

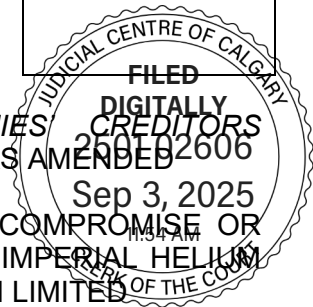
COURT FILE NUMBER 2501-02606

COURT COURT OF KING'S BENCH OF ALBERTA

JUDICIAL CENTRE CALGARY

IN THE MATTER OF THE COMPANIES
ARRANGEMENT ACT, R.S.C. 1985, c.C-36, AS AMENDED
AND IN THE MATTER OF THE PLAN OF COMPROMISE OR
ARRANGEMENT OF ROYAL HELIUM LTD., IMPERIAL HELIUM
CORP., AND ROYAL HELIUM EXPLORATION LIMITED

Clerk's Stamp



DOCUMENT

BOOK OF AUTHORITIES

ADDRESS FOR SERVICE
AND CONTACT
INFORMATION OF PARTY
FILING THIS DOCUMENT

Burnet, Duckworth & Palmer LLP

2400, 525 – 8th Avenue SW

Calgary, AB T2P 1G1

Lawyers: David LeGeyt / Ryan Algar / Jessica MacKinnon

Phone Number: (403) 260-0210 / 0126 / 0112

Fax Number: (403) 260-0332

Email Address: dlegeyt@bdplaw.com

ralgar@bdplaw.com

jmackinnon@bdplaw.com

File No.: 64793-8

**APPLICATION BEFORE THE HONOURABLE JUSTICE B.B. JOHNSTON
TO BE HELD ON SEPTEMBER 11, 2025 AT 11:00 A.M. ON THE COMMERCIAL LIST**

TABLE OF AUTHORITIES

TAB	DOCUMENT
1.	<i>Companies' Creditors Arrangement Act</i> , RSC 1985, c C-36
2.	<i>Century Services Inc v Canada (Attorney General)</i> , 2010 SCC 60
3.	<i>Alberta Rules of Court</i> , AR 124/2010
4.	<i>Sherman Estate v Donovan</i> , 2021 SCC 25
5.	<i>Long Run Exploration Ltd (Re)</i> , 2024 ABKB 710

TAB 1



CANADA

CONSOLIDATION

CODIFICATION

Companies' Creditors Arrangement Act

Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies

R.S.C., 1985, c. C-36

L.R.C. (1985), ch. C-36

Current to August 21, 2025

À jour au 21 août 2025

Last amended on December 12, 2024

Dernière modification le 12 décembre 2024

Relief reasonably necessary

11.001 An order made under section 11 at the same time as an order made under subsection 11.02(1) or during the period referred to in an order made under that subsection with respect to an initial application shall be limited to relief that is reasonably necessary for the continued operations of the debtor company in the ordinary course of business during that period.

2019, c. 29, s. 136.

Rights of suppliers

11.01 No order made under section 11 or 11.02 has the effect of

- (a) prohibiting a person from requiring immediate payment for goods, services, use of leased or licensed property or other valuable consideration provided after the order is made; or
- (b) requiring the further advance of money or credit.

2005, c. 47, s. 128.

Stays, etc. — initial application

11.02 (1) A court may, on an initial application in respect of a debtor company, make an order on any terms that it may impose, effective for the period that the court considers necessary, which period may not be more than 10 days,

- (a) staying, until otherwise ordered by the court, all proceedings taken or that might be taken in respect of the company under the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up and Restructuring Act*;
- (b) restraining, until otherwise ordered by the court, further proceedings in any action, suit or proceeding against the company; and
- (c) prohibiting, until otherwise ordered by the court, the commencement of any action, suit or proceeding against the company.

Stays, etc. — other than initial application

(2) A court may, on an application in respect of a debtor company other than an initial application, make an order, on any terms that it may impose,

- (a) staying, until otherwise ordered by the court, for any period that the court considers necessary, all proceedings taken or that might be taken in respect of the company under an Act referred to in paragraph (1)(a);

Redressements normalement nécessaires

11.001 L'ordonnance rendue au titre de l'article 11 en même temps que l'ordonnance rendue au titre du paragraphe 11.02(1) ou pendant la période visée dans l'ordonnance rendue au titre de ce paragraphe relativement à la demande initiale n'est limitée qu'aux redressements normalement nécessaires à la continuation de l'exploitation de la compagnie débitrice dans le cours ordinaire de ses affaires durant cette période.

2019, ch. 29, art. 136.

Droits des fournisseurs

11.01 L'ordonnance prévue aux articles 11 ou 11.02 ne peut avoir pour effet :

- a) d'empêcher une personne d'exiger que soient effectués sans délai les paiements relatifs à la fourniture de marchandises ou de services, à l'utilisation de biens loués ou faisant l'objet d'une licence ou à la fourniture de toute autre contrepartie de valeur qui ont lieu après l'ordonnance;
- b) d'exiger le versement de nouvelles avances de fonds ou de nouveaux crédits.

2005, ch. 47, art. 128.

Suspension : demande initiale

11.02 (1) Dans le cas d'une demande initiale visant une compagnie débitrice, le tribunal peut, par ordonnance, aux conditions qu'il peut imposer et pour la période maximale de dix jours qu'il estime nécessaire :

- a) suspendre, jusqu'à nouvel ordre, toute procédure qui est ou pourrait être intentée contre la compagnie sous le régime de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*;
- b) surseoir, jusqu'à nouvel ordre, à la continuation de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie;
- c) interdire, jusqu'à nouvel ordre, l'introduction de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie.

Suspension : demandes autres qu'initiales

(2) Dans le cas d'une demande, autre qu'une demande initiale, visant une compagnie débitrice, le tribunal peut, par ordonnance, aux conditions qu'il peut imposer et pour la période qu'il estime nécessaire :

- a) suspendre, jusqu'à nouvel ordre, toute procédure qui est ou pourrait être intentée contre la compagnie sous le régime des lois mentionnées à l'alinéa (1)a);

(b) restraining, until otherwise ordered by the court, further proceedings in any action, suit or proceeding against the company; and

(c) prohibiting, until otherwise ordered by the court, the commencement of any action, suit or proceeding against the company.

Burden of proof on application

(3) The court shall not make the order unless

(a) the applicant satisfies the court that circumstances exist that make the order appropriate; and

(b) in the case of an order under subsection (2), the applicant also satisfies the court that the applicant has acted, and is acting, in good faith and with due diligence.

Restriction

(4) Orders doing anything referred to in subsection (1) or (2) may only be made under this section.

2005, c. 47, s. 128, 2007, c. 36, s. 62(F); 2019, c. 29, s. 137.

Stays — directors

11.03 (1) An order made under section 11.02 may provide that no person may commence or continue any action against a director of the company on any claim against directors that arose before the commencement of proceedings under this Act and that relates to obligations of the company if directors are under any law liable in their capacity as directors for the payment of those obligations, until a compromise or an arrangement in respect of the company, if one is filed, is sanctioned by the court or is refused by the creditors or the court.

Exception

(2) Subsection (1) does not apply in respect of an action against a director on a guarantee given by the director relating to the company's obligations or an action seeking injunctive relief against a director in relation to the company.

Persons deemed to be directors

(3) If all of the directors have resigned or have been removed by the shareholders without replacement, any person who manages or supervises the management of the business and affairs of the company is deemed to be a director for the purposes of this section.

2005, c. 47, s. 128.

b) surseoir, jusqu'à nouvel ordre, à la continuation de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie;

c) interdire, jusqu'à nouvel ordre, l'introduction de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie.

Preuve

(3) Le tribunal ne rend l'ordonnance que si :

a) le demandeur le convainc que la mesure est opportune;

b) dans le cas de l'ordonnance visée au paragraphe (2), le demandeur le convainc en outre qu'il a agi et continue d'agir de bonne foi et avec la diligence voulue.

Restriction

(4) L'ordonnance qui prévoit l'une des mesures visées aux paragraphes (1) ou (2) ne peut être rendue qu'en vertu du présent article.

2005, ch. 47, art. 128, 2007, ch. 36, art. 62(F); 2019, ch. 29, art. 137.

Suspension — administrateurs

11.03 (1) L'ordonnance prévue à l'article 11.02 peut interdire l'introduction ou la continuation de toute action contre les administrateurs de la compagnie relativement aux réclamations qui sont antérieures aux procédures intentées sous le régime de la présente loi et visent des obligations de la compagnie dont ils peuvent être, es qualités, responsables en droit, tant que la transaction ou l'arrangement, le cas échéant, n'a pas été homologué par le tribunal ou rejeté par celui-ci ou les créanciers.

Exclusion

(2) La suspension ne s'applique toutefois pas aux actions contre les administrateurs pour les garanties qu'ils ont données relativement aux obligations de la compagnie ni aux mesures de la nature d'une injonction les visant au sujet de celle-ci.

Présomption : administrateurs

(3) Si tous les administrateurs démissionnent ou sont destitués par les actionnaires sans être remplacés, quiconque dirige ou supervise les activités commerciales et les affaires internes de la compagnie est réputé un administrateur pour l'application du présent article.

2005, ch. 47, art. 128.

TAB 2

Century Services Inc. Appellant

v.

**Attorney General of Canada on behalf
of Her Majesty The Queen in Right of
Canada** Respondent

INDEXED AS: CENTURY SERVICES INC. v. CANADA
(ATTORNEY GENERAL)

2010 SCC 60

File No.: 33239.

2010: May 11; 2010: December 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Bankruptcy and Insolvency — Priorities — Crown applying on eve of bankruptcy of debtor company to have GST monies held in trust paid to Receiver General of Canada — Whether deemed trust in favour of Crown under Excise Tax Act prevails over provisions of Companies' Creditors Arrangement Act purporting to nullify deemed trusts in favour of Crown — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, s. 18.3(1) — Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 222(3).

Bankruptcy and insolvency — Procedure — Whether chambers judge had authority to make order partially lifting stay of proceedings to allow debtor company to make assignment in bankruptcy and to stay Crown's right to enforce GST deemed trust — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, s. 11.

Trusts — Express trusts — GST collected but unremitted to Crown — Judge ordering that GST be held by Monitor in trust account — Whether segregation of Crown's GST claim in Monitor's account created an express trust in favour of Crown.

Century Services Inc. Appelante

c.

**Procureur général du Canada au
nom de Sa Majesté la Reine du chef du
Canada** Intimé

RÉPERTORIÉ : CENTURY SERVICES INC. c. CANADA
(PROCUREUR GÉNÉRAL)

2010 CSC 60

N° du greffe : 33239.

2010 : 11 mai; 2010 : 16 décembre.

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

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

Faillite et insolvabilité — Priorités — Demande de la Couronne à la société débitrice, la veille de la faillite, sollicitant le paiement au receveur général du Canada de la somme détenue en fiducie au titre de la TPS — La fiducie réputée établie par la Loi sur la taxe d'accise en faveur de la Couronne l'emporte-t-elle sur les dispositions de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies censées neutraliser ces fiducies? — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 18.3(1) — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 222(3).

Faillite et insolvabilité — Procédure — Le juge en cabinet avait-il le pouvoir, d'une part, de lever partiellement la suspension des procédures pour permettre à la compagnie débitrice de faire cession de ses biens en faillite et, d'autre part, de suspendre les mesures prises par la Couronne pour bénéficier de la fiducie réputée se rapportant à la TPS? — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 11.

Fiducies — Fiducies expresses — Somme perçue au titre de la TPS mais non versée à la Couronne — Ordonnance du juge exigeant que la TPS soit détenue par le contrôleur dans son compte en fiducie — Le fait que le montant de TPS réclamé par la Couronne soit détenu séparément dans le compte du contrôleur a-t-il créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne?

The debtor company commenced proceedings under the *Companies' Creditors Arrangement Act* ("CCAA"), obtaining a stay of proceedings to allow it time to reorganize its financial affairs. One of the debtor company's outstanding debts at the commencement of the reorganization was an amount of unremitted Goods and Services Tax ("GST") payable to the Crown. Section 222(3) of the *Excise Tax Act* ("ETA") created a deemed trust over unremitted GST, which operated despite any other enactment of Canada except the *Bankruptcy and Insolvency Act* ("BIA"). However, s. 18.3(1) of the CCAA provided that any statutory deemed trusts in favour of the Crown did not operate under the CCAA, subject to certain exceptions, none of which mentioned GST.

Pursuant to an order of the CCAA chambers judge, a payment not exceeding \$5 million was approved to the debtor company's major secured creditor, Century Services. However, the chambers judge also ordered the debtor company to hold back and segregate in the Monitor's trust account an amount equal to the unremitted GST pending the outcome of the reorganization. On concluding that reorganization was not possible, the debtor company sought leave of the court to partially lift the stay of proceedings so it could make an assignment in bankruptcy under the BIA. The Crown moved for immediate payment of unremitted GST to the Receiver General. The chambers judge denied the Crown's motion, and allowed the assignment in bankruptcy. The Court of Appeal allowed the appeal on two grounds. First, it reasoned that once reorganization efforts had failed, the chambers judge was bound under the priority scheme provided by the ETA to allow payment of unremitted GST to the Crown and had no discretion under s. 11 of the CCAA to continue the stay against the Crown's claim. Second, the Court of Appeal concluded that by ordering the GST funds segregated in the Monitor's trust account, the chambers judge had created an express trust in favour of the Crown.

Held (Abella J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: The apparent conflict between s. 222(3) of the ETA and s. 18.3(1) of the CCAA can be resolved through an interpretation that properly recognizes the history of the CCAA, its function amidst the body of insolvency legislation enacted by

La compagnie débitrice a déposé une requête sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (« LACC ») et obtenu la suspension des procédures dans le but de réorganiser ses finances. Parmi les dettes de la compagnie débitrice au début de la réorganisation figurait une somme due à la Couronne, mais non versée encore, au titre de la taxe sur les produits et services (« TPS »). Le paragraphe 222(3) de la *Loi sur la taxe d'accise* (« LTA ») crée une fiducie réputée visant les sommes de TPS non versées. Cette fiducie s'applique malgré tout autre texte législatif du Canada sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (« LFI »). Toutefois, le par. 18.3(1) de la LACC prévoyait que, sous réserve de certaines exceptions, dont aucune ne concerne la TPS, les fiducies réputées établies par la loi en faveur de la Couronne ne s'appliquaient pas sous son régime.

Le juge siégeant en son cabinet chargé d'appliquer la LACC a approuvé par ordonnance le paiement à Century Services, le principal créancier garanti du débiteur, d'une somme d'au plus cinq millions de dollars. Toutefois, il a également ordonné à la compagnie débitrice de retenir un montant égal aux sommes de TPS non versées et de le déposer séparément dans le compte en fiducie du contrôleur jusqu'à l'issue de la réorganisation. Ayant conclu que la réorganisation n'était pas possible, la compagnie débitrice a demandé au tribunal de lever partiellement la suspension des procédures pour lui permettre de faire cession de ses biens en vertu de la LFI. La Couronne a demandé par requête le paiement immédiat au receveur général des sommes de TPS non versées. Le juge siégeant en son cabinet a rejeté la requête de la Couronne et autorisé la cession des biens. La Cour d'appel a accueilli l'appel pour deux raisons. Premièrement, elle a conclu que, après que la tentative de réorganisation eut échoué, le juge siégeant en son cabinet était tenu, en raison de la priorité établie par la LTA, d'autoriser le paiement à la Couronne des sommes qui lui étaient dues au titre de la TPS, et que l'art. 11 de la LACC ne lui conférait pas le pouvoir discrétionnaire de maintenir la suspension de la demande de la Couronne. Deuxièmement, la Cour d'appel a conclu que, en ordonnant la ségrégation des sommes de TPS dans le compte en fiducie du contrôleur, le juge siégeant en son cabinet avait créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne.

Arrêt (la juge Abella est dissidente) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Charron, Rothstein et Cromwell : Il est possible de résoudre le conflit apparent entre le par. 222(3) de la LTA et le par. 18.3(1) de la LACC en les interprétant d'une manière qui tienne compte adéquatement de l'historique de la LACC, de la fonction de cette loi parmi

Parliament and the principles for interpreting the *CCAA* that have been recognized in the jurisprudence. The history of the *CCAA* distinguishes it from the *BIA* because although these statutes share the same remedial purpose of avoiding the social and economic costs of liquidating a debtor's assets, the *CCAA* offers more flexibility and greater judicial discretion than the rules-based mechanism under the *BIA*, making the former more responsive to complex reorganizations. Because the *CCAA* is silent on what happens if reorganization fails, the *BIA* scheme of liquidation and distribution necessarily provides the backdrop against which creditors assess their priority in the event of bankruptcy. The contemporary thrust of legislative reform has been towards harmonizing aspects of insolvency law common to the *CCAA* and the *BIA*, and one of its important features has been a cutback in Crown priorities. Accordingly, the *CCAA* and the *BIA* both contain provisions nullifying statutory deemed trusts in favour of the Crown, and both contain explicit exceptions exempting source deductions deemed trusts from this general rule. Meanwhile, both Acts are harmonious in treating other Crown claims as unsecured. No such clear and express language exists in those Acts carving out an exception for GST claims.

When faced with the apparent conflict between s. 222(3) of the *ETA* and s. 18.3(1) of the *CCAA*, courts have been inclined to follow *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* and resolve the conflict in favour of the *ETA*. *Ottawa Senators* should not be followed. Rather, the *CCAA* provides the rule. Section 222(3) of the *ETA* evinces no explicit intention of Parliament to repeal *CCAA* s. 18.3. Where Parliament has sought to protect certain Crown claims through statutory deemed trusts and intended that these deemed trusts continue in insolvency, it has legislated so expressly and elaborately. Meanwhile, there is no express statutory basis for concluding that GST claims enjoy a preferred treatment under the *CCAA* or the *BIA*. The internal logic of the *CCAA* appears to subject a GST deemed trust to the waiver by Parliament of its priority. A strange asymmetry would result if differing treatments of GST deemed trusts under the *CCAA* and the *BIA* were found to exist, as this would encourage statute shopping, undermine the *CCAA*'s remedial purpose and invite the very social ills that the statute was enacted to avert. The later in time enactment of the more general s. 222(3) of the *ETA* does not require application of the doctrine of implied repeal to the earlier and more specific s. 18.3(1) of the *CCAA* in the circumstances of this case. In any event,

l'ensemble des textes adoptés par le législateur fédéral en matière d'insolvabilité et des principes d'interprétation de la *LACC* reconnus dans la jurisprudence. L'historique de la *LACC* permet de distinguer celle-ci de la *LFI* en ce sens que, bien que ces lois aient pour objet d'éviter les coûts sociaux et économiques liés à la liquidation de l'actif d'un débiteur, la *LACC* offre plus de souplesse et accorde aux tribunaux un plus grand pouvoir discrétionnaire que le mécanisme fondé sur des règles de la *LFI*, ce qui rend la première mieux adaptée aux réorganisations complexes. Comme la *LACC* ne précise pas ce qui arrive en cas d'échec de la réorganisation, la *LFI* fournit la norme de référence permettant aux créanciers de savoir s'ils ont la priorité dans l'éventualité d'une faillite. Le travail de réforme législative contemporain a principalement visé à harmoniser les aspects communs à la *LACC* et à la *LFI*, et l'une des caractéristiques importantes de cette réforme est la réduction des priorités dont jouit la Couronne. Par conséquent, la *LACC* et la *LFI* contiennent toutes deux des dispositions neutralisant les fiducies réputées établies en vertu d'un texte législatif en faveur de la Couronne, et toutes deux comportent des exceptions expresses à la règle générale qui concernent les fiducies réputées établies à l'égard des retenues à la source. Par ailleurs, ces deux lois considèrent les autres créances de la Couronne comme des créances non garanties. Ces lois ne comportent pas de dispositions claires et expresses établissant une exception pour les créances relatives à la TPS.

Les tribunaux appelés à résoudre le conflit apparent entre le par. 222(3) de la *LTA* et le par. 18.3(1) de la *LACC* ont été enclins à appliquer l'arrêt *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* et à trancher en faveur de la *LTA*. Il ne convient pas de suivre cet arrêt. C'est plutôt la *LACC* qui énonce la règle applicable. Le paragraphe 222(3) de la *LTA* ne révèle aucune intention explicite du législateur d'abroger l'art. 18.3 de la *LACC*. Quand le législateur a voulu protéger certaines créances de la Couronne au moyen de fiducies réputées et voulu que celles-ci continuent de s'appliquer en situation d'insolvabilité, il l'a indiqué de manière explicite et minutieuse. En revanche, il n'existe aucune disposition législative expresse permettant de conclure que les créances relatives à la TPS bénéficient d'un traitement préférentiel sous le régime de la *LACC* ou de la *LFI*. Il semble découler de la logique interne de la *LACC* que la fiducie réputée établie à l'égard de la TPS est visée par la renonciation du législateur à sa priorité. Il y aurait une étrange asymétrie si l'on concluait que la *LACC* ne traite pas les fiducies réputées à l'égard de la TPS de la même manière que la *LFI*, car cela encouragerait les créanciers à recourir à la loi la plus favorable, minerait les objectifs réparateurs de la *LACC* et risquerait de favoriser les maux sociaux que l'édiction de ce texte législatif visait justement à

recent amendments to the *CCAA* in 2005 resulted in s. 18.3 of the Act being renumbered and reformulated, making it the later in time provision. This confirms that Parliament's intent with respect to GST deemed trusts is to be found in the *CCAA*. The conflict between the *ETA* and the *CCAA* is more apparent than real.

The exercise of judicial discretion has allowed the *CCAA* to adapt and evolve to meet contemporary business and social needs. As reorganizations become increasingly complex, *CCAA* courts have been called upon to innovate. In determining their jurisdiction to sanction measures in a *CCAA* proceeding, courts should first interpret the provisions of the *CCAA* before turning to their inherent or equitable jurisdiction. Noteworthy in this regard is the expansive interpretation the language of the *CCAA* is capable of supporting. The general language of the *CCAA* should not be read as being restricted by the availability of more specific orders. The requirements of appropriateness, good faith and due diligence are baseline considerations that a court should always bear in mind when exercising *CCAA* authority. The question is whether the order will usefully further efforts to avoid the social and economic losses resulting from liquidation of an insolvent company, which extends to both the purpose of the order and the means it employs. Here, the chambers judge's order staying the Crown's GST claim was in furtherance of the *CCAA*'s objectives because it blunted the impulse of creditors to interfere in an orderly liquidation and fostered a harmonious transition from the *CCAA* to the *BIA*, meeting the objective of a single proceeding that is common to both statutes. The transition from the *CCAA* to the *BIA* may require the partial lifting of a stay of proceedings under the *CCAA* to allow commencement of *BIA* proceedings, but no gap exists between the two statutes because they operate in tandem and creditors in both cases look to the *BIA* scheme of distribution to foreshadow how they will fare if the reorganization is unsuccessful. The breadth of the court's discretion under the *CCAA* is sufficient to construct a bridge to liquidation under the *BIA*. Hence, the chambers judge's order was authorized.

prévenir. Le paragraphe 222(3) de la *LTA*, une disposition plus récente et générale que le par. 18.3(1) de la *LACC*, n'exige pas l'application de la doctrine de l'abrogation implicite dans les circonstances de la présente affaire. En tout état de cause, par suite des modifications apportées récemment à la *LACC* en 2005, l'art. 18.3 a été reformulé et renuméroté, ce qui en fait la disposition postérieure. Cette constatation confirme que c'est dans la *LACC* qu'est exprimée l'intention du législateur en ce qui a trait aux fiducies réputées visant la TPS. Le conflit entre la *LTA* et la *LACC* est plus apparent que réel.

L'exercice par les tribunaux de leurs pouvoirs discrétionnaires a fait en sorte que la *LACC* a évolué et s'est adaptée aux besoins commerciaux et sociaux contemporains. Comme les réorganisations deviennent très complexes, les tribunaux chargés d'appliquer la *LACC* ont été appelés à innover. Les tribunaux doivent d'abord interpréter les dispositions de la *LACC* avant d'invoquer leur compétence inhérente ou leur compétence en equity pour établir leur pouvoir de prendre des mesures dans le cadre d'une procédure fondée sur la *LACC*. À cet égard, il faut souligner que le texte de la *LACC* peut être interprété très largement. La possibilité pour le tribunal de rendre des ordonnances plus spécifiques n'a pas pour effet de restreindre la portée des termes généraux utilisés dans la *LACC*. L'opportunité, la bonne foi et la diligence sont des considérations de base que le tribunal devrait toujours garder à l'esprit lorsqu'il exerce les pouvoirs conférés par la *LACC*. Il s'agit de savoir si l'ordonnance contribuera utilement à la réalisation de l'objectif d'éviter les pertes sociales et économiques résultant de la liquidation d'une compagnie insolvable. Ce critère s'applique non seulement à l'objectif de l'ordonnance, mais aussi aux moyens utilisés. En l'espèce, l'ordonnance du juge siégeant en son cabinet qui a suspendu l'exécution des mesures de recouvrement de la Couronne à l'égard de la TPS contribuait à la réalisation des objectifs de la *LACC*, parce qu'elle avait pour effet de dissuader les créanciers d'entraver une liquidation ordonnée et favorisait une transition harmonieuse entre la *LACC* et la *LFI*, répondant ainsi à l'objectif — commun aux deux lois — qui consiste à avoir une seule procédure. Le passage de la *LACC* à la *LFI* peut exiger la levée partielle d'une suspension de procédures ordonnée en vertu de la *LACC*, de façon à permettre l'engagement des procédures fondées sur la *LFI*, mais il n'existe aucun hiatus entre ces lois étant donné qu'elles s'appliquent de concert et que, dans les deux cas, les créanciers examinent le régime de distribution prévu par la *LFI* pour connaître la situation qui serait la leur en cas d'échec de la réorganisation. L'ampleur du pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par la *LACC* suffit pour établir une passerelle vers une liquidation opérée sous le régime de la *LFI*. Le juge siégeant en son cabinet pouvait donc rendre l'ordonnance qu'il a prononcée.

No express trust was created by the chambers judge's order in this case because there is no certainty of object inferable from his order. Creation of an express trust requires certainty of intention, subject matter and object. At the time the chambers judge accepted the proposal to segregate the monies in the Monitor's trust account there was no certainty that the Crown would be the beneficiary, or object, of the trust because exactly who might take the money in the final result was in doubt. In any event, no dispute over the money would even arise under the interpretation of s. 18.3(1) of the CCAA established above, because the Crown's deemed trust priority over GST claims would be lost under the CCAA and the Crown would rank as an unsecured creditor for this amount.

Per Fish J.: The GST monies collected by the debtor are not subject to a deemed trust or priority in favour of the Crown. In recent years, Parliament has given detailed consideration to the Canadian insolvency scheme but has declined to amend the provisions at issue in this case, a deliberate exercise of legislative discretion. On the other hand, in upholding deemed trusts created by the *ETA* notwithstanding insolvency proceedings, courts have been unduly protective of Crown interests which Parliament itself has chosen to subordinate to competing prioritized claims. In the context of the Canadian insolvency regime, deemed trusts exist only where there is a statutory provision creating the trust and a CCAA or BIA provision explicitly confirming its effective operation. The *Income Tax Act*, the *Canada Pension Plan* and the *Employment Insurance Act* all contain deemed trust provisions that are strikingly similar to that in s. 222 of the *ETA* but they are all also confirmed in s. 37 of the CCAA and in s. 67(3) of the BIA in clear and unmistakable terms. The same is not true of the deemed trust created under the *ETA*. Although Parliament created a deemed trust in favour of the Crown to hold unremitted GST monies, and although it purports to maintain this trust notwithstanding any contrary federal or provincial legislation, it did not confirm the continued operation of the trust in either the BIA or the CCAA, reflecting Parliament's intention to allow the deemed trust to lapse with the commencement of insolvency proceedings.

L'ordonnance du juge siégeant en son cabinet n'a pas créé de fiducie expresse en l'espèce, car aucune certitude d'objet ne peut être inférée de cette ordonnance. La création d'une fiducie expresse exige la présence de certitudes quant à l'intention, à la matière et à l'objet. Lorsque le juge siégeant en son cabinet a accepté la proposition que les sommes soient détenues séparément dans le compte en fiducie du contrôleur, il n'existait aucune certitude que la Couronne serait le bénéficiaire ou l'objet de la fiducie, car il y avait un doute quant à la question de savoir qui au juste pourrait toucher l'argent en fin de compte. De toute façon, suivant l'interprétation du par. 18.3(1) de la LACC dérogée précédemment, aucun différend ne saurait même exister quant à l'argent, étant donné que la priorité accordée aux réclamations de la Couronne fondées sur la fiducie réputée visant la TPS ne s'applique pas sous le régime de la LACC et que la Couronne est reléguée au rang de créancier non garanti à l'égard des sommes en question.

Le juge Fish : Les sommes perçues par la débitrice au titre de la TPS ne font l'objet d'aucune fiducie réputée ou priorité en faveur de la Couronne. Au cours des dernières années, le législateur fédéral a procédé à un examen approfondi du régime canadien d'insolvabilité, mais il a refusé de modifier les dispositions qui sont en cause dans la présente affaire. Il s'agit d'un exercice délibéré du pouvoir discrétionnaire de légiférer. Par contre, en maintenant, malgré l'existence des procédures d'insolvabilité, la validité de fiducies réputées créées en vertu de la LTA, les tribunaux ont protégé indûment des droits de la Couronne que le Parlement avait lui-même choisi de subordonner à d'autres créances prioritaires. Dans le contexte du régime canadien d'insolvabilité, il existe une fiducie réputée uniquement lorsqu'une disposition législative crée la fiducie et qu'une disposition de la LACC ou de la LFI confirme explicitement l'existence de la fiducie. La *Loi de l'impôt sur le revenu*, le *Régime de pensions du Canada* et la *Loi sur l'assurance-emploi* renferment toutes des dispositions relatives aux fiducies réputées dont le libellé offre une ressemblance frappante avec celui de l'art. 222 de la LTA, mais le maintien en vigueur des fiducies réputées créées en vertu de ces dispositions est confirmé à l'art. 37 de la LACC et au par. 67(3) de la LFI en termes clairs et explicites. La situation est différente dans le cas de la fiducie réputée créée par la LTA. Bien que le législateur crée en faveur de la Couronne une fiducie réputée dans laquelle seront conservées les sommes recueillies au titre de la TPS mais non encore versées, et bien qu'il prétende maintenir cette fiducie en vigueur malgré les dispositions à l'effet contraire de toute loi fédérale ou provinciale, il ne confirme pas l'existence de la fiducie dans la LFI ou la LACC, ce qui témoigne de son intention de laisser la fiducie réputée devenir caduque au moment de l'introduction de la procédure d'insolvabilité.

Per Abella J. (dissenting): Section 222(3) of the *ETA* gives priority during *CCAA* proceedings to the Crown's deemed trust in unremitted GST. This provision unequivocally defines its boundaries in the clearest possible terms and excludes only the *BIA* from its legislative grasp. The language used reflects a clear legislative intention that s. 222(3) would prevail if in conflict with any other law except the *BIA*. This is borne out by the fact that following the enactment of s. 222(3), amendments to the *CCAA* were introduced, and despite requests from various constituencies, s. 18.3(1) was not amended to make the priorities in the *CCAA* consistent with those in the *BIA*. This indicates a deliberate legislative choice to protect the deemed trust in s. 222(3) from the reach of s. 18.3(1) of the *CCAA*.

The application of other principles of interpretation reinforces this conclusion. An earlier, specific provision may be overruled by a subsequent general statute if the legislature indicates, through its language, an intention that the general provision prevails. Section 222(3) achieves this through the use of language stating that it prevails despite any law of Canada, of a province, or "any other law" other than the *BIA*. Section 18.3(1) of the *CCAA* is thereby rendered inoperative for purposes of s. 222(3). By operation of s. 44(f) of the *Interpretation Act*, the transformation of s. 18.3(1) into s. 37(1) after the enactment of s. 222(3) of the *ETA* has no effect on the interpretive queue, and s. 222(3) of the *ETA* remains the "later in time" provision. This means that the deemed trust provision in s. 222(3) of the *ETA* takes precedence over s. 18.3(1) during *CCAA* proceedings. While s. 11 gives a court discretion to make orders notwithstanding the *BIA* and the *Winding-up Act*, that discretion is not liberated from the operation of any other federal statute. Any exercise of discretion is therefore circumscribed by whatever limits are imposed by statutes other than the *BIA* and the *Winding-up Act*. That includes the *ETA*. The chambers judge in this case was, therefore, required to respect the priority regime set out in s. 222(3) of the *ETA*. Neither s. 18.3(1) nor s. 11 of the *CCAA* gave him the authority to ignore it. He could not, as a result, deny the Crown's request for payment of the GST funds during the *CCAA* proceedings.

La juge Abella (dissidente) : Le paragraphe 222(3) de la *LTA* donne préséance, dans le cadre d'une procédure relevant de la *LACC*, à la fiducie réputée qui est établie en faveur de la Couronne à l'égard de la TPS non versée. Cette disposition définit sans équivoque sa portée dans des termes on ne peut plus clairs et n'exclut que la *LFI* de son champ d'application. Les termes employés révèlent l'intention claire du législateur que le par. 222(3) l'emporte en cas de conflit avec toute autre loi sauf la *LFI*. Cette opinion est confortée par le fait que des modifications ont été apportées à la *LACC* après l'édiction du par. 222(3) et que, malgré les demandes répétées de divers groupes, le par. 18.3(1) n'a pas été modifié pour aligner l'ordre de priorité établi par la *LACC* sur celui de la *LFI*. Cela indique que le législateur a délibérément choisi de soustraire la fiducie réputée établie au par. 222(3) à l'application du par. 18.3(1) de la *LACC*.

Cette conclusion est renforcée par l'application d'autres principes d'interprétation. Une disposition spécifique antérieure peut être supplantée par une loi ultérieure de portée générale si le législateur, par les mots qu'il a employés, a exprimé l'intention de faire prévaloir la loi générale. Le paragraphe 222(3) accomplit cela de par son libellé, lequel précise que la disposition l'emporte sur tout autre texte législatif fédéral, tout texte législatif provincial ou « toute autre règle de droit » sauf la *LFI*. Le paragraphe 18.3(1) de la *LACC* est par conséquent rendu inopérant aux fins d'application du par. 222(3). Selon l'alinéa 44f) de la *Loi d'interprétation*, le fait que le par. 18.3(1) soit devenu le par. 37(1) à la suite de l'édiction du par. 222(3) de la *LTA* n'a aucune incidence sur l'ordre chronologique du point de vue de l'interprétation, et le par. 222(3) de la *LTA* demeure la disposition « postérieure ». Il s'ensuit que la disposition créant une fiducie réputée que l'on trouve au par. 222(3) de la *LTA* l'emporte sur le par. 18.3(1) dans le cadre d'une procédure fondée sur la *LACC*. Bien que l'art. 11 accorde au tribunal le pouvoir discrétionnaire de rendre des ordonnances malgré les dispositions de la *LFI* et de la *Loi sur les liquidations*, ce pouvoir discrétionnaire demeure assujéti à l'application de toute autre loi fédérale. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est donc circonscrit par les limites imposées par toute loi autre que la *LFI* et la *Loi sur les liquidations*, et donc par la *LTA*. En l'espèce, le juge siégeant en son cabinet était donc tenu de respecter le régime de priorités établi au par. 222(3) de la *LTA*. Ni le par. 18.3(1), ni l'art. 11 de la *LACC* ne l'autorisaient à en faire abstraction. Par conséquent, il ne pouvait pas refuser la demande présentée par la Couronne en vue de se faire payer la TPS dans le cadre de la procédure introduite en vertu de la *LACC*.

Cases Cited

By Deschamps J.

Overruled: *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737; **distinguished:** *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862; **referred to:** *Reference re Companies' Creditors Arrangement Act*, [1934] S.C.R. 659; *Quebec (Revenu) v. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 SCC 49, [2009] 3 S.C.R. 286; *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Gauntlet Energy Corp., Re*, 2003 ABQB 894, 30 Alta. L.R. (4th) 192; *Komunik Corp. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6332 (CanLII), leave to appeal granted, 2010 QCCA 183 (CanLII); *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720; *Solid Resources Ltd., Re* (2002), 40 C.B.R. (4th) 219; *Metcalf & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513; *Dylex Ltd., Re* (1995), 31 C.B.R. (3d) 106; *Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282; *Chef Ready Foods Ltd. v. Hongkong Bank of Can.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84; *Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 19 B.C.A.C. 134; *Canadian Airlines Corp., Re*, 2000 ABQB 442, 84 Alta. L.R. (3d) 9; *Air Canada, Re* (2003), 42 C.B.R. (4th) 173; *Air Canada, Re*, 2003 CanLII 49366; *Canadian Red Cross Society/Société Canadienne de la Croix Rouge, Re* (2000), 19 C.B.R. (4th) 158; *Skydome Corp., Re* (1998), 16 C.B.R. (4th) 118; *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re*, 2000 BCCA 146, 135 B.C.A.C. 96, aff'g (1999), 12 C.B.R. (4th) 144; *Skeena Cellulose Inc., Re*, 2003 BCCA 344, 13 B.C.L.R. (4th) 236; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5; *Philip's Manufacturing Ltd., Re* (1992), 9 C.B.R. (3d) 25; *Ivaco Inc. (Re)* (2006), 83 O.R. (3d) 108.

By Fish J.

Referred to: *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737.

By Abella J. (dissenting)

Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re) (2005), 73 O.R. (3d) 737; *Tele-Mobile Co. v. Ontario*, 2008 SCC 12, [2008] 1 S.C.R. 305; *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862; *Attorney General of Canada v. Public Service Staff Relations Board*, [1977] 2 F.C. 663.

Statutes and Regulations Cited

An Act to establish the Wage Earner Protection Program Act, to amend the Bankruptcy and Insolvency Act and

Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

Arrêt renversé : *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737; **distinction d'avec l'arrêt :** *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; **arrêts mentionnés :** *Reference re Companies' Creditors Arrangement Act*, [1934] R.C.S. 659; *Québec (Revenu) c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 CSC 49, [2009] 3 R.C.S. 286; *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35; *Gauntlet Energy Corp., Re*, 2003 ABQB 894, 30 Alta. L.R. (4th) 192; *Komunik Corp. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6332 (CanLII), autorisation d'appel accordée, 2010 QCCA 183 (CanLII); *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *First Vancouver Finance c. M.N.R.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720; *Solid Resources Ltd., Re* (2002), 40 C.B.R. (4th) 219; *Metcalf & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513; *Dylex Ltd., Re* (1995), 31 C.B.R. (3d) 106; *Elan Corp. c. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282; *Chef Ready Foods Ltd. v. Hongkong Bank of Can.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84; *Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 19 B.C.A.C. 134; *Canadian Airlines Corp., Re*, 2000 ABQB 442, 84 Alta. L.R. (3d) 9; *Air Canada, Re* (2003), 42 C.B.R. (4th) 173; *Air Canada, Re*, 2003 CanLII 49366; *Canadian Red Cross Society/Société Canadienne de la Croix Rouge, Re* (2000), 19 C.B.R. (4th) 158; *Skydome Corp., Re* (1998), 16 C.B.R. (4th) 118; *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re*, 2000 BCCA 146, 135 B.C.A.C. 96, conf. (1999), 12 C.B.R. (4th) 144; *Skeena Cellulose Inc., Re*, 2003 BCCA 344, 13 B.C.L.R. (4th) 236; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5; *Philip's Manufacturing Ltd., Re* (1992), 9 C.B.R. (3d) 25; *Ivaco Inc. (Re)* (2006), 83 O.R. (3d) 108.

Citée par le juge Fish

Arrêt mentionné : *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737.

Citée par la juge Abella (dissidente)

Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re) (2005), 73 O.R. (3d) 737; *Société Télé-Mobile Co. c. Ontario*, 2008 CSC 12, [2008] 1 R.C.S. 305; *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; *Procureur général du Canada c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1977] 2 C.F. 663.

Lois et règlements cités

Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 2 « texte », 44f).

- the Companies' Creditors Arrangement Act and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 2005, c. 47, ss. 69, 128, 131.
- Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 67, 81.1, 81.2, 86 [am. 1992, c. 27, s. 39; 1997, c. 12, s. 73; 2000, c. 30, s. 148; 2005, c. 47, s. 69; 2009, c. 33, s. 25].
- Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8, s. 23.
- Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 11 [am. 2005, c. 47, s. 128], 11.02 [ad. *idem*], 11.09 [ad. *idem*], 11.4 [am. *idem*], 18.3 [ad. 1997, c. 12, s. 125; rep. 2005, c. 47, s. 131], 18.4 [*idem*], 20 [am. 2005, c. 47, s. 131], 21 [ad. 1997, c. 12, s. 126; am. 2005, c. 47, s. 131], s. 37 [ad. 2005, c. 47, s. 131].
- Companies' Creditors Arrangement Act, 1933*, S.C. 1932-33, c. 36 [am. 1952-53, c. 3].
- Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, ss. 86(2), (2.1).
- Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 222.
- Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 227(4), (4.1).
- Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, ss. 2 "enactment", 44(f).
- Winding-up Act*, R.S.C. 1985, c. W-11.
- Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 227(4), (4.1).
- Loi édictant la Loi sur le Programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d'autres lois en conséquence*, L.C. 2005, ch. 47, art. 69, 128, 131.
- Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, art. 86(2), (2.1).
- Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 67, 81.1, 81.2, 86 [mod. 1992, ch. 27, art. 39; 1997, ch. 12, art. 73; 2000, ch. 30, art. 148; 2005, ch. 47, art. 69; 2009, ch. 33, art. 25].
- Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 222.
- Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 11 [mod. 2005, ch. 47, art. 128], 11.02 [aj. *idem*], 11.09 [aj. *idem*], 11.4 [mod. *idem*], 18.3 [aj. 1997, ch. 12, art. 125; abr. 2005, ch. 47, art. 131], 18.4 [*idem*], 20 [mod. 2005, ch. 47, art. 131], 21 [aj. 1997, ch. 12, art. 126; mod. 2005, ch. 47, art. 131], 37 [aj. 2005, ch. 47, art. 131].
- Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, S.C. 1932-33, ch. 36 [mod. 1952-53, ch. 3].
- Loi sur les liquidations*, L.R.C. 1985, ch. W-11.
- Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8, art. 23.

Authors Cited

- Canada. Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency. *Proposed Bankruptcy Act Amendments: Report of the Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1986.
- Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Consumer and Corporate Affairs and Government Operations*, Issue No. 15, 3rd Sess., 34th Parl., October 3, 1991, 15:15.
- Canada. Industry Canada. Marketplace Framework Policy Branch. *Report on the Operation and Administration of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act*. Ottawa: Corporate and Insolvency Law Policy Directorate, 2002.
- Canada. Senate. *Debates of the Senate*, vol. 142, 1st Sess., 38th Parl., November 23, 2005, p. 2147.
- Canada. Senate. Standing Committee on Banking, Trade and Commerce. *Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act*. Ottawa: Senate of Canada, 2003.
- Canada. Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation. *Bankruptcy and Insolvency: Report of*

Doctrine citée

- Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Consommateurs et Sociétés et Administration gouvernementale*, fascicule n^o 15, 3^e sess., 34^e lég., 3 octobre 1991, 15:15.
- Canada. Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité. *Propositions d'amendements à la Loi sur la faillite : Rapport du Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité*. Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1986.
- Canada. Comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité. *Faillite et Insolvabilité : Rapport du comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité*. Ottawa : Information Canada, 1970.
- Canada. Industrie Canada. Direction générale des politiques-cadres du marché. *Rapport sur la mise en application de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Ottawa : Direction des politiques du droit corporatif et de l'insolvabilité, 2002.
- Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des banques et du commerce. *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrange-*

- the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation*. Ottawa: Information Canada, 1970.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
- Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd. Montréal: Thémis, 2009.
- Edwards, Stanley E. "Reorganizations Under the Companies' Creditors Arrangement Act" (1947), 25 *Can. Bar Rev.* 587.
- Insolvency Institute of Canada and Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals. Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform. *Report* (2002) (online: <http://www.cairp.ca/publications/submissions-to-government/law-reform/index.php>).
- Insolvency Institute of Canada and Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals. Legislative Review Task Force (Commercial). *Report on the Commercial Provisions of Bill C-55* (2005).
- Jackson, Georgina R. and Janis Sarra. "Selecting the Judicial Tool to get the Job Done: An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters", in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2007*. Toronto: Thomson Carswell, 2008, 41.
- Jones, Richard B. "The Evolution of Canadian Restructuring: Challenges for the Rule of Law", in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2005*. Toronto: Thomson Carswell, 2006, 481.
- Lamer, Francis L. *Priority of Crown Claims in Insolvency*. Toronto: Carswell, 1996 (loose-leaf updated 2010, release 1).
- Morgan, Barbara K. "Should the Sovereign be Paid First? A Comparative International Analysis of the Priority for Tax Claims in Bankruptcy" (2000), 74 *Am. Bankr. L.J.* 461.
- Sarra, Janis. *Creditor Rights and the Public Interest: Restructuring Insolvent Corporations*. Toronto: University of Toronto Press, 2003.
- Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*. Toronto: Thomson Carswell, 2007.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.
- Waters, Donovan W. M., Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. *Waters' Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2005.
- Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*. Toronto: Irwin Law, 2009.
- ments avec les créanciers des compagnies*. Ottawa : 2003.
- Canada. Sénat. *Débats du Sénat*, vol. 142, 1^{re} sess., 38^e lég., 23 novembre 2005, p. 2147.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2000.
- Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd. Montréal : Thémis, 2009.
- Edwards, Stanley E. « Reorganizations Under the Companies' Creditors Arrangement Act » (1947), 25 *R. du B. can.* 587.
- Institut d'insolvabilité du Canada et Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation. Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform. *Report* (2002) (en ligne : <http://www.cairp.ca/publications/submissions-to-government/law-reform/index.php>).
- Institut d'insolvabilité du Canada et Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation. Legislative Review Task Force (Commercial). *Report on the Commercial Provisions of Bill C-55* (2005).
- Jackson, Georgina R. and Janis Sarra. « Selecting the Judicial Tool to get the Job Done : An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters », in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2007*. Toronto : Thomson Carswell, 2008, 41.
- Jones, Richard B. « The Evolution of Canadian Restructuring : Challenges for the Rule of Law », in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2005*. Toronto : Thomson Carswell, 2006, 481.
- Lamer, Francis L. *Priority of Crown Claims in Insolvency*. Toronto : Carswell, 1996 (loose-leaf updated 2010, release 1).
- Morgan, Barbara K. « Should the Sovereign be Paid First? A Comparative International Analysis of the Priority for Tax Claims in Bankruptcy » (2000), 74 *Am. Bankr. L.J.* 461.
- Sarra, Janis. *Creditor Rights and the Public Interest : Restructuring Insolvent Corporations*. Toronto : University of Toronto Press, 2003.
- Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*. Toronto : Thomson Carswell, 2007.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.
- Waters, Donovan W. M., Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. *Waters' Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. Toronto : Thomson Carswell, 2005.
- Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*. Toronto : Irwin Law, 2009.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Tysoe and Smith J.J.A.), 2009 BCCA 205, 98 B.C.L.R. (4th) 242, 270 B.C.A.C. 167, 454 W.A.C. 167, [2009] 12 W.W.R. 684, [2009] G.S.T.C. 79, [2009] B.C.J. No. 918 (QL), 2009 CarswellBC 1195, reversing a judgment of Brenner C.J.S.C., 2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221, [2008] B.C.J. No. 2611 (QL), 2008 CarswellBC 2895, dismissing a Crown application for payment of GST monies. Appeal allowed, Abella J. dissenting.

Mary I. A. Buttery, Owen J. James and Matthew J. G. Curtis, for the appellant.

Gordon Bourgard, David Jacyk and Michael J. Lema, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Charron, Rothstein and Cromwell J.J. was delivered by

[1] DESCHAMPS J. — For the first time this Court is called upon to directly interpret the provisions of the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 ("CCAA"). In that respect, two questions are raised. The first requires reconciliation of provisions of the CCAA and the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15 ("ETA"), which lower courts have held to be in conflict with one another. The second concerns the scope of a court's discretion when supervising reorganization. The relevant statutory provisions are reproduced in the Appendix. On the first question, having considered the evolution of Crown priorities in the context of insolvency and the wording of the various statutes creating Crown priorities, I conclude that it is the CCAA and not the ETA that provides the rule. On the second question, I conclude that the broad discretionary jurisdiction conferred on the supervising judge must be interpreted having regard to the remedial nature of the CCAA and insolvency legislation generally. Consequently, the court had the discretion to partially lift a stay of proceedings to allow the debtor to make an assignment under the *Bankruptcy and Insolvency*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Tysoe et Smith), 2009 BCCA 205, 98 B.C.L.R. (4th) 242, 270 B.C.A.C. 167, 454 W.A.C. 167, [2009] 12 W.W.R. 684, [2009] G.S.T.C. 79, [2009] B.C.J. No. 918 (QL), 2009 CarswellBC 1195, qui a infirmé une décision du juge en chef Brenner, 2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221, [2008] B.C.J. No. 2611 (QL), 2008 CarswellBC 2895, qui a rejeté la demande de la Couronne sollicitant le paiement de la TPS. Pourvoi accueilli, la juge Abella est dissidente.

Mary I. A. Buttery, Owen J. James et Matthew J. G. Curtis, pour l'appelante.

Gordon Bourgard, David Jacyk et Michael J. Lema, pour l'intimé.

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

[1] LA JUGE DESCHAMPS — C'est la première fois que la Cour est appelée à interpréter directement les dispositions de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« LACC »). À cet égard, deux questions sont soulevées. La première requiert la conciliation d'une disposition de la LACC et d'une disposition de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15 (« LTA »), qui, selon des juridictions inférieures, sont en conflit l'une avec l'autre. La deuxième concerne la portée du pouvoir discrétionnaire du tribunal qui surveille une réorganisation. Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites en annexe. Pour ce qui est de la première question, après avoir examiné l'évolution des priorités de la Couronne en matière d'insolvabilité et le libellé des diverses lois qui établissent ces priorités, j'arrive à la conclusion que c'est la LACC, et non la LTA, qui énonce la règle applicable. Pour ce qui est de la seconde question, je conclus qu'il faut interpréter les larges pouvoirs discrétionnaires conférés au juge en tenant compte de la nature réparatrice de la LACC et de la législation sur l'insolvabilité en général. Par conséquent, le tribunal avait le pouvoir

Act, R.S.C. 1985, c. B-3 (“*BIA*”). I would allow the appeal.

1. Facts and Decisions of the Courts Below

[2] Ted LeRoy Trucking Ltd. (“LeRoy Trucking”) commenced proceedings under the *CCAA* in the Supreme Court of British Columbia on December 13, 2007, obtaining a stay of proceedings with a view to reorganizing its financial affairs. LeRoy Trucking sold certain redundant assets as authorized by the order.

[3] Amongst the debts owed by LeRoy Trucking was an amount for Goods and Services Tax (“GST”) collected but unremitted to the Crown. The *ETA* creates a deemed trust in favour of the Crown for amounts collected in respect of GST. The deemed trust extends to any property or proceeds held by the person collecting GST and any property of that person held by a secured creditor, requiring that property to be paid to the Crown in priority to all security interests. The *ETA* provides that the deemed trust operates despite any other enactment of Canada except the *BIA*. However, the *CCAA* also provides that subject to certain exceptions, none of which mentions GST, deemed trusts in favour of the Crown do not operate under the *CCAA*. Accordingly, under the *CCAA* the Crown ranks as an unsecured creditor in respect of GST. Nonetheless, at the time LeRoy Trucking commenced *CCAA* proceedings the leading line of jurisprudence held that the *ETA* took precedence over the *CCAA* such that the Crown enjoyed priority for GST claims under the *CCAA*, even though it would have lost that same priority under the *BIA*. The *CCAA* underwent substantial amendments in 2005 in which some of the provisions at issue in this appeal were renumbered and reformulated (S.C. 2005, c. 47). However, these amendments only came into force on September 18, 2009. I will refer to the amended provisions only where relevant.

discrétionnaire de lever partiellement la suspension des procédures pour permettre au débiteur de faire cession de ses biens en vertu de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI* »). Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi.

1. Faits et décisions des juridictions inférieures

[2] Le 13 décembre 2007, Ted LeRoy Trucking Ltd. (« LeRoy Trucking ») a déposé une requête sous le régime de la *LACC* devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique et obtenu la suspension des procédures dans le but de réorganiser ses finances. L’entreprise a vendu certains éléments d’actif excédentaires, comme