ONSC 5684, 127 O.R. (3d) 382 (Div. Ct.), at para. 6). But whether and when this notice should be given is ultimately a matter within the discretion of the relevant court (*Dagenais*, at p. 869; *M. (A.)*, at para. 5). I agree with the submissions of the attorneys general of British Columbia and Ontario that the circumstances in which orders limiting court openness are made vary and that courts have the requisite discretionary authority to ensure justice is served in each individual case.

[52] Indeed this Court has explicitly recognized the discretion of courts to decide when notice to the media is required in the case of search warrants and production orders. In *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477, this Court held that granting a search warrant in the absence of the affected media organization was not a jurisdictional error; the issuing judge had discretion regarding the timing and modality of notice to the media (paras. 83-84). Similarly, in *R. v. Vice Media Canada Inc.*, 2018 SCC 53, [2018] 3 S.C.R. 374, Moldaver J. considered a media organization's argument that notice of an application for a production order affecting it was required (para. 59). He rejected that submission because the *Criminal Code* explicitly provided for *ex parte* proceedings and the negative impact on the media was mitigated by the statutory right to apply to have the order varied or revoked at a later stage (paras. 61-62). It follows from these authorities that giving notice is not a pre-requisite to the issuance of a valid order in these circumstances. At the same time, this jurisprudence does not exclude the possibility of providing notice after an order has been granted or entertaining a motion to vary or set aside

de la publicité des débats judiciaires et le rôle qu'ont les médias d'informer le public au sujet des activités des tribunaux, il sera généralement opportun de donner avis aux médias, en plus des personnes qui seraient directement touchées par l'interdiction de publication ou l'ordonnance de mise sous scellés, lorsqu'on cherche à limiter la publicité des débats judiciaires (voir *Jane Doe c. Manitoba*, 2005 MBCA 57, 192 Man. R. (2d) 309, par. 24; *M. (A.) c. Toronto Police Service*, 2015 ONSC 5684, 127 O.R. (3d) 382 (C. div.), par. 6). Toutefois, la question de savoir si et quand cet avis doit être donné relève en dernier ressort du pouvoir discrétionnaire du tribunal compétent (*Dagenais*, p. 869; *M. (A.)*, par. 5). Je suis d'accord avec les observations des procureurs généraux de la Colombie-Britannique et de l'Ontario selon lesquelles les circonstances dans lesquelles les ordonnances limitant la publicité des débats judiciaires sont prononcées varient et que les tribunaux doivent avoir le pouvoir discrétionnaire nécessaire pour veiller à ce que justice soit rendue dans chaque cas.

[52] En effet, notre Cour a explicitement reconnu le pouvoir discrétionnaire des tribunaux de décider quand il faut donner un avis aux médias dans le cas des mandats de perquisition et des ordonnances de communication. Dans l'arrêt *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477, notre Cour a conclu que délivrer un mandat de perquisition en l'absence du média touché n'était pas une erreur de compétence; le juge qui a décerné le mandat avait le pouvoir discrétionnaire de décider du moment où il convenait de donner l'avis aux médias ainsi que de ses modalités (par. 83-84). De même, dans *R. c. Média Vice Canada Inc.*, 2018 CSC 53, [2018] 3 R.C.S. 374, le juge Moldaver a étudié l'argument d'un média suivant lequel il devait être informé d'une demande d'ordonnance de communication qui le concernait (par. 59). Mon collègue a rejeté cet argument parce que le *Code criminel* prévoyait expressément la tenue d'instances *ex parte* et que les répercussions négatives sur le média étaient atténuées par le droit légal de demander la modification ou la révocation de l'ordonnance à un stade ultérieur (par. 61-62). Il découle de ces sources que la signification d'un avis n'est pas une condition préalable

an order by an affected person who was not given prior notice.

[53] I also agree with the CBC that courts may exercise discretion to vary or set aside a publication ban or sealing order where the circumstances relating to the making of the order have materially changed in accordance with the principle set out by this Court in *Adams*. As Sopinka J. observed in that case, “[a]s a general rule, any order relating to the conduct of a trial can be varied or revoked if the circumstances that were present at the time the order was made have materially changed” (para. 30). This rule applies to orders involving court openness (see, e.g., *British Columbia v. BCTF*, 2015 BCCA 185, 75 B.C.L.R. (5th) 257, at paras. 15-22; *Morin v. R.* (1997), 32 O.R. (3d) 265 (C.A.), at pp. 272-73).

[54] I hasten to say, however, that I do not read *Adams* to bear the meaning the CBC attributes to it in their factum. The CBC says the case was about “whether the doctrine of *functus officio* prevented a trial judge from rescinding a publication ban it had previously issued” and suggests that it is a case about how the doctrine of *functus officio* applies to ancillary orders (A.F., at paras. 82-83). On my understanding, *Adams* dealt simply with the question as to when a judge could reconsider a previous order made in the course of trial. The impugned order, which purported to lift a publication ban previously made, was decided as the trial judge dismissed the charges against the accused (*Adams*, at para. 5). This Court concluded that the trial judge did not have the power to revoke the order because the circumstance that made the order mandatory had not changed (para. 31). Subsequent appellate jurisprudence has interpreted the judgment to provide a general rule about varying such orders, rather than a rule about *functus officio* (see, e.g., *BCTF*, at para. 22; *R. v.*

au prononcé d’une ordonnance valide dans ces circonstances. En revanche, cette jurisprudence n’exclut pas la possibilité de donner avis après qu’une ordonnance eut été rendue, ou d’entendre une motion présentée par une personne touchée en vue de faire modifier ou annuler une ordonnance dont elle n’a pas été avisée préalablement.

[53] Je suis également d’accord avec la SRC pour dire que les tribunaux peuvent exercer le pouvoir discrétionnaire de modifier ou d’annuler une interdiction de publication ou une ordonnance de mise sous scellés lorsqu’il y a eu changement important des circonstances relatives au prononcé de l’ordonnance, conformément au principe énoncé par notre Cour dans l’arrêt *Adams*. Comme l’a fait remarquer le juge Sopinka dans cet arrêt, « [e]n règle générale, toute ordonnance relative au déroulement d’un procès peut être modifiée ou annulée s’il y a eu changement important des circonstances qui existaient au moment où elle a été rendue » (par. 30). Cette règle s’applique aux ordonnances portant sur la publicité des débats judiciaires (voir, p. ex., *British Columbia c. BCTF*, 2015 BCCA 185, 75 B.C.L.R. (5th) 257, par. 15-22; *Morin c. R.* (1997), 32 O.R. (3d) 265 (C.A.), p. 272-273).

[54] Je m’empresse toutefois de mentionner qu’à mon avis, l’arrêt *Adams* n’a pas la signification que lui attribue la SRC dans son mémoire. La SRC dit que l’affaire concernait [TRADUCTION] « la question de savoir si la règle du *functus officio* empêchait un juge de première instance d’annuler une interdiction de publication qu’il avait prononcée auparavant », et elle postule qu’il y est question de la manière dont la règle du *functus officio* s’applique aux ordonnances accessoires (m.a., par. 82-83). D’après moi, l’arrêt *Adams* traitait simplement des circonstances où un juge peut réexaminer une ordonnance rendue plus tôt au cours du procès. Le sort de l’ordonnance attaquée, qui visait à lever une interdiction de publication en vigueur, a été décidé au moment où le juge du procès rejetait les accusations portées contre l’accusé (*Adams*, par. 5). Notre Cour a conclu que le juge du procès n’avait pas le pouvoir de révoquer l’ordonnance parce que les circonstances qui ont exigé le prononcé de l’ordonnance n’avaient pas changé (par. 31). Dans des décisions subséquentes, les cours

B. (H.), 2016 ONCA 953, 345 C.C.C. (3d) 206, at para. 51; *R. v. Le*, 2011 MBCA 83, 270 Man. R. (2d) 82, at para. 123). The principles in *Adams* balance finality and flexibility even when the court is not *functus officio*, by permitting the reconsideration of such orders where there has been a material change of circumstances.

[55] In deciding whether this rule from *Adams* applies, I do agree that a first question for the court will be whether there has been a material change in circumstances since the making of the initial order (para. 30). The burden of establishing this change falls to the party seeking a variation in the order (see, by analogy, *L.M.P. v. L.S.*, 2011 SCC 64, [2011] 3 S.C.R. 775, at para. 31). That party must establish both that a change of circumstances has occurred and that the change, if known at the time of the initial order, would likely have resulted in an order on different terms (*L.M.P.*, at para. 32; *Droit de la famille — 132380*, 2013 QCCA 1504, 37 R.F.L. (7th) 1, at paras. 75-76; *R. v. Baltovitch* (2000), 47 O.R. (3d) 761 (C.A.), at para. 6). The correctness of the initial order is presumed and is not relevant to the existence of a material change of circumstances (*L.M.P.*, at para. 33; *Droit de la famille — 132380*, at para. 78).

[56] Instances in which a court may reconsider a decision respecting its court record are distinct from an appeal or application for *certiorari* made to a higher court from such decisions (see, generally, *Dagenais*, at pp. 870-72). In a motion to reconsider on both grounds described above, the original court is not being asked to reconsider its decision because it is wrongly decided, but rather because it was made without relevant submissions from an affected party or on the basis of a material change in the circumstances that justified the initial decision.

d'appel ont considéré que le jugement établissait une règle générale à propos de la modification de ces ordonnances plutôt qu'une règle au sujet du *functus officio* (voir, p. ex., *BCTF*, par. 22; *R. c. B. (H.)*, 2016 ONCA 953, 345 C.C.C. (3d) 206, par. 51; *R. c. Le*, 2011 MBCA 83, 270 Man. R. (2d) 82, par. 123). Les principes établis dans *Adams* concilient le caractère définitif d'une décision et la souplesse même lorsque le tribunal n'est pas *functus officio*, en autorisant le réexamen de ces ordonnances lorsqu'il y a eu changement important de circonstances.

[55] Lorsqu'il s'agit de décider si cette règle tirée de l'arrêt *Adams* s'applique, je conviens que la première question à laquelle le tribunal doit répondre est de savoir s'il y a eu changement important des circonstances depuis que l'ordonnance initiale a été rendue (par. 30). Le fardeau d'établir ce changement incombe à la partie qui sollicite une modification de l'ordonnance (voir, par analogie, *L.M.P. c. L.S.*, 2011 CSC 64, [2011] 3 R.C.S. 775, par. 31). Cette partie doit établir à la fois qu'il y a eu changement de circonstances et que le changement, s'il avait été connu à l'époque de l'ordonnance initiale, se serait vraisemblablement traduit par une ordonnance aux conditions différentes (*L.M.P.*, par. 32; *Droit de la famille — 132380*, 2013 QCCA 1504, 37 R.F.L. (7th) 1, par. 75-76; *R. c. Baltovitch* (2000), 47 O.R. (3d) 761 (C.A.), par. 6). La justesse de l'ordonnance initiale est présumée et n'est pas pertinente quant à l'existence d'un changement important de circonstances (*L.M.P.*, par. 33; *Droit de la famille — 132380*, par. 78).

[56] Les situations dans lesquelles un tribunal peut réexaminer une décision portant sur son dossier judiciaire se distinguent de l'appel ou d'une demande de *certiorari* faits à une juridiction supérieure de ces décisions (voir, en général, *Dagenais*, p. 870-872). Dans une motion en réexamen fondée sur les deux motifs décrits ci-dessus, on ne demande pas au tribunal d'origine de réexaminer sa décision parce qu'elle était erronée, mais plutôt parce qu'elle a été rendue en l'absence d'observations utiles de la part d'une partie touchée ou en raison d'un changement important des circonstances qui justifiaient la décision initiale.

[57] Finally, I note that the general principles considered here can, of course, be displaced by legislation, such as the applicable rules of court, designed to determine more exactly when it is appropriate to reconsider orders concerning court openness.

B. *Application to the Facts of This Case*

(1) The Court of Appeal Erred in Concluding It Had No Jurisdiction to Consider the CBC's Motion

[58] In answer to the preliminary question raised by the first appeal from the 2019 Jurisdiction Judgment, I turn now to whether the Court of Appeal erred in concluding it did not have jurisdiction to hear the CBC's motion to gain access to the Posner affidavit and set aside the publication ban.

[59] The CBC submits that the Court of Appeal was mistaken when it declined jurisdiction on the basis of the doctrine of *functus officio*. For the CBC, the flexible approach to *functus officio* spoken to in *Adams* requires ancillary orders, such as the publication ban here, to be treated separately from the merits of the main proceeding. Moreover, the circumstances in which the ban was ordered had changed. It was made without notice to the affected parties and no mention in a certificate of decision of the publication ban had been entered. The CBC maintains that it was not asking for a “rehearing” of the appeal or of the motion which, it recognizes, is prohibited by the *Court of Appeal Rules*. In the alternative, even if the prohibition against rehearings does apply, it must be interpreted flexibly as is the case with the doctrine of *functus officio*.

[60] The Crown answers that the Court of Appeal rightly held it was without jurisdiction given that the formal judgment had been entered. In its view, the only exception to the doctrine of *functus officio* that might conceivably apply here is that the CBC's

[57] Enfin, je souligne que les principes généraux examinés ici peuvent, bien entendu, être écartés par une mesure législative, par exemple les règles de procédure applicables, conçue pour décider plus exactement dans quelles circonstances il y a lieu de réexaminer des ordonnances portant sur la publicité des débats judiciaires.

B. *Application aux faits de l'espèce*

(1) La Cour d'appel a eu tort de conclure qu'elle n'avait pas compétence pour examiner la motion de la SRC

[58] En réponse à la question préliminaire qu'a soulevée le premier appel du jugement de 2019 sur la compétence, j'en viens maintenant à la question de savoir si la Cour d'appel a eu tort de conclure qu'elle n'avait pas compétence pour entendre la motion de la SRC sollicitant l'accès à l'affidavit de M^e Posner et l'annulation de l'interdiction de publication.

[59] La SRC prétend que la Cour d'appel a fait erreur lorsqu'elle a décliné compétence sur le fondement de la règle du *functus officio*. Selon la SRC, l'approche souple à l'égard du *functus officio* dont il est question dans *Adams* exige que les ordonnances accessoires, par exemple l'interdiction de publication en l'espèce, soient traitées séparément du fond de l'instance principale. Qui plus est, les circonstances dans lesquelles l'interdiction de publication a été prononcée avaient changé. L'interdiction a été prononcée sans avis aux parties touchées, et aucune mention de l'interdiction de publication n'avait été inscrite dans un certificat de décision. La SRC soutient qu'elle n'avait pas demandé que l'appel ou la motion fasse l'objet d'une « nouvelle audience » ce qui, elle le reconnaît, est interdit par les *Règles de la Cour d'appel*. Subsidiairement, même si l'interdiction des nouvelles audiences s'applique, elle doit être interprétée avec souplesse, à l'instar de la règle du *functus officio*.

[60] La Couronne répond que la Cour d'appel a statué à bon droit qu'elle n'avait pas compétence, vu que le jugement formel avait été inscrit. À son avis, la seule exception à la règle du *functus officio* qui pourrait théoriquement s'appliquer en l'espèce est

arguments were never heard on their merits. That exception, says the Crown, does not apply here. While the CBC did not make submissions, it was covering the case and could have challenged the ban anytime between when the initial publication ban was made in May 2018 and when the certificate of decision was entered in January 2019. The CBC provides no proper explanation for its delay in taking action to set aside the publication ban. Even if a material change of circumstances would allow the Court of Appeal to reconsider its order, there was no such change in this case. The Court of Appeal's jurisdiction over the matter was exhausted.

[61] I agree with the CBC that the Court of Appeal did have the authority to uphold, vary or vacate the 2018 publication ban and grant or withhold access to the court record.

[62] It is best to note at the outset that appellate jurisdiction, such as that being exercised by the Court of Appeal in the proceeding below, must be grounded in legislation (*R. v. Smith*, 2004 SCC 14, [2004] 1 S.C.R. 385, at para. 21). In addition to any explicit grant, statutory and appellate courts should be understood to have the implicit power to control their own process and exercise other powers that are practically necessary to accomplish the role the law assigns them (*R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331, at para. 19; *Lochner v. Ontario Civilian Police Commission*, 2020 ONCA 720, at para. 27 (CanLII)). I agree with the Attorney General of British Columbia that it may be unhelpful to describe this implicit authority as “inherent jurisdiction” given that appellate powers are, ultimately, rooted in statute (transcript, at pp. 100-1).

[63] The legislative foundation for the Court of Appeal's jurisdiction over the motion on court openness is plain here. As I have said, the supervisory jurisdiction over the court record is a feature of all courts (*MacIntyre*, at p. 189) and this is no less true of an appellate court. As part of the court's authority to control its own process, the power over the openness

que les arguments de la SRC n'ont jamais été entendus sur le fond. Selon la Couronne, cette exception ne s'applique pas en l'espèce. Bien que la SRC n'ait pas présenté d'observations, elle couvrirait l'affaire et aurait pu contester l'interdiction en tout temps entre le prononcé de l'interdiction de publication initiale en mai 2018 et l'inscription du certificat de décision en janvier 2019. La SRC n'explique pas correctement pourquoi elle a tardé à agir pour faire annuler l'interdiction de publication. Même si un changement important de circonstances permettrait à la Cour d'appel de réexaminer son ordonnance, il n'y a pas eu un tel changement en l'espèce. La compétence de la Cour d'appel sur l'affaire était épuisée.

[61] Je suis d'accord avec la SRC pour dire que la Cour d'appel avait le pouvoir de confirmer, de modifier ou d'annuler l'interdiction de publication de 2018 et de donner ou de refuser accès au dossier judiciaire.

[62] Il vaut mieux souligner d'entrée de jeu que la compétence en matière d'appel, comme celle qu'exerce la Cour d'appel dans l'instance inférieure, doit reposer sur la loi (*R. c. Smith*, 2004 CSC 14, [2004] 1 R.C.S. 385, par. 21). Outre les pouvoirs qui leur sont explicitement conférés, les tribunaux d'origine législative et les cours d'appel ont la maîtrise implicite de leur propre procédure et d'autres pouvoirs qui sont de fait nécessaires à l'exercice du rôle que la loi leur confie (*R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331, par. 19; *Lochner c. Ontario Civilian Police Commission*, 2020 ONCA 720, par. 27 (CanLII)). Je suis d'accord avec le procureur général de la Colombie-Britannique pour dire qu'il est peut-être inutile de qualifier ce pouvoir implicite de [TRADUCTION] « compétence inhérente », vu que les pouvoirs en matière d'appel prennent leur source, en définitive, dans la loi (transcription, p. 100-101).

[63] Le fondement législatif de la compétence de la Cour d'appel à l'égard de la motion portant sur la publicité des débats judiciaires est manifeste en l'espèce. Comme je l'ai évoqué précédemment, le pouvoir de surveillance à l'égard du dossier judiciaire est une caractéristique de tous les tribunaux (*MacIntyre*, p. 189) et ceci vaut autant pour une cour

of proceedings and over the court record arises here by necessary implication from the legislative grant of the appellate court's adjudicative authority (see, generally, *Cunningham*, at para. 19). As a matter of procedural necessity — a publication ban or a sealing order may remain in place long after the substance of the appeal has been decided — this jurisdiction continues even after the formal judgment on the merits of a given appeal has been entered unless ousted by legislation. The Court of Appeal therefore had continuing, ancillary jurisdiction to consider the CBC's motion regarding sealing orders and publication bans. This included implied jurisdiction to vary or vacate its orders limiting court openness in accordance with the common law principles considered above. The only remaining question is whether any applicable legislation limits this jurisdiction for the Court of Appeal in this case.

[64] The *Court of Appeal Rules* do prohibit a “re-hearing of an appeal” (in French, “*appel . . . entendu de nouveau*”) after the certificate of decision has been entered, a rule on which the Court of Appeal relied in this case (r. 46.2(1) and (2), applicable by virtue of r. 45 of the *Manitoba Criminal Appeal Rules*, SI/92-106). This rule also prohibits the “re-hearing” of motions (in French, “*faire l’objet d’une nouvelle audience*”) (r. 46.2(12)). Relevant portions of r. 46.2 are as follows:

46.2(1) There shall be no rehearing of an appeal except by order of the court or at the instance of the court.

46.2(2) A rehearing of an appeal may be ordered before the certificate of decision has been entered.

46.2(12) There shall be no rehearing on an application for leave or a motion.

d’appel. Dans le cadre de la maîtrise par le tribunal de sa propre procédure, le pouvoir à l’égard de la transparence de l’instance et du dossier judiciaire découle en l’espèce, par déduction nécessaire, de l’octroi par voie législative du pouvoir juridictionnel de la cour d’appel (voir, en général, *Cunningham*, par. 19). Par la force des choses sur le plan de la procédure — une interdiction de publication ou une ordonnance de mise sous scellés peut demeurer en place longtemps après qu’il a été statué sur le fond de l’appel — cette compétence subsiste même après que le jugement formel sur le bien-fondé d’un appel donné a été inscrit, à moins qu’elle n’ait été écartée par un texte législatif. En conséquence, la Cour d’appel avait encore le pouvoir accessoire d’examiner la motion de la SRC visant les ordonnances de mise sous scellés et les interdictions de publication. Ceci comprenait la compétence implicite pour modifier ou annuler ses ordonnances limitant la publicité des débats judiciaires conformément aux principes de common law examinés ci-dessus. La seule question qui demeure est celle de savoir si des textes législatifs applicables limitent cette compétence de la Cour d’appel en l’espèce.

[64] Les *Règles de la Cour d’appel* interdisent effectivement qu’un « appel [soit] entendu de nouveau » (en anglais, « [*the*] *rehearing of an appeal* ») après que le certificat de décision ait été inscrit, une règle sur laquelle la Cour d’appel s’est appuyée en l’espèce (par. 46.2(1) et (2), applicables en raison de la règle 45 des *Règles de procédure de la cour d’appel du Manitoba en matière criminelle*, TR/92-106). Cette règle interdit également que les motions « fa[ssent] l’objet d’une nouvelle audience » (en anglais, « [*the*] *rehearing of* [. . .] *a motion* ») (par. 46.2(12)). Les extraits pertinents de la règle 46.2 prévoient ce qui suit :

46.2(1) Aucun appel ne peut être entendu de nouveau, sauf sur ordonnance du tribunal ou à son initiative.

46.2(2) Une nouvelle audition d’un appel peut être ordonnée avant que le certificat de décision n’ait été inscrit.

46.2(12) Aucune requête en autorisation ni aucune motion ne peuvent faire l’objet d’une nouvelle audience.

[65] It is true that the certificate of decision referred to in r. 46.2(2) has been entered here in respect of the appeal bearing on the miscarriage of justice. Accordingly, a rehearing of Mr. Ostrowski's appeal on the merits is precluded in accordance with r. 46.2. Similarly, any motion that had been heard in the course of the proceeding cannot now be reheard, as this is foreclosed by r. 46.2(12).

[66] But these rules did not deprive the Court of Appeal of the ability to hear the CBC's motion concerning court openness. This is certainly not a "rehearing of an appeal" as contemplated by r. 46.2(1) and (2). The CBC brought a motion concerning access to the court file and did not seek to reopen the miscarriage of justice proceeding itself. Interpreting the prohibition against rehearing an appeal as precluding the Court of Appeal from hearing a motion concerning court openness, distinct from the merits of the appeal, is not plain from the text. The appeal is not to be "*entendu de nouveau*", to advert to the French text of r. 46.2(1) and (2). Nor does it accord with the purpose of rules prohibiting rehearings of the appeal that reflect the same core objectives of finality and stability of judgments associated with the doctrine of *functus officio* (see *Doucet-Boudreau*, at para. 79). There is nothing in r. 46.2 that prevents the CBC from seeking ancillary orders related to court openness after the certificate of decision has been entered on the merits.

[67] Similarly, the prohibition on the rehearing of motions in r. 46.2(12) cannot be interpreted to prohibit the CBC from moving to set aside the publication ban made without notice and which affects the open court principle. The impugned order was made of the Court of Appeal's own accord, with the consent of the parties, at the oral hearing and then continued indefinitely in para. 82 of the 2018 Publication Ban Judgment. The court heard no submissions on point and provided no prior notice to anyone, including the media, notably the CBC who learned of the impugned ban shortly after the reasons

[65] Il est vrai que le certificat de décision mentionné au par. 46.2(2) a été inscrit en l'espèce à l'égard de l'appel portant sur l'erreur judiciaire. Par conséquent, une nouvelle audition de l'appel de M. Ostrowski sur le fond est exclue en application de la règle 46.2. Pareillement, une motion entendue au cours de l'instance ne peut pas maintenant faire l'objet d'une nouvelle audience, puisque le par. 46.2(12) l'en empêche.

[66] Toutefois, ces règles n'ont pas privé la Cour d'appel de la faculté d'entendre la motion de la SRC portant sur la publicité des débats judiciaires. Ceci n'est certainement pas un « appel [...] entendu de nouveau » ni une « nouvelle audition d'un appel » visé aux par. 46.2(1) et (2). La SRC a présenté une motion portant sur l'accès au dossier judiciaire et n'a pas tenté de rouvrir l'instance en matière d'erreur judiciaire elle-même. Considérer que l'interdiction d'une nouvelle audition d'un appel empêche la Cour d'appel d'entendre une motion portant sur la publicité des débats judiciaires, distincte du fond de l'appel, ne ressort pas manifestement du texte. Il n'y a pas de « *rehearing of an appeal* », pour reprendre le texte anglais des par. 46.2(1) et (2). Une telle interprétation ne s'accorde pas non plus avec l'objet des règles interdisant les nouvelles auditions de l'appel qui reflètent les mêmes objectifs fondamentaux du caractère définitif et de la stabilité des jugements que l'on associe à la règle du *functus officio* (voir *Doucet-Boudreau*, par. 79). La règle 46.2 n'empêche aucunement la SRC de solliciter des ordonnances accessoires liées à la publicité des débats judiciaires après que le certificat de décision ait été inscrit sur le fond.

[67] Pareillement, on ne saurait considérer que l'interdiction de la nouvelle audition d'une motion, prévue au par. 46.2(12), a pour effet d'interdire à la SRC de demander par motion l'annulation de l'interdiction de publication prononcée sans avis et qui a une incidence sur le principe de la publicité des débats judiciaires. L'ordonnance attaquée a été prononcée du propre chef de la Cour d'appel, avec le consentement des parties, et à l'audience, puis maintenue pour une durée indéterminée au par. 82 du jugement de 2018 sur l'interdiction de publication. Le tribunal n'a entendu aucune observation sur le

were released. The CBC was not asking the Court of Appeal for a “rehearing” of a motion. The idea of a “rehearing” spoken to in r. 46.2 necessarily implies there was an original hearing and that the court would be hearing the same motion again, as the French (“*nouvelle audience*”) in r. 46.2 makes plain.

[68] Instead, the CBC brought an altogether new motion to set aside the 2018 publication ban made in its absence. This may engage, as the CBC suggests, a fundamental principle of the administration of justice that parties affected by orders be given the opportunity to be heard. There is nothing in the text of r. 46(12) that modifies the generally applicable rule allowing the Court of Appeal to vary or rescind its publication ban or sealing order on motion from an affected person not given notice of the making of the order.

[69] The CBC also argued that the Court of Appeal should have taken up its rightful jurisdiction to vary the publication ban covering the Posner affidavit because there had been a material change of circumstances.

[70] I disagree. I think it should be recorded that the CBC did not, in the proceedings below, establish a material change of circumstances.

[71] While it may be the case that the finding of a miscarriage of justice by the Court of Appeal increased the public interest in the materials, that conclusion was made in the 2018 Publication Ban Judgment in which the continuation of the publication ban was ordered. It cannot, therefore, be a change of circumstances that has occurred *since* the impugned order was made, as is required (*Adams*, at para. 30; *L.M.P.*, at para. 31).

point, et n’a donné de préavis à qui que ce soit, dont les médias, notamment la SRC qui a eu vent de l’interdiction attaquée peu après le prononcé des motifs. La SRC ne demandait pas à la Cour d’appel qu’une motion fasse l’objet d’une « nouvelle audience ». L’idée d’un « *rehearing* » dont il est question à la règle 46.2 implique nécessairement qu’il y a eu une première audience et que le tribunal entendrait la même motion de nouveau, comme l’indique clairement l’expression française « nouvelle audience » à la règle 46.2.

[68] La SRC a plutôt déposé une motion entièrement nouvelle pour faire annuler l’interdiction de publication de 2018 prononcée en son absence. Cela peut faire entrer en jeu, comme le prétend la SRC, un principe fondamental de l’administration de la justice voulant que les parties touchées par des ordonnances se voient accorder l’occasion d’être entendues. Rien dans le libellé du par. 46(12) n’a pour effet de modifier la règle généralement applicable qui permet à la Cour d’appel de modifier ou d’annuler son interdiction de publication ou ordonnance de mise sous scellés sur motion d’une personne touchée qui n’a pas été avisée du prononcé de l’ordonnance.

[69] La SRC ajoute que la Cour d’appel aurait dû assumer sa compétence légitime pour modifier l’interdiction de publication portant sur l’affidavit de M^e Posner parce qu’il y avait eu un changement important de circonstances.

[70] Je ne suis pas de cet avis. Selon moi, il faut souligner que la SRC n’a pas, devant les juridictions inférieures, établi de changement important de circonstances.

[71] Bien que la conclusion d’erreur judiciaire à laquelle est arrivée la Cour d’appel ait pu accroître l’intérêt du public à l’égard des documents, la Cour d’appel a conclu à l’existence de cette erreur dans le jugement de 2018 sur l’interdiction de publication, où elle a ordonné le maintien de l’interdiction de publication. Il ne peut donc s’agir d’un changement de circonstances qui s’est produit *depuis* le prononcé de l’ordonnance contestée, comme le veut la règle (*Adams*, par. 30; *L.M.P.*, par. 31).

[72] Equally, the subsequent appearance of the CBC in the proceedings as a party did not constitute, in itself, a material change in circumstances. Assuming the initial order was correctly made, as one must at this stage (*L.M.P.*, at para. 33), and recognizing that the CBC did not make submissions on the initial order, in my view the CBC's mere presence would not likely have resulted in a different outcome for the purposes of the applicable test. This is not to exclude the possibility that, had the CBC made submissions, the result might have been different. But acknowledging this possibility requires one to consider whether the Court of Appeal may have erred in applying the relevant test without the benefit of the CBC's argument. This is contrary to the well-established principle that one must not consider the possibility that the original court erred when determining whether a material change has occurred (*L.M.P.*, at para. 33). The Court of Appeal is therefore presumed at this stage to have balanced the interest of the media in open court proceedings with competing public interests even in the absence of a representative of the press, as is required (*Mentuck*, at para. 38). The CBC's absence at the making of the initial order is more properly considered in reference to the principles relating to orders made without notice to an affected party, since it is a lost opportunity to make submissions, and not in reference to a change in the circumstances relied on by the Court of Appeal.

[73] In sum, the Court of Appeal erred in concluding that r. 46.2 or the doctrine of *functus officio* deprived it of jurisdiction to hear the CBC's motion. Said respectfully, the Court of Appeal's interpretation of these principles was unnecessary to protect the values of finality and orderly appellate review. It had an adverse impact on the opportunity of the media to make representations in respect of this order limiting the open court principle. The better view is that the Court of Appeal retained jurisdiction to oversee its record even after the certificate of decision in the underlying proceeding on the merits was entered.

[72] De même, la comparution subséquente de la SRC dans l'instance en qualité de partie ne constituait pas, en soi, un changement important de circonstances. En présumant que l'ordonnance initiale était bien fondée, comme on doit le faire à ce stade (*L.M.P.*, par. 33), et en reconnaissant que la SRC n'avait pas présenté d'observations portant sur l'ordonnance initiale, j'estime que la simple présence de la SRC n'aurait vraisemblablement pas donné lieu à un résultat différent pour les besoins du test applicable. Cela n'exclut pas la possibilité que le résultat eût été différent si la SRC avait présenté des observations. Mais en reconnaissant cette possibilité, on doit se demander si la Cour d'appel a peut-être fait erreur dans l'application du test en question sans avoir pris connaissance de l'argument de la SRC. Cela va à l'encontre du principe bien établi voulant qu'on ne doive pas envisager la possibilité que le tribunal d'origine ait commis une erreur au moment de décider s'il y a eu un changement important (*L.M.P.*, par. 33). On présume donc à ce stade que la Cour d'appel a mis en balance, comme elle doit le faire, l'intérêt des médias dans la publicité des débats judiciaires et les intérêts publics opposés, même en l'absence d'un représentant de la presse (*Mentuck*, par. 38). Il vaut mieux examiner l'absence de la SRC lors du prononcé de l'ordonnance initiale en fonction des principes applicables aux ordonnances rendues sans qu'une partie touchée en ait été avisée, car il s'agit d'une occasion perdue de présenter des observations, et non au regard d'un changement de circonstances invoqué par la Cour d'appel.

[73] En somme, la Cour d'appel a eu tort de conclure que la règle 46.2 ou la règle du *functus officio* lui enlevait compétence pour entendre la motion de la SRC. Soit dit respectueusement, l'interprétation que donne la Cour d'appel de ces principes n'était pas nécessaire afin de protéger les valeurs du caractère définitif des procédures et du déroulement ordonné de l'examen en appel. Elle a eu des effets préjudiciables sur l'occasion des médias de présenter des observations à l'égard de cette ordonnance limitant le principe de la publicité des débats judiciaires. De fait, la Cour d'appel est demeurée compétente pour surveiller son dossier, même après que le certificat de décision dans l'instance sous-jacente sur le fond ait été inscrit.

(2) The Matter Should Be Remanded to the Court of Appeal

[74] That the Court of Appeal had jurisdiction to consider the CBC's motion and its request for access to the Posner affidavit, does not mean, of course, that the CBC is entitled to the relief it sought. The availability of relief turns on the proper application of the law to the facts here, a determination that would be best made at first instance by the Court of Appeal.

[75] In respect of the publication ban, the CBC will rely on the Court of Appeal's power to rescind an order on the basis that it was made without notice to an affected party. As a preliminary matter, the Court of Appeal must determine, in keeping with the principles sketched above, whether the CBC has standing to challenge the relevant order. This initial hurdle, which the CBC must clear, serves to restrict the scope of those who are able to challenge an order made without notice to the media to those representatives who were deprived of the ability to make useful submissions that may have affected the result.

[76] The CBC will also be required to show that the delay from the time it became aware of the impugned order to the time it filed its motion in May 2019 was not unreasonable. I note that the Crown argues the CBC ought to have brought its motion earlier. In response to questions from my colleagues at the oral hearing, the CBC rightly conceded it knew of the publication ban shortly after the 2018 Publication Ban Judgment was released. Its delay in bringing the motion was in the order of six months. While the matter was not advanced by the Crown as a basis for dismissing the appeal, at the hearing before this Court the CBC did say the delay was justified in the circumstances, pointing to initial confusion as to the nature of the order, and asserted the public interest in deciding this open court issue that affects the rights of all Canadians.

(2) L'affaire doit être renvoyée à la Cour d'appel

[74] Bien entendu, ce n'est pas parce que la Cour d'appel avait compétence pour examiner la motion de la SRC et sa demande d'accès à l'affidavit de M^e Posner que la SRC a droit à la mesure de redressement qu'elle a demandée. La possibilité d'obtenir cette mesure de redressement dépend d'une bonne application du droit aux faits de l'espèce, et c'est la Cour d'appel qui est la mieux à même d'en décider en première instance.

[75] Pour ce qui est de l'interdiction de publication, la SRC s'appuiera sur le pouvoir de la Cour d'appel d'annuler une ordonnance au motif qu'elle a été rendue sans avis à une partie touchée. À titre préliminaire, la Cour d'appel doit se demander, compte tenu des principes sommairement exposés ci-dessus, si la SRC a qualité pour contester l'ordonnance en question. Ce premier obstacle, que doit surmonter la SRC, fait en sorte que seuls les représentants qui sont privés de la possibilité de présenter des observations utiles et susceptibles d'avoir influé sur le résultat peuvent contester une ordonnance rendue sans que les médias en aient été avisés.

[76] La SRC aura également à démontrer que le délai qui s'est écoulé entre le moment où elle a pris connaissance de l'ordonnance contestée et le moment où elle a déposé sa motion en mai 2019 n'était pas déraisonnable. Je prends note que la Couronne prétend que la SRC aurait dû présenter sa motion plus tôt. En réponse aux questions posées par mes collègues à l'audience, la SRC a concédé à juste titre qu'elle avait eu connaissance de l'interdiction de publication peu de temps après le prononcé du jugement de 2018 sur l'interdiction de publication. Le délai qui s'est écoulé avant qu'elle présente la motion était de l'ordre de six mois. Bien que la question n'ait pas été invoquée par la Couronne en tant que motif du rejet du pourvoi, la SRC a mentionné à l'audience devant notre Cour que le délai était justifié dans les circonstances, soulignant la confusion au départ quant à la nature de l'ordonnance et faisant valoir l'intérêt public à trancher cette question de publicité des débats judiciaire qui touche les droits de tous les Canadiens et les Canadiennes.

[77] Turning to the substance of the CBC's motion, any discretionary limits on access to and publication of the contents of the court record must be understood in reference to the test from *Sierra Club* as recently recast by this Court in *Sherman*. Court proceedings are presumptively open to the public (*A.B. v. Bragg Communications Inc.*, 2012 SCC 46, [2012] 2 S.C.R. 567, at para. 11). A court can order discretionary limits on openness only where (1) openness poses a serious risk to an important public interest, (2) the order sought is necessary to prevent that risk and (3) the benefits of the order outweigh its negative effects (*Sherman*, at para. 38, citing *Sierra Club*, at para. 53).

[78] Before this Court, both the Crown and M.D.'s family invoke the privacy and dignity of the interested parties as an important public interest that would be threatened if the publication ban was lifted. The CBC answers that the interests raised are merely personal, without the public component required to displace the open court principle. Much like in *Sherman*, the parties' disagreement is rooted in the inherent tension between the open court principle and what Dickson J., as he then was, once described as competing "superordinate" values (*MacIntyre*, at pp. 186-87). Both privacy and court openness have been recognized in law as pillars of a free and democratic society (*Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at para. 23; *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773, at para. 25). If open courts are to remain the rule rather than the exception, some degree of privacy loss for those whose lives are the subject of litigation is inevitable. But circumstances do exist where openness poses a serious risk to an aspect of privacy that evinces an important public interest.

[79] The Court of Appeal did not have the advantage of considering the judgment of this Court in *Sherman* where it was held that there is an important public interest in a narrower dimension of privacy

[77] En ce qui a trait au fond de la motion de la SRC, toute limite discrétionnaire à l'accès au dossier judiciaire et à la publication de son contenu doit être comprise à l'aune du test de l'arrêt *Sierra Club* récemment reformulé par notre Cour dans *Sherman*. Les procédures judiciaires sont présumées accessibles au public (*A.B. c. Bragg Communications Inc.*, 2012 CSC 46, [2012] 2 R.C.S. 567, par. 11). Un tribunal ne peut imposer de limites discrétionnaires à la publicité des débats que si les conditions suivantes sont remplies : (1) la publicité des débats pose un risque sérieux pour un intérêt public important; (2) l'ordonnance sollicitée est nécessaire pour écarter ce risque; (3) les avantages de l'ordonnance l'emportent sur ses effets négatifs (*Sherman*, par. 38, citant *Sierra Club*, par. 53).

[78] Devant notre Cour, la Couronne et la famille de M.D. invoquent toutes les deux la vie privée et la dignité des parties intéressées comme un intérêt public important qui serait menacé si l'interdiction de publication était levée. La SRC répond que les intérêts invoqués ne sont que personnels, sans l'élément public qu'il faut pour écarter le principe de la publicité des débats judiciaires. Tout comme dans l'affaire *Sherman*, le désaccord des parties repose sur la tension inhérente entre le principe de la publicité des débats judiciaires et ce que le juge Dickson, plus tard juge en chef, a déjà qualifié de valeurs ayant « préséance » (*MacIntyre*, p. 186-187). La vie privée et la publicité des débats judiciaires ont toutes les deux été reconnues dans la jurisprudence comme étant des piliers d'une société libre et démocratique (*Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, par. 23; *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773, par. 25). Si la publicité des débats judiciaires doit demeurer la règle plutôt que l'exception, il est inévitable que ceux dont la vie fait l'objet d'un litige subissent une certaine atteinte à leur vie privée. Toutefois, il existe effectivement des circonstances où la publicité des débats pose un risque sérieux pour un aspect de la vie privée qui fait état d'un intérêt public important.

[79] La Cour d'appel n'a pas pu prendre connaissance de l'arrêt *Sherman*, dans lequel notre Cour a statué qu'il existe un important intérêt public dans une dimension plus étroite de la vie privée qui concerne la

concerning the protection of individual dignity. In order to show a serious risk to this interest, an individual must establish that the information about them that would be disseminated as a result of court openness is sufficiently sensitive such that it strikes at their biographical core, revealing something “intimate and personal about the individual, their lifestyle or their experiences” (*Sherman*, at paras. 73-77, 79 and 85). If they succeed, the question becomes whether, in light of the totality of the circumstances, court openness poses a risk to individual dignity that strikes meaningfully at this important public interest. A serious risk need not be supported by direct evidence but may be reasonably inferred on the basis of available circumstantial facts (*Bragg*, at paras. 15-16). If the party succeeds in establishing this serious risk, they must then show that the order they seek is necessary to prevent the risk and that the benefits of the order outweigh its negative effects, including the effects on constitutionally-protected court openness (*Sierra Club*, at para. 53).

[80] The parties disagree about the extent to which the test for discretionary limits on court openness applies to determine access to and publication of the Posner affidavit. The CBC argued that the sealing order that applied to the affidavit by operation of the *Court of Appeal Rules* ended once the new evidence motion was dismissed. The Crown took the position that the relevant rule is silent on what happens to material under seal after a new evidence motion is dismissed such that the Court of Appeal was entitled not to enter the proposed evidence into the public record. As for the publication ban covering the details of this evidence, the CBC argued that it fails the test for discretionary limits on court openness, which it says applies even though the Posner affidavit was ultimately not admitted into evidence. The Crown and the interested parties stressed instead the Posner affidavit’s alleged irrelevance as a factor in this analysis.

protection de la dignité individuelle. Afin de démontrer l’existence d’un risque sérieux pour cet intérêt, une personne doit établir que les renseignements à son sujet qui seraient diffusés en raison de la publicité des débats judiciaires sont suffisamment sensibles, si bien qu’ils représentent des renseignements biographiques, révélant quelque chose « d’intime et de personnel au sujet de la personne, de son mode de vie ou de son vécu » (*Sherman*, par. 73-77, 79 et 85). Si elle réussit, il s’agit de se demander si, eu égard à l’ensemble des circonstances, la publicité des débats judiciaires pose un risque pour la dignité individuelle qui concerne concrètement cet important intérêt public. Il n’est pas nécessaire que le risque sérieux soit étayé par une preuve directe; il peut être raisonnablement inféré sur le fondement de faits circonstanciels connus (*Bragg*, par. 15-16). Si la partie réussit à établir ce risque sérieux, elle doit ensuite démontrer que l’ordonnance qu’elle sollicite est nécessaire pour écarter le risque et que les avantages de l’ordonnance l’emportent sur ses effets négatifs, y compris les effets sur la publicité des débats judiciaires, protégée par la Constitution (*Sierra Club*, par. 53).

[80] Les parties ne s’entendent pas sur la mesure dans laquelle le test concernant les limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires s’applique lorsqu’il s’agit de trancher la question de l’accès à l’affidavit de M^e Posner et de sa publication. La SRC a plaidé que l’ordonnance de mise sous scellés qui s’appliquait à l’affidavit en vertu des *Règles de la Cour d’appel* avait pris fin dès que la motion en présentation d’éléments de preuve nouveaux a été rejetée. La Couronne a fait valoir que la règle pertinente est silencieuse sur ce qui se passe avec les documents sous scellés après le rejet de la motion en présentation d’éléments de preuve nouveaux, si bien qu’il était loisible à la Cour d’appel de ne pas verser les éléments de preuve proposés au dossier public. Quant à l’interdiction de publication portant sur les détails de ces éléments de preuve, la SRC a soutenu qu’elle ne satisfait pas au critère concernant les limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires, lequel, selon la SRC, s’applique même si l’affidavit de M^e Posner a fini par ne pas être admis en preuve. La Couronne et les parties intéressées ont insisté plutôt sur la non-pertinence présumée de l’affidavit de M^e Posner comme facteur dans cette analyse.

[81] For two reasons, I conclude that any limits on access to or publication of the Posner affidavit in this case must meet the generally applicable test for discretionary limits on court openness. First, I agree with the CBC that r. 21(4) of the *Court of Appeal Rules* does not provide for a permanent sealing order over the Posner affidavit. Rule 21(4), which specifies that the new evidence remains sealed “until the motion is decided”, explicitly anticipates that the sealing prescribed by this rule will cease once there is a decision. This decision occurred when the new evidence motion was dismissed. There is nothing in the rule to indicate that the seal is to protect the information from public dissemination and that this is meant to extend indefinitely after the motion is decided. In my view, r. 21 does not continue to seal the Posner affidavit.

[82] Second, the fact that the Posner affidavit was not admitted as new evidence for the purposes of the miscarriage of justice proceeding should not shield the publication ban from review. The Crown submits that the Court of Appeal’s “practice” not to admit such evidence into the court registry fills the silence in r. 21(4). But an administrative practice cannot have the effect of taking this matter outside the scope of the test for discretionary limits on the open court principle. Court openness serves to maintain the legitimacy of the exercise of judicial power — including the decision to dismiss the motion for new evidence — by allowing the public to scrutinize this exercise in service of ensuring that justice is being dispensed fairly (*Vancouver Sun*, at para. 25). Public access to the court record facilitates this scrutiny (*Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1339, per Cory J.).

[81] Deux raisons m’amènent à conclure que toute limite à l’accès à l’affidavit de M^e Posner ou à sa publication en l’espèce doit satisfaire au critère généralement applicable aux limites discrétionnaires sur la publicité des débats judiciaires. Premièrement, je suis d’accord avec la SRC pour dire que le par. 21(4) des *Règles de la Cour d’appel* ne prévoit pas d’ordonnance permanente de mise sous scellés à l’égard de l’affidavit de M^e Posner. Le paragraphe 21(4), qui précise que les nouveaux éléments de preuve demeurent scellés « jusqu’à ce qu’il soit statué sur la motion », prévoit expressément que la mise sous scellés prescrite par cette règle cessera lorsqu’il y aura une décision. Cette décision a eu lieu lorsque la motion en présentation d’éléments de preuve nouveaux a été rejetée. Rien dans la règle n’indique que la mise sous scellés vise à protéger les renseignements contre une diffusion publique et que cette mesure est censée se poursuivre indéfiniment après qu’il a été statué sur la motion. À mon avis, la règle 21 ne maintient pas la mise sous scellés de l’affidavit de M^e Posner.

[82] Deuxièmement, le fait que l’affidavit de M^e Posner n’a pas été admis comme élément de preuve nouveau pour les besoins de l’instance portant sur l’erreur judiciaire ne doit pas mettre l’interdiction de publication à l’abri d’un contrôle. La Couronne soutient que la [TRADUCTION] « pratique » de la Cour d’appel qui consiste à ne pas admettre de tels éléments de preuve pour dépôt au greffe du tribunal comble le silence du par. 21(4). Toutefois, une pratique administrative ne saurait avoir pour effet de placer cette affaire en dehors de la portée du test concernant les limites discrétionnaires au principe de la publicité des débats judiciaires. Cette publicité sert à maintenir la légitimité de l’exercice du pouvoir judiciaire — y compris la décision de rejeter la motion en présentation d’éléments de preuve nouveaux — en permettant au public d’examiner attentivement cet exercice dans le but de s’assurer que la justice est dispensée équitablement (*Vancouver Sun*, par. 25). L’accès public au dossier judiciaire facilite cet examen attentif (*Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1339, le juge Cory).

[83] Consistent with this purpose, all materials that are made available to the court for the purposes of deciding the case — in other words, for the purposes of exercising its judicial power — are subject to the open court principle (see *Canadian Broadcasting Corp. v. R.*, 2010 ONCA 726, 102 O.R. (3d) 673, at paras. 42-44; see also *Aboriginal Peoples Television Network v. Alberta (Attorney General)*, 2018 ABCA 133, 70 Alta. L.R. (6th) 246, at para. 48). In this case, the Court of Appeal had before it a motion to admit the Posner affidavit as new evidence. With the consent of the parties, the court reviewed that affidavit in considering the motion. While the court ultimately declined to admit it, the affidavit was considered in deciding the new evidence motion. It follows that any discretionary limit on access to or publication of the Posner affidavit must meet the requirements affirmed in *Sierra Club* and *Sherman*.

[84] In sum, to the extent the requested relief required it to reconsider its publication ban, the Court of Appeal should have asked whether it was appropriate to vary or set aside that decision on motion by the CBC given it was made without notice. On the substance of the motion, the Court of Appeal should have considered whether any discretionary limits it imposed on publication of the court record, which includes the Posner affidavit, complied with the test for discretionary limits on court openness.

[85] The remaining question is which court should decide these issues raised in the context of the first appeal from the 2019 Jurisdiction Judgment. I recall that the Crown suggests that if the Court of Appeal had jurisdiction to hear the motion for reconsideration, it follows that this Court does not. It argues that in this scenario the publication ban is not a “final or other judgment of . . . the highest court of final resort” for the purposes of s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, under which leave to appeal in this matter was granted.

[83] Dans le respect de cet objectif, tous les documents mis à la disposition du tribunal en vue de trancher l’affaire, autrement dit pour lui permettre d’exercer son pouvoir judiciaire, sont visés par le principe de la publicité des débats judiciaires (voir *Canadian Broadcasting Corp. c. R.*, 2010 ONCA 726, 102 O.R. (3d) 673, par. 42-44; voir également *Aboriginal Peoples Television Network c. Alberta (Attorney General)*, 2018 ABCA 133, 70 Alta. L.R. (6th) 246, par. 48). En l’espèce, la Cour d’appel était saisie d’une motion en vue de faire admettre l’affidavit de M^e Posner en tant que nouvel élément de preuve. Avec le consentement des parties, le tribunal a étudié cet affidavit lors de l’examen de la motion. Bien que le tribunal ait fini par refuser d’admettre l’affidavit, celui-ci a été examiné lorsqu’il a été statué sur la motion en présentation d’éléments de preuve nouveaux. Il s’ensuit que toute limite discrétionnaire à l’accès à l’affidavit de M^e Posner ou à sa publication doit satisfaire aux exigences énoncées dans les arrêts *Sierra Club* et *Sherman*.

[84] En somme, dès lors que la mesure de redressement sollicitée l’obligeait à réexaminer son interdiction de publication, la Cour d’appel aurait dû se demander s’il était opportun de modifier ou d’annuler cette décision sur motion de la SRC, vu qu’elle avait été prise sans avis. Sur le fond de la motion, la Cour d’appel aurait dû se demander si les limites discrétionnaires qu’elle avait imposées à la publication du dossier judiciaire, qui comprend l’affidavit de M^e Posner, se conformaient au test concernant les limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires.

[85] Il reste à se demander quel tribunal doit trancher ces questions soulevées dans le contexte du premier appel du jugement de 2019 sur la compétence. Tel qu’il est indiqué ci-dessus, la Couronne prétend que, si la Cour d’appel avait compétence pour entendre la motion en réexamen, il s’ensuit que notre Cour ne l’a pas. Elle plaide que dans ce scénario, l’interdiction de publication n’est pas un « jugement, définitif ou autre, rendu par [. . .] le plus haut tribunal de dernier ressort » pour l’application du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, en vertu duquel l’autorisation d’appel en l’espèce a été accordée.

[86] I disagree. The Court of Appeal’s reconsideration of its publication ban is not, as we have seen, an appeal of the publication ban order. The only route of appeal from either the Court of Appeal’s 2018 Publication Ban Judgment or the 2019 Jurisdiction Judgment was to this Court with leave pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act* (see, generally, *Dagenais*, at p. 872). Accordingly, I have no difficulty concluding that both were “final or other judgment[s] of . . . the highest court of final resort” from which this Court has jurisdiction to hear an appeal with leave (see, generally, *Mentuck*, at paras. 20-21).

[87] That said, I am of the view that fairness to all the parties requires that we remand the motion that resulted in the 2019 Jurisdiction Judgment to the Court of Appeal. The remaining issues raised are best decided by the Court of Appeal. The Court of Appeal ended its analysis after concluding it was *functus officio* and we do not have the benefit of any reasons below on these issues. As I have noted above, the motion required the Court of Appeal to make several discretionary decisions: whether to grant the CBC standing, whether to hear the motion given the delay, and ultimately whether to uphold a discretionary limit on the openness of its own record. These are decisions the Court of Appeal is best placed to make given they are intimately connected to the facts and procedural history of this case, in which that court effectively acted as a court of first instance.

[88] In my view, it is not in the interests of justice for this Court to step into the Court of Appeal’s shoes and decide these matters at first instance. This is quite different from considering such issues on appeal through the deferential lens this Court would take in reviewing the exercise of discretion below (see *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297, at para. 117). Other appellate courts have been rightly cautious to dictate to lower courts in this way (see, e.g., *GEA Refrigeration*, at para. 184).

[86] Je ne suis pas de cet avis. Le réexamen, par la Cour d’appel, de son interdiction de publication n’est pas, comme nous l’avons vu, un appel de l’ordonnance. La seule voie d’appel du jugement rendu en 2018 par la Cour d’appel sur l’interdiction de publication ou de son jugement de 2019 sur la compétence était l’appel à notre Cour, avec son autorisation, en application du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* (voir, en général, *Dagenais*, p. 872). Par conséquent, je n’ai aucune difficulté à conclure que les deux étaient des « jugement[s], définitif[s] ou autre[s], rendu[s] par [. . .] le plus haut tribunal de dernier ressort » à l’égard desquels notre Cour a compétence pour entendre un appel avec autorisation (voir, en général, *Mentuck*, par. 20-21).

[87] Cela dit, je suis d’avis que, par souci d’équité envers toutes les parties, nous devons renvoyer à la Cour d’appel la motion qui a mené au jugement de 2019 sur la compétence. Il vaut mieux que ce soit la Cour d’appel qui tranche les autres questions soulevées. La Cour d’appel a mis fin à son analyse après avoir conclu qu’elle était *functus officio*, et nous ne disposons pas de motifs de la juridiction inférieure sur ces questions. Comme je l’ai déjà fait remarquer, la motion obligeait la Cour d’appel à rendre plusieurs décisions discrétionnaires : accorder ou non à la SRC qualité pour agir, accepter ou non d’entendre la motion compte tenu du délai et, en dernier lieu, confirmer ou non sa limite discrétionnaire à la transparence de son propre dossier. Ce sont des décisions que la Cour d’appel est la mieux placée à rendre vu qu’elles sont intimement liées aux faits et à l’historique procédural de la présente affaire, où cette cour a exercé dans les faits la fonction de tribunal de première instance.

[88] À mon avis, il n’est pas dans l’intérêt de la justice que notre Cour se mette à la place de la Cour d’appel et tranche ces questions en première instance. Cela est très différent du fait d’examiner ces questions en appel avec un regard empreint de déférence que notre Cour adopterait pour contrôler l’exercice du pouvoir discrétionnaire de la juridiction inférieure (voir *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297, par. 117). D’autres cours d’appel ne se sont pas hasardées à bon droit à dicter ainsi aux juridictions inférieures leur conduite (voir, p. ex., *GEA Refrigeration*, par. 184).

[89] I note as well that the issue of delay was not fully argued before this Court and we are therefore not well placed to come to the appropriate balance in this case in any event. This Court has remanded matters to the Court of Appeal where a question was not addressed below and the record and arguments are “too sparse to . . . resolve the matter confidently” (see, e.g., *Galambos v. Perez*, 2009 SCC 48, [2009] 3 S.C.R. 247, at para. 46). The CBC did not raise the issue in its factum because it considered the issue to have been resolved when we granted its motions for extensions of time to seek leave to appeal. While the Crown pointed to the delay in passing, it never argued the appeal bearing on the motion for reconsideration could be dismissed on that basis alone. This further militates towards remanding the matter.

[90] Even if this Court were to exercise its jurisdiction to decide these issues, it does not have the benefit of submissions from the parties on how the principles from *Sherman* outlined above apply to these facts. That decision was released only after this matter had been heard and, in my view, fairness would require further submissions from the parties with respect to its impact on the issue at hand. This Court had previously considered privacy in the context of this test in *Bragg*, but was clear that it was not a question of privacy without more but was combined with “the relentlessly intrusive humiliation of sexualized online bullying” (para. 14).

[91] *Sherman* provided an opportunity for this Court to confront this issue directly from a distinct perspective. The Court of Appeal had identified privacy interests as mere personal concerns that could not “without more” justify a limit on court openness (*Sherman*, at para. 18). This Court concluded on appeal that it was “inappropriate . . . to dismiss the public interest in protecting privacy as merely a personal concern” (para. 52), and went on to recognize

[89] Je signale en outre que la question du délai n’a pas été pleinement débattue devant notre Cour et que nous sommes donc mal placés pour réaliser le juste équilibre en l’espèce de toute manière. Notre Cour a renvoyé à la Cour d’appel des affaires où une question n’avait pas été examinée par les tribunaux d’instance inférieure, et le dossier ainsi que les arguments ne sont « pas suffisamment étoffés pour [. . .] permettre de statuer sur cette question sans crainte de [s]e tromper » (voir, p. ex., *Galambos c. Perez*, 2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247, par. 46). La SRC n’a pas soulevé la question dans son mémoire parce que, selon elle, la question avait été réglée lorsque nous avons accueilli ses requêtes en prorogation du délai pour solliciter l’autorisation d’appel. Bien que la Couronne ait fait allusion au délai en passant, elle n’a jamais plaidé que l’appel portant sur la motion en réexamen pouvait être rejeté pour ce seul motif. Cela milite encore davantage en faveur du renvoi de l’affaire.

[90] Même si notre Cour exerçait sa compétence pour trancher ces questions, elle ne dispose pas d’observations des parties sur la manière dont les principes de l’arrêt *Sherman* énoncés ci-dessus s’appliquent aux faits de l’espèce. Cet arrêt n’a été prononcé qu’après l’instruction de la présente affaire, et j’estime que l’équité exigerait des observations supplémentaires de la part des parties en ce qui concerne l’incidence de l’arrêt *Sherman* sur la question à l’étude. Notre Cour s’est déjà penchée sur la protection de la vie privée dans le cadre de ce test dans l’arrêt *Bragg*, mais elle a clairement affirmé qu’il s’agissait non pas uniquement de protection de la vie privée, mais aussi de « l’humiliation constamment envahissante liée à l’intimidation à caractère sexuel en ligne » (par. 14).

[91] L’arrêt *Sherman* a donné à notre Cour l’occasion de s’attaquer à cet enjeu directement d’un autre point de vue. La Cour d’appel avait qualifié les droits à la vie privée de simples préoccupations personnelles qui ne pouvaient pas « à elles seules » justifier une limite à la publicité des débats judiciaires (*Sherman*, par. 18). Notre Cour a conclu en appel qu’il était « inapproprié [. . .] de rejeter l’intérêt du public à la protection de la vie privée au motif qu’il

that “privacy understood in relation to dignity is an important public interest for the purposes of the test” (para. 86).

[92] Of course, it is not uncommon that this Court clarifies the law in an appeal, or series of appeals heard together, and then applies that clarified law to those appeals. But the situation here is different because these parties were not heard in settling the approach taken in *Sherman*. That they would also not be heard on how this approach applies on the facts of their case would be fundamentally unfair to them, not to mention a disadvantage to this Court in deciding the matter. The need for these further submissions on *Sherman* attenuates any judicial economy that would be gained by deciding the matter here rather than remanding it below.

[93] I recognize, as the Crown argued at the hearing, that remanding the matter will prolong the period of uncertainty for the interested parties as to whether the publication ban will ultimately be set aside. It is important to remember, however, that the interested parties will continue to benefit from the publication ban they say is necessary to protect their privacy in the interim.

[94] This is a completely different situation from cases such as *Saadati v. Moorhead*, 2017 SCC 28, [2017] 1 S.C.R. 543, and *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199, where it had been approximately a decade since the impugned conduct that was the subject of the litigation and this Court had the benefit of a reasonable decision supported by the record and made by the appropriate first instance decision-maker (*Saadati*, at para. 45; *Wells*, at para. 68). In this case, the publication ban that is the subject of these proceedings was made less than three years ago and we have no decision from a first instance decision-maker on the motion, let alone a reasonable one.

s’agit d’une simple préoccupation personnelle » (par. 52), et elle a ensuite reconnu que la « vie privée considérée au regard de la dignité constitue un intérêt public important pour l’application du test » (par. 86).

[92] Bien entendu, il n’est pas rare que notre Cour clarifie les règles de droit lors d’un appel, ou d’une série d’appels entendus ensemble, puis applique ces règles de droit clarifiées aux appels en question. Mais la situation en l’espèce est différente parce que ces parties n’ont pas été entendues lorsque l’approche retenue dans l’arrêt *Sherman* a été fixée. Il serait fondamentalement injuste envers les parties qu’elles ne soient pas entendues au sujet de l’application de cette approche aux faits de leur cause, sans parler du désavantage que cela ferait subir à notre Cour quand elle tranche l’affaire. La nécessité d’obtenir ces observations supplémentaires sur l’arrêt *Sherman* atténue toute économie des ressources judiciaires qui serait réalisée en tranchant l’affaire ici, plutôt que de la renvoyer à la juridiction inférieure.

[93] Je reconnais, tout comme la Couronne l’a plaidé à l’audience, que le renvoi de l’affaire prolongera l’incertitude pour les parties intéressées sur la question de savoir si l’interdiction de publication finira par être annulée. Il importe toutefois de se rappeler que les parties intéressées bénéficieront toujours de l’interdiction de publication qui, à leurs dires, est essentielle à la protection de leur vie privée dans l’intervalle.

[94] Il s’agit d’une situation tout à fait différente de celle qui prévalait dans des affaires comme *Saadati c. Moorhead*, 2017 CSC 28, [2017] 1 R.C.S. 543, et *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, où il s’était écoulé environ une décennie depuis la conduite reprochée qui faisait l’objet du litige, et notre Cour avait pris connaissance d’une décision raisonnable étayée par le dossier et rendue par le décideur compétent de première instance (*Saadati*, par. 45; *Wells*, par. 68). En l’espèce, l’interdiction de publication sur laquelle porte la présente instance a été imposée il y a moins de trois ans, et aucune décision n’a été rendue en première instance sur la motion, encore moins une décision raisonnable.

[95] In the circumstances, the value of shortening this period of uncertainty does not outweigh the importance of fairness to all parties, served by ensuring the matter is decided by the appropriate first instance decision-maker and with the benefit of appropriate submissions.

[96] I would therefore allow the appeal from the 2019 Jurisdiction Judgment and remand the matter to the Court of Appeal to decide the CBC's motion in accordance with these reasons (*Supreme Court Act*, s. 46.1).

[97] The second appeal from the 2018 Publication Ban Judgment itself presents a procedural complication. As I mentioned above, the CBC sought and was granted leave not only from the dismissal of its motion for reconsideration, but also directly from the publication ban. This is plain from the leave judgment and the parties specifically argued both appeals before this Court. That appeal raises a single remaining issue concerning the legality of the publication ban as an exception to the open court principle.

[98] In light of my conclusion that the Court of Appeal did have jurisdiction to hear the CBC's motion, I would not decide the issues raised in the appeal from the 2018 Publication Ban Judgment before the Court of Appeal has decided the motion for reconsideration. I note that appellate courts in similar circumstances have generally insisted that recourse be sought at the original court before hearing an appeal (see, e.g., *Secure 2013 Group Inc. v. Tiger Calcium Services Inc.*, 2017 ABCA 316, 58 Alta. L.R. (6th) 209, at paras. 54-55; *GEA Refrigeration*, at para. 184). Similarly, in this case, it is not in the interests of justice to consider the appeal from the 2018 Publication Ban Judgment before the CBC's motion is decided, given this appeal could be rendered moot as a consequence of that proceeding. We are accordingly not in a useful or informed position to dismiss or allow the second appeal.

[95] Dans les circonstances, la valeur du raccourcissement de cette période d'incertitude ne l'emporte pas sur l'importance de l'équité envers toutes les parties, laquelle est servie en veillant à ce que l'affaire soit tranchée par le décideur compétent de première instance qui dispose des observations voulues.

[96] Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi contre le jugement de 2019 sur la compétence et de renvoyer l'affaire à la Cour d'appel pour qu'elle tranche la motion de la SRC conformément aux présents motifs (*Loi sur la Cour suprême*, art. 46.1).

[97] Le second appel contre le jugement de 2018 sur l'interdiction de publication lui-même présente une complication procédurale. Comme je l'ai déjà mentionné, la SRC a sollicité et obtenu l'autorisation d'appel non seulement à l'encontre du rejet de sa motion en réexamen, mais aussi directement à l'encontre de l'interdiction de publication. Cela ressort du jugement sur autorisation d'appel, et les parties ont explicitement débattu des deux appels devant notre Cour. Cet appel soulève une seule question restante qui concerne la légalité de l'interdiction de publication en tant qu'exception au principe de la publicité des débats judiciaires.

[98] Vu ma conclusion que la Cour d'appel avait compétence pour entendre la motion de la SRC, je ne suis pas d'avis de trancher les questions soulevées dans l'appel du jugement de 2018 sur l'interdiction de publication avant que la Cour d'appel n'ait statué sur la motion en réexamen. Je signale que les tribunaux d'appel se trouvant dans des situations semblables ont généralement insisté pour que ce type de recours soit introduit au tribunal initial avant d'entendre un appel (voir, p. ex., *Secure 2013 Group Inc. c. Tiger Calcium Services Inc.*, 2017 ABCA 316, 58 Alta. L.R. (6th) 209, par. 54-55; *GEA Refrigeration*, par. 184). Pareillement, en l'espèce, il n'est pas dans l'intérêt de la justice de se pencher sur l'appel contre le jugement de 2018 sur l'interdiction de publication avant qu'il ne soit statué sur la motion de la SRC, vu que cet appel pourrait devenir théorique par suite de l'instance en question. En conséquence, nous ne sommes pas en position utile ou éclairée pour rejeter ou accueillir le second appel.

[99] Nor would it be appropriate to remand this appeal in whole to the Court of Appeal. Unlike remanding the 2019 Jurisdiction Judgment to the Court of Appeal to reconsider the publication ban following submissions from an affected party not given notice, which as I noted earlier is distinct from an appeal, returning the 2018 Publication Ban Judgment to the Court of Appeal would require it to sit in appeal of its own publication ban.

[100] It follows, in the unusual circumstances of this case, that the appeal from the 2018 Publication Ban Judgment should be adjourned *sine die* pending determination of the motion for reconsideration at the Court of Appeal (see, e.g., *Canadian Planning and Design Consultants Inc. v. Libya (State)*, 2015 ONCA 661, 340 O.A.C. 98, at para. 61). I note that if the Court of Appeal engages with the merits of the publication ban and the 2018 Publication Ban Judgment appeal is then reopened, then those reasons will be before this Court and it will benefit from them as it decides this appeal.

[101] This Court heard appeals thus both directly from a judgment and, simultaneously, from the denial of reconsideration of that same judgment. Leave was granted from both judgments here, a fact that has created the procedural difficulty, but this difficulty is not insurmountable. Appellate courts have used the *sine die* adjournment to deal with appeals identified as premature due to ongoing proceedings below which ought to be completed before the appeal is heard (*Libya*, at para. 83; *Gray v. Gray*, 2017 ONCA 100, 137 O.R. (3d) 65, at para. 33; *MK Engineering Inc. v. Assn. of Professional Engineers and Geoscientists of Alberta Appeal Board*, 2014 ABCA 58, 68 Admin. L.R. (5th) 135, at para. 22; *Aleong v. Aleong*, 2013 BCCA 299, 340 B.C.A.C. 44, at para. 47). This is more than a procedural concern here: we cannot, in my respectful view, dismiss the second appeal now without conflating the issues at stake on reconsideration of the 2019 Jurisdiction Judgment and those at play in a direct appeal of the 2018 Publication Ban Judgment.

[99] Il ne serait pas approprié non plus de renvoyer cet appel en totalité à la Cour d'appel. Contrairement au fait de renvoyer le jugement de 2019 sur la compétence à la Cour d'appel pour qu'elle réexamine l'interdiction de publication à la suite des observations d'une partie touchée qui n'en a pas été avisée — ce qui, je le répète, se distingue d'un appel —, renvoyer le jugement de 2018 sur l'interdiction de publication à la Cour d'appel l'obligerait à siéger en appel de l'interdiction de publication qu'elle a elle-même décrétée.

[100] Il s'ensuit, dans les circonstances inhabituelles de la présente affaire, que le pourvoi contre le jugement de 2018 sur l'interdiction de publication doit être ajourné *sine die* en attendant qu'il soit statué sur la motion en réexamen en Cour d'appel (voir, p. ex., *Canadian Planning and Design Consultants Inc. c. Libya (State)*, 2015 ONCA 661, 340 O.A.C. 98, par. 61). Je signale que si la Cour d'appel se penche sur le bien-fondé de l'interdiction de publication et le pourvoi contre le jugement de 2018 sur cette interdiction est ensuite rouvert, notre Cour disposera alors de ces motifs, et elle en prendra connaissance au moment de statuer sur ce pourvoi.

[101] Notre Cour a donc entendu des pourvois à la fois directement à l'encontre d'un jugement et, parallèlement, contre le refus de réexaminer ce même jugement. L'autorisation d'appel a été accordée à l'égard des deux jugements en l'espèce, un fait à l'origine de la complication procédurale, mais cette complication n'est pas insurmountable. Les cours d'appel ont utilisé l'ajournement *sine die* pour traiter des appels jugés prématurés à la suite de l'instance en cours devant la juridiction inférieure qui devrait être menée à terme avant l'audition de l'appel (*Libya*, par. 83; *Gray c. Gray*, 2017 ONCA 100, 137 O.R. (3d) 65, par. 33; *MK Engineering Inc. c. Assn. of Professional Engineers and Geoscientists of Alberta Appeal Board*, 2014 ABCA 58, 68 Admin. L.R. (5th) 135, par. 22; *Aleong c. Aleong*, 2013 BCCA 299, 340 B.C.A.C. 44, par. 47). C'est plus qu'une préoccupation d'ordre procédural en l'espèce : avec égards pour l'avis contraire, j'estime que nous ne pouvons rejeter le second pourvoi sans confondre les questions en jeu dans le réexamen du jugement de 2019 sur la compétence et celles en jeu dans un appel formé directement contre le jugement de 2018 sur l'interdiction de publication.

[102] Finally, even if it were appropriate for this Court to decide the reasonableness of the CBC's delay in bringing its motion, and even if its view was that the motion should have been dismissed on this basis, that conclusion alone would be insufficient to dismiss the appeal directly from the 2018 Publication Ban Judgment. This Court granted leave to appeal, and an extension of time to seek leave to appeal, directly from this separate judgment. I am of the respectful view that it would be inappropriate to effectively reverse these decisions or retroactively limit their scope. If this Court sought only to dispose of the reconsideration issues raised in the appeal from the 2019 Jurisdiction Judgment, it could have granted leave from that judgment alone. But it granted leave from both judgments.

[103] The CBC has not acquiesced in the 2018 Publication Ban Judgment from which it appeals directly to this Court and, with respect for other views, this second appeal has not “lost its *raison d'être*” (*Canadian Cablesystems (Ontario) Ltd. v. Consumers' Association of Canada*, [1977] 2 S.C.R. 740, at pp. 744 and 747). The question it raises is whether the publication ban should be set aside, which is an ongoing issue of live controversy between the parties, and which is distinct from the appropriateness of the reconsideration raised in the appeal from the 2019 Jurisdiction Judgment. There is no basis to say this second appeal has become moot.

[104] Unlike in the first appeal bearing on the reconsideration motion, in the direct appeal from the 2018 Publication Ban Judgment there is no preliminary issue about the delay in bringing the motion, a motion that was not even filed before this judgment was rendered. The only issue in this second appeal is the validity of the final and indefinite publication ban imposed in the 2018 Publication Ban Judgment, which requires the application of the test for discretionary limits on court openness. To resolve this issue now, this Court would have to advert to and apply this test, including, with proper submissions,

[102] Enfin, même s'il était indiqué pour notre Cour de décider du caractère raisonnable du temps qu'a pris la SRC à déposer sa motion, et même si elle estimait qu'il y avait lieu de rejeter la motion pour ce motif, cette conclusion ne suffirait pas à elle seule pour rejeter l'appel formé directement contre le jugement de 2018 sur l'interdiction de publication. Notre Cour a accordé l'autorisation d'appel, de même qu'une prorogation du délai pour solliciter l'autorisation d'appel, directement contre ce jugement distinct. Soit dit respectueusement, il serait inopportun d'infirmar dans les faits ces décisions ou d'en limiter rétroactivement la portée. Si notre Cour ne cherchait qu'à statuer sur les questions de réexamen soulevées dans l'appel du jugement de 2019 sur la compétence, j'estime qu'elle aurait accordé l'autorisation d'appel uniquement à l'encontre de ce jugement. Or, elle a accordé l'autorisation d'appel à l'égard des deux jugements.

[103] La SRC n'a pas acquiescé au jugement de 2018 sur l'interdiction de publication dont elle interjette appel directement à notre Cour et, malgré tout le respect que je dois à d'autres points de vue, ce second appel n'a pas « perdu sa raison d'être » (*Canadian Cablesystems (Ontario) Ltd. c. Association des consommateurs du Canada*, [1977] 2 R.C.S. 740, p. 744 et 747). La question que cet appel soulève est de savoir s'il y a lieu d'annuler l'interdiction de publication, un enjeu qui divise encore les parties et qui se distingue du caractère opportun du réexamen évoqué dans l'appel du jugement de 2019 sur la compétence. Il n'y a aucune raison d'affirmer que ce second appel est devenu théorique.

[104] Contrairement au premier appel portant sur la motion en réexamen, l'appel formé directement contre le jugement de 2018 sur l'interdiction de publication ne soulève pas de question préliminaire au sujet du temps pris pour présenter la motion, une motion qui n'a même pas été déposée avant que ce jugement n'ait été rendu. La seule question en litige dans ce second appel est la validité de la dernière interdiction de publication, de durée indéterminée, qui a été imposée dans le jugement de 2018 sur l'interdiction de publication, ce qui nécessite l'application du test concernant les limites discrétionnaires

the recent judgment of this Court in *Sherman*. In my respectful view, that task should not be undertaken until the motion for reconsideration is resolved by the Court of Appeal.

V. Conclusion

[105] I would allow the appeal from the 2019 Jurisdiction Judgment of the Court of Appeal, set aside that judgment, and remand the matter to that court to decide the CBC’s motion in accordance with these reasons.

[106] I would adjourn the appeal from the 2018 Publication Ban Judgment of the Court of Appeal *sine die*. I would order that if no motion for directions is filed in this Court within 30 days after the date of the judgment of the Court of Appeal deciding the matter remanded to it in accordance with these reasons, the appeal will be dismissed as abandoned.

[107] The CBC does not request costs of these appeals and I would make no order as to costs.

The following are the reasons delivered by

[108] ABELLA J. (dissenting) — These appeals involve a request by a member of the media to reconsider a publication ban after the underlying proceedings have ended. While I generally agree with Justice Kasirer’s analysis of the “notice” issues, I do not share his view that the appeal should be remanded to the Manitoba Court of Appeal for disposition.

[109] As this Court has repeatedly stressed, the media is a crucial voice in protecting and promoting the openness of courts. That is why the media’s right to challenge orders like publication bans is undisputed and why the courts have the discretion to give them

à la publicité des débats judiciaires. Pour résoudre cette question maintenant, notre Cour serait obligée de faire allusion à ce critère, ainsi qu’au récent jugement de notre Cour dans *Sherman* en disposant des observations voulues, et de les appliquer. Je suis respectueusement d’avis qu’il ne convient pas d’entreprendre cette tâche tant que la Cour d’appel n’a pas statué sur la motion en réexamen.

V. Conclusion

[105] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi contre le jugement sur la compétence rendu par la Cour d’appel en 2019, d’annuler ce jugement et de renvoyer l’affaire à ce tribunal pour qu’il tranche la motion de la SRC conformément aux présents motifs.

[106] Je suis d’avis d’ajourner *sine die* le pourvoi contre le jugement rendu par la Cour d’appel en 2018 sur l’interdiction de publication. J’ordonnerais que si aucune requête pour directives n’est déposée à notre Cour dans les 30 jours qui suivent la date du jugement de la Cour d’appel tranchant l’affaire qui lui est renvoyée conformément aux présents motifs, le pourvoi soit rejeté pour cause d’abandon.

[107] La SRC ne demande pas l’adjudication de dépens dans les présents pourvois, et je ne rendrais aucune ordonnance concernant les dépens.

Version française des motifs rendus par

[108] LA JUGE ABELLA (dissidente) — Les présents pourvois concernent une demande déposée par un représentant des médias en vue de faire réexaminer une interdiction de publication après la fin de l’instance sous-jacente. Je souscris dans l’ensemble à l’analyse du juge Kasirer concernant les points relatifs aux « avis », mais je ne suis pas d’accord avec lui pour dire que l’affaire devrait être renvoyée à la Cour d’appel du Manitoba pour décision.

[109] Comme notre Cour l’a souligné à maintes reprises, les médias jouent un rôle crucial dans la protection et la promotion de la publicité des débats judiciaires. C’est pour cette raison que le droit des médias d’attaquer des ordonnances comme les

notice of publication ban hearings. In *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, this Court clearly stated that members of the media are “third parties” and that notice remains “in the discretion of the judge to be exercised in accordance with the provincial rules of criminal procedure and the relevant case law” (p. 869).

[110] But once the underlying proceedings are over, the doctrine of *functus officio* means as a general rule that a final decision cannot be reconsidered by the court that rendered the decision. In *R. v. Adams*, [1995] 4 S.C.R. 707, Sopinka J. recognized that the application of *functus officio* is “less formalistic and more flexible” in respect of ancillary orders including publication bans (para. 29). It is therefore imperative to maintain circumscribed avenues through which the media can ask a court to reconsider a publication ban after the underlying proceedings are over.

[111] The rationales underlying the doctrine of *functus officio* show that it has a role to play in respect of publication ban orders, even when those orders are ancillary to the underlying proceedings. *Functus officio* is “commonly described as a ‘rule about finality’” (A. S. P. Wong, “Doctrine of *Functus Officio*: The Changing Face of Finality’s Old Guard” (2020), 98 *Can. Bar Rev.* 543, at p. 549, citing *Nova Scotia Government and General Employees Union v. Capital District Health Authority* (2006), 246 N.S.R. (2d) 104 (C.A.), at para. 36). As Doherty J.A. observed in *Tsaoussis (Litigation Guardian of) v. Baetz* (1998), 41 O.R. (3d) 257 (C.A.):

Finality is an important feature of our justice system, both to the parties involved in any specific litigation and on an institutional level to the community at large. For the parties, it is an economic and psychological necessity. For the community, it places some limitation on the economic burden each legal dispute imposes on the system and it gives decisions produced by the system an authority which

interdictions de publication n’est pas contesté et que les tribunaux ont le pouvoir discrétionnaire d’aviser les médias de la tenue d’audiences sur le sujet. Dans l’arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, notre Cour a affirmé sans équivoque que les représentants des médias sont des « tiers » et que la notification relève « du pouvoir discrétionnaire du juge, exercé conformément aux règles de procédure provinciales en matière criminelle et à la jurisprudence pertinente » (p. 869).

[110] Cependant, au terme de l’instance sous-jacente, la règle du *functus officio* fait en sorte qu’une décision définitive ne peut pas, en général, être ré-examinée par le tribunal qui l’a rendue. Dans l’arrêt *R. c. Adams*, [1995] 4 R.C.S. 707, le juge Sopinka a reconnu que l’application de la règle du *functus officio* « est moins formaliste et plus souple » en ce qui concerne les ordonnances accessoires, y compris les interdictions de publication (par. 29). Il est donc impératif de maintenir des voies circonscrites par lesquelles les médias peuvent demander à un tribunal de réexaminer une interdiction de publication après la fin de l’instance sous-jacente.

[111] Les considérations qui sous-tendent la règle du *functus officio* montrent que la règle a un rôle à jouer relativement aux ordonnances de non-publication, même lorsque celles-ci sont accessoires à l’instance sous-jacente. La règle du *functus officio* est [TRADUCTION] « souvent décrite comme une “règle sur le caractère définitif d’une décision” » (A. S. P. Wong, « Doctrine of *Functus Officio* : The Changing Face of Finality’s Old Guard » (2020), 98 *R. du B. can.* 543, p. 549, citant *Nova Scotia Government and General Employees Union c. Capital District Health Authority* (2006), 246 N.S.R. (2d) 104 (C.A.), par. 36). Comme l’a fait remarquer le juge Doherty dans l’arrêt *Tsaoussis (Litigation Guardian of) c. Baetz* (1998), 41 O.R. (3d) 257 (C.A.) :

[TRADUCTION] Le caractère définitif d’une décision est une caractéristique importante de notre système de justice, à la fois pour les parties au litige et, au chapitre institutionnel, pour la collectivité en général. Pour les parties, il est nécessaire sur le plan économique et psychologique. Pour la collectivité, il limite en quelque sorte le fardeau économique qu’impose chaque litige au système et confère

they could not hope to have if they were subject to constant reassessment and variation

The parties and the community require that there be a definite and discernible end to legal disputes. There must be a point at which the parties can proceed on the basis that the matter has been decided and their respective rights and obligations have been finally determined. Without a discernible end point, the parties cannot get on with the rest of their lives secure in the knowledge that the issue has finally been determined, but must suffer the considerable economic and psychological burden of indeterminate proceedings in which their respective rights and obligations are revisited and reviewed as circumstances change. [pp. 264-65]

[112] Finality is important, in part, because it provides a stable basis for an appeal (*Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, [2003] 3 S.C.R. 3, at para. 79). But finality is also important because it provides economic and psychological security to parties who are dragged into the justice system, including those impacted by publication ban decisions.

[113] It has been settled since *Adams* that publication ban orders, which are ancillary to the underlying proceedings, “can be varied or revoked if the circumstances that were present at the time the order was made have materially changed” (para. 30; *R. v. Henry* (2012), 327 B.C.A.C. 190, at para. 11; *British Columbia v. BCTF* (2015), 75 B.C.L.R. (5th) 257 (C.A.), at para. 22). The change must “relate to a matter that justified the making of the order in the first place” and the moving party must act “at the earliest opportunity” after the change in circumstances occurs (*Adams*, at para. 30, citing *R. v. Khela*, [1995] 4 S.C.R. 201, at pp. 210-11). I agree with the majority that a material change in circumstances cannot be established in this case.

[114] In the absence of a material change, trial and appellate courts have recognized that the media are “affected by” orders relating to court openness, meaning that they can generally apply for

aux décisions rendues par le système l’autorité qu’elles ne pourraient espérer détenir si elles étaient assujetties à une réévaluation et à une variation constantes. . .

Les parties et la collectivité ont besoin que les litiges aient un caractère définitif et discernable. Les parties doivent pouvoir, à un certain point, savoir que la question a été tranchée et que leurs droits et obligations respectifs ont fait l’objet d’une décision définitive. En l’absence d’une telle issue discernable, les parties ne peuvent pas avoir la certitude que la question a été tranchée définitivement; elles doivent supporter le fardeau économique et psychologique considérable d’instances de durée indéterminée où leurs droits et obligations respectifs sont réexaminés au fur et à mesure que les circonstances changent. [p. 264-265]

[112] Le caractère définitif d’une décision est important, d’une part, parce qu’il fournit une assise stable pour l’appel (*Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 79). Il est aussi important, d’autre part, parce qu’il constitue une garantie économique et psychologique pour les parties qui sont entraînées malgré elles dans le système de justice, notamment pour celles qui sont touchées par des décisions en matière de non-publication.

[113] Il est établi depuis l’arrêt *Adams* que les ordonnances de non-publication, qui sont accessoires à l’instance sous-jacente, « peu[vent] être modifiée[s] ou annulée[s] s’il y a eu changement important des circonstances qui existaient au moment où elle[s] [ont] été rendue[s] » (par. 30; *R. c. Henry* (2012), 327 B.C.A.C. 190, par. 11; *British Columbia c. BCTF* (2015), 75 B.C.L.R. (5th) 257 (C.A.), par. 22). Le changement doit « se rapporter à une question qui a justifié, au départ, la délivrance de l’ordonnance » et le requérant doit agir « à la première occasion » après le changement de circonstances (*Adams*, par. 30, citant *R. c. Khela*, [1995] 4 R.C.S. 201, p. 210-211). Je suis d’accord avec les juges majoritaires pour dire qu’aucun changement important de circonstances ne peut être établi en l’espèce.

[114] En l’absence d’un changement important de circonstances, les cours de première instance et les cours d’appel ont reconnu que les médias sont « touchés » par les ordonnances qui ont trait à la

reconsideration when such an order is issued without notice (see e.g. *Hollinger Inc. v. The Ravelston Corp.* (2008), 89 O.R. (3d) 721 (C.A.), at para. 43, and cases cited therein). As Justice Kasirer confirms, this approach applies if the media can show that their submissions are made with “due dispatch” and “prompt action”, could make a material difference to the outcome and that the nature of those submissions was not originally considered by the court that issued the ban. The courts have discretion to decide whether it is in the interests of justice to reopen a publication ban under such circumstances.

[115] These two avenues for after-the-fact media challenges to publication bans reflect the fact that the media is indispensable to court openness. But the applicable tests also take the concept of finality seriously. At a certain point, the parties are entitled to move on with their lives and to be protected from the psychological and financial costs of being dragged back into the justice system when a case is over.

[116] That is why reconsideration of a publication ban must be sought in a timely manner, and why a publication ban should not generally be reconsidered after the main proceedings have ended unless there is a sound basis for believing the media’s application is in the public interest and could reasonably lead to a different result. It is a balancing exercise, not a hierarchical grid, between the interests underlying finality and the interests in support of the open court principle.

[117] In balancing these principles, and with great respect, I come to a different conclusion from the majority on whether to remand the matter to the Manitoba Court of Appeal.

publicité des débats judiciaires, ce qui signifie qu’ils peuvent généralement demander le réexamen de ces ordonnances lorsqu’elles sont délivrées sans avis (voir, p. ex., *Hollinger Inc. c. The Ravelston Corp.* (2008), 89 O.R. (3d) 721 (C.A.), par. 43, et les décisions qui y sont citées). Comme le confirme le juge Kasirer, cette approche s’applique si les médias peuvent démontrer que leurs observations sont présentées « avec célérité », qu’elles pourraient avoir une incidence importante sur le résultat et que la nature de leurs observations n’a pas été examinée au départ par le tribunal qui a imposé l’interdiction de publication. Dans ces circonstances, les tribunaux ont le pouvoir discrétionnaire de décider s’il est dans l’intérêt de la justice de réexaminer une interdiction de publication.

[115] Les deux voies par lesquelles les médias peuvent contester une interdiction de publication après coup témoignent du fait que les médias sont indispensables à la publicité des débats judiciaires. Néanmoins, les critères applicables accordent aussi beaucoup d’importance au concept de caractère définitif d’une décision. À un moment donné, il faut que les parties puissent tourner la page et être à l’abri des préjudices psychologiques et financiers associés au fait d’être entraînées de nouveau malgré elles dans le système de justice lorsqu’une affaire est close.

[116] Voilà pourquoi il faut demander le réexamen d’une interdiction de publication en temps opportun et pourquoi les tribunaux ne devraient généralement pas réexaminer une interdiction de publication après la fin de l’instance principale, sauf s’il existe une raison valable de croire que la demande formulée par un représentant des médias sert l’intérêt public et qu’elle pourrait raisonnablement amener le tribunal à rendre une décision différente. Il s’agit d’un exercice de pondération, sans barème préétabli, entre les intérêts qui sous-tendent le caractère définitif d’une décision et les intérêts liés au principe de la publicité des débats judiciaires.

[117] En soupesant les principes susmentionnés, et avec égards, j’arrive à une conclusion différente de celle des juges majoritaires quant au renvoi de l’affaire à la Cour d’appel du Manitoba.

[118] As noted, the CBC is unable to establish a material change in circumstances under *Adams*. As a result, the only basis on which it could move for reconsideration once the proceedings are over is by showing that the publication ban was issued without notice, that its submissions could make a material difference to the outcome, and that it moved for reconsideration in a timely manner. None of these conditions has been met in this case.

[119] To start, the CBC's argument that the publication ban was issued without notice is difficult to accept in the circumstances. At the hearing before the Manitoba Court of Appeal, counsel for the CBC candidly admitted that the CBC was reporting on the Ostrowski case throughout the course of the proceedings. And before this Court, counsel confirmed that the CBC had a representative in the courtroom when the publication ban was originally ordered on May 28, 2018. At no point in the intervening period between the original publication ban order and its continuation in the Court of Appeal's reasons of November 27, 2018 did the CBC attempt to assert its interests.

[120] In any event, it is not clear to me what further "notice" would be required in such circumstances. Courts do not issue formal invitations to their hearings — the courtroom is, and should be, open to all, including and especially the media. If the media is present in the courtroom when a publication ban is issued, it follows that it knows of its existence. That is what notice is supposed to be for.

[121] Nor has the CBC discharged its burden of showing that its proposed submissions could make a material difference in the outcome. It is well-established that courts issuing publication bans are expected to consider the importance of the open court principle, even in the absence of a media representative making submissions (*R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, at para. 38). There is no reason to assume that did not happen in this case. The CBC does

[118] Comme je l'ai souligné précédemment, la SRC ne peut établir en l'espèce qu'un changement important de circonstances s'est produit au sens de l'arrêt *Adams*. Par conséquent, la SRC ne peut demander un réexamen après la fin de l'instance que si elle démontre que l'interdiction de publication a été prononcée sans avis, que ses observations peuvent avoir une incidence importante sur le résultat et qu'elle a déposé la motion en réexamen en temps opportun. En l'espèce, aucune de ces conditions n'est remplie.

[119] Tout d'abord, l'argument de la SRC selon lequel la cour a prononcé l'interdiction de publication sans avis est difficile à accepter dans les circonstances. Lors de l'audience devant la Cour d'appel du Manitoba, les avocats de la SRC ont admis candidement que la SRC avait couvert l'affaire Ostrowski tout au long de l'instance. En outre, devant notre Cour, ils ont confirmé que la SRC avait un représentant dans la salle d'audience lors du prononcé de l'interdiction de publication le 28 mai 2018. La SRC n'a tenté de faire valoir ses intérêts à aucun moment depuis le prononcé de l'ordonnance de non-publication initiale jusqu'à la reconduction de l'ordonnance dans les motifs du jugement que la Cour d'appel a rendus le 27 novembre 2018.

[120] Quoi qu'il en soit, je ne vois pas très bien quel autre « avis » aurait été requis dans les circonstances. Les tribunaux n'envoient pas d'invitations officielles à leurs audiences — les salles d'audience sont, et devraient être, accessibles à tous, y compris et surtout aux médias. Si les médias sont présents dans la salle d'audience lorsqu'une interdiction de publication est prononcée, il s'ensuit qu'ils en connaissent l'existence. Or, il s'agit là du résultat qu'on cherche à atteindre lorsqu'on transmet un avis.

[121] La SRC ne s'est pas non plus acquittée de son fardeau de démontrer que ses observations envisagées pourraient avoir une incidence importante sur le résultat. Il est bien établi que les tribunaux qui prononcent des interdictions de publication sont censés tenir compte de l'importance du principe de la publicité des débats judiciaires, même lorsqu'aucun représentant des médias ne présente d'arguments à ce sujet (*R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, par. 38). Il

not propose to advance a new or unique position or to introduce evidence of which the Court of Appeal was unaware. It simply wishes to argue that the open court principle outweighs the interests supporting the ban, a foundational submission that the Court of Appeal is presumed to have already considered. Furthermore, having heard the CBC's complete argument on the propriety of the publication ban in this Court, I find it difficult to see how its submissions could make a difference in the result.

[122] More significantly, and relatedly, the CBC's failure to act in a timely manner is, in my respectful view, determinative. The publication ban was originally ordered on May 28, 2018 and was continued by the Court of Appeal in its reasons for judgment on November 27, 2018. But the CBC did not file its motion for reconsideration until May 10, 2019, over five months later. And it did not file its application to this Court for leave to appeal the original publication ban until January 27, 2020, nearly two years after the ban was first imposed and well over a year after it was continued in the November 2018 reasons for judgment.

[123] The CBC has suggested that its delay can be explained in part by its confusion as to the nature and scope of the publication ban, resulting in communications with the Court of Appeal to determine precisely what was prohibited.

[124] The correspondence between the CBC and the Manitoba Court of Appeal following the November 27, 2018 reasons demonstrates clearly that this is hardly a robust explanation. On November 30, 2018, the Executive Assistant to the Chief Justices and the Chief Judge informed the CBC that the media was entitled to review the material "protected by the ban on publication", but that the actual fresh evidence affidavit was not available for review because the fresh evidence was not filed with the court after the motion was dismissed. After some further clarifying correspondence, by January 21, 2019, the Registrar had spelled out in unmistakable terms

n'y a aucune raison de supposer que cela ne s'est pas produit en l'espèce. La SRC ne propose pas de faire valoir une position nouvelle ou unique ni de produire des éléments de preuve dont la Cour d'appel ignorait l'existence. Elle souhaite simplement plaider que le principe de la publicité des débats judiciaires l'emporte sur les intérêts qui appuient l'interdiction, une observation de base que la Cour d'appel est présumée avoir déjà examinée. De plus, ayant entendu l'exposé complet des arguments de la SRC sur le bien-fondé de l'interdiction de publication devant notre Cour, j'ai de la difficulté à voir comment ses observations pourraient mener à un résultat différent.

[122] Qui plus est, et dans le même ordre d'idées, le fait que la SRC a tardé à agir me paraît déterminant. La Cour d'appel a prononcé l'interdiction de publication le 28 mai 2018 et l'a reconduite dans ses motifs de jugement rendus le 27 novembre 2018. Or, la SRC n'a pas déposé sa motion en réexamen avant le 10 mai 2019, soit plus de cinq mois plus tard. De surcroît, elle n'a pas déposé sa demande d'autorisation d'appel de l'interdiction de publication initiale devant notre Cour avant le 27 janvier 2020, soit près de deux ans après l'imposition de l'interdiction et bien plus d'un an après sa reconduction dans les motifs du jugement rendus en novembre 2018.

[123] La SRC a laissé entendre que le délai s'expliquait en partie par le fait qu'il régnait une certaine confusion quant à la nature et à la portée de l'interdiction de publication, qui a fait en sorte que la SRC a communiqué avec la Cour d'appel pour obtenir des précisions sur ce qui était interdit.

[124] Les communications entre la SRC et la Cour d'appel du Manitoba qui ont eu lieu après le prononcé des motifs du 27 novembre 2018 démontrent sans équivoque que cette explication est loin d'être solide. Le 30 novembre 2018, l'adjointe exécutive des juges en chef a avisé la SRC que les médias avaient le droit d'examiner les documents [TRADUCTION] « protégés par l'interdiction de publication », mais que la nouvelle preuve par affidavit ne pouvait être examinée étant donné qu'elle n'avait pas été déposée auprès de la cour après le rejet de la motion. Le 21 janvier 2019, à la suite d'autres communications visant à éclaircir davantage la question, le registraire

that “at the outset of proceedings on May 28, 2018, the [c]ourt imposed a publication ban preventing the publication of any of the details of the proposed fresh evidence. In paragraph 82 of the reasons, the [c]ourt ordered that the publication ban would remain in effect”. Yet it took the CBC another four months to file a motion for reconsideration.

[125] It is useful to put this delay in perspective by reference to some timelines provided for by Manitoba’s *Court of Appeal Rules*, Man. Reg. 555/88R. If a party to an appeal before the court of appeal wants a rehearing before the certificate of decision has been entered, they presumptively have 30 days to file a motion after reasons for judgment are delivered (r. 46.2(4)). If the appellant fails to file its factum in accordance with the timelines set out in the rules, its appeal will be deemed to be abandoned 30 days after the appellant receives notice from the registrar (r. 33(4)). These timelines are a legislated acknowledgement of the importance of timeliness in the resolution of court cases.

[126] An unexplained six month delay for filing a motion to have a publication ban reconsidered — even a four month delay, on a charitable interpretation of when the CBC had full and complete notice of the nature of the publication ban — is inordinate. Under no definition of “due dispatch” or “prompt action” can this delay be justified, particularly since the CBC was fully aware — and present — from the outset of the proceedings, the ban, and the ban’s continuation. On the other hand, the delay in this case causes acute harm to the family, who reasonably expected that their privacy and dignity interests were protected by the finality of the proceedings and that they would not be brought back to court. I see no reason to prolong their distress further.

[127] While it is true that the CBC’s appeal directly from the publication ban technically came to this

a énoncé en des termes sans équivoque que, [TRA-DUCTION] « au début de l’instance le 28 mai 2018, la [c]our a imposé une interdiction de publication pour empêcher la publication de tout renseignement relatif aux nouveaux éléments de preuve proposés. Au paragraphe 82 de ses motifs, la [c]our a ordonné que l’interdiction de publication demeure en vigueur. » Pourtant, il a fallu à la SRC encore quatre mois pour déposer une motion en réexamen.

[125] Pour mettre le temps écoulé en perspective, il est utile de se référer à certains délais prévus dans les *Règles de la Cour d’appel*, Règl. du Man. 555/88R, du Manitoba. Si une partie à un appel devant la Cour d’appel souhaite obtenir une nouvelle audience avant que le certificat de décision n’ait été inscrit, elle est présumée disposer de 30 jours après le prononcé des motifs de jugement pour présenter sa motion (par. 46.2(4)). Si l’appelant ne dépose pas son mémoire dans les délais prévus par les règles, son appel sera réputé abandonné 30 jours après l’avis que l’appelant reçoit du registraire (par. 33(4)). Les délais prévus constituent une reconnaissance législative de l’importance d’agir en temps opportun dans le règlement des affaires portées devant les tribunaux.

[126] Un délai non expliqué de six mois pour déposer une motion en réexamen d’une interdiction de publication est excessif. Même un délai de quatre mois, calculé de façon indulgente à partir du moment où la SRC connaissait parfaitement et entièrement la nature de l’interdiction de publication, serait excessif. Peu importe la définition que l’on donne au concept d’agir « avec célérité », le délai ne saurait être justifié, en particulier parce que la SRC était parfaitement au courant du prononcé de l’interdiction et de sa reconduction — et qu’elle était présente — dès le début de l’instance. De plus, le délai en l’espèce cause un préjudice grave aux membres de la famille, qui s’attendaient raisonnablement à ce que leur droit au respect de la vie privée et à la dignité soit protégé par le caractère définitif de l’instance et à ce qu’ils n’aient pas à comparaître de nouveau devant le tribunal. Je ne vois aucune raison de prolonger leur détresse.

[127] Même s’il est vrai que le pourvoi formé par la SRC directement à l’encontre de l’interdiction de

Court on a separate application for leave to appeal from that of its appeal from the Court of Appeal's refusal to reconsider that ban, both appeals ultimately seek the same relief: that the publication ban be set aside. In the unique context of this case, it makes sense that leave was granted concurrently in both appeals since the ultimate relief sought in both was the same. Moreover, the legal question of when the media can reopen a publication ban order after the case is over raised an issue of "public importance" requiring this Court's guidance (*Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40(1)).

[128] Since, in my respectful view, the CBC was not entitled to reconsideration of the publication ban as a result of its undue and unjustified delay, it would be incongruous to conclude that the impact of the CBC's delay is different for its appeal from the ban itself and for the appeal from the reconsideration motion. The reconsideration appeal is an appeal of that same ban. It would be the triumph of procedural formalism over substantive reality to pretend that these are two different and unrelated legal issues requiring separate conceptual consideration. An undue delay in one is an undue delay in the other.

[129] As for how to deal with this Court's recently released decision in *Sherman Estate v. Donovan*, [2021] 2 S.C.R. 521, it was open to the majority to seek further submissions based on the *Sherman* reasons. This would have been more consistent with this Court's usual practice in dealing with appeals of publication bans, namely, deciding them in our Court rather than remanding them back to the issuing court. It would also have curtailed the prolongation of these proceedings. In any event, with respect, I do not see anything in the *Sherman* decision of such determinative relevance to the CBC's interests that it justified ignoring the unjustified delay.

publication est arrivé techniquement devant notre Cour dans une demande d'autorisation d'appel distincte de celle concernant le refus de la Cour d'appel de réexaminer cette interdiction, les deux pourvois visent en fin de compte à obtenir la même réparation : la levée de l'interdiction de publication. Dans le contexte unique de l'espèce, il est logique que l'autorisation des deux pourvois ait été accordée simultanément puisque la réparation demandée en fin de compte était la même. De plus, la question juridique de savoir dans quels cas les médias peuvent faire réexaminer une ordonnance de non-publication après la conclusion d'une instance revêt une « importance [. . .] pour le public » qui nécessite des directives de la part de notre Cour (*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, par. 40(1)).

[128] Étant donné qu'à mon humble avis, la SRC n'avait pas droit au réexamen de l'interdiction de publication en raison de son retard indu et injustifié à présenter sa motion, il serait incongru de conclure que l'incidence du retard de la SRC est différente dans le pourvoi qu'elle a formé contre l'interdiction en tant que telle que dans le pourvoi à l'encontre du rejet de la motion en réexamen. Le pourvoi en réexamen de l'interdiction porte sur cette même interdiction. Prétendre qu'il s'agit de deux questions juridiques distinctes qui requièrent un examen conceptuel distinct reviendrait à faire triompher le formalisme procédural sur la réalité pratique. Un retard indu dans un cas est un retard indu dans l'autre cas.

[129] Quant au traitement qu'il convient de réserver à la récente décision de notre Cour dans l'affaire *Sherman (Succession) c. Donovan*, [2021] 2 R.C.S. 521, il était loisible aux juges majoritaires de chercher à obtenir des éclaircissements compte tenu des motifs énoncés dans cet arrêt. Cette façon de faire se serait mieux accordée avec la pratique habituelle de notre Cour lorsqu'elle entend des pourvois relatifs à une interdiction de publication, soit de statuer sur ceux-ci plutôt que de les renvoyer à la cour qui a imposé l'interdiction. Cela aurait aussi limité la prolongation de l'instance. De toute manière, avec égards, je ne vois rien dans l'arrêt *Sherman* qui soit pertinent pour les intérêts de la SRC au point de justifier que l'on passe outre au délai injustifié.

[130] This Court retains a narrow discretion to refuse to entertain the merits of an appeal even after leave has been granted. As Laskin C.J. wrote for the Court in *Canadian Cablesystems (Ontario) Ltd. v. Consumers' Association of Canada*, [1977] 2 S.C.R. 740,

Although it will be rarely that this Court, leave having been granted, will thereafter refuse to entertain the appeal on the merits, its power to do so is undoubted . . . [p. 742]

This is one of those rare cases where the interests of justice warrant a refusal to entertain the appeal on the merits.

[131] I would dismiss the appeals.

Appeal from motion to set aside publication ban allowed. Appeal from publication ban adjourned sine die. ABELLA J. dissenting.

Solicitors for the appellant: MLT Aikins, Winnipeg; Canadian Broadcasting Corporation, Toronto.

Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitors for the respondent Stanley Frank Ostrowski: Strosberg Sasso Sutts, Windsor; Lockyer Campbell Posner, Toronto.

Solicitors for the respondents B.B., spouse of the late M.D., and J.D., in his capacity as executor of the estate of the late M.D.: Robert Gosman Law Corporation, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

[130] Notre Cour conserve un pouvoir discrétionnaire limité qui lui permet de refuser d'examiner le pourvoi au fond, même après que l'autorisation eut été accordée. Comme l'a écrit le juge en chef Laskin au nom de la Cour dans l'arrêt *Canadian Cablesystems (Ontario) Ltd. c. Association des consommateurs du Canada*, [1977] 2 R.C.S. 740 :

Une fois l'autorisation accordée, cette Cour ne refusera que rarement d'examiner le pourvoi au fond, mais elle a indubitablement le pouvoir de le faire . . . [p. 742]

Il s'agit de l'un des rares cas où les intérêts de la justice justifient le refus d'examiner le pourvoi au fond.

[131] Je suis d'avis de rejeter les pourvois.

Pourvoi formé contre la motion en annulation de l'interdiction de publication accueilli. Pourvoi formé contre l'interdiction de publication ajourné sine die. La juge ABELLA est dissidente.

Procureurs de l'appelante : MLT Aikins, Winnipeg; Société Radio-Canada, Toronto.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureurs de l'intimé Stanley Frank Ostrowski : Strosberg Sasso Sutts, Windsor; Lockyer Campbell Posner, Toronto.

Procureurs des intimés B.B., conjointe de feu M.D., et J.D., en sa qualité d'exécuteur de la succession de feu M.D. : Robert Gosman Law Corporation, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Solicitors for the interveners the Centre for Free Expression, the Canadian Association of Journalists, News Media Canada and the Communications Workers of America/Canada: Stockwoods, Toronto.

Solicitors for the intervener Ad Idem/Canadian Media Lawyers Association: Reynolds Mirth Richards & Farmer, Edmonton.

Procureurs des intervenants Centre for Free Expression, l'Association canadienne des journalistes, Médias d'Info Canada et Guilde canadienne des médias/Syndicat des communications d'Amérique/Canada : Stockwoods, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Ad Idem/Canadian Media Lawyers Association : Reynolds Mirth Richards & Farmer, Edmonton.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-rs@scc-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rs@scc-csc.ca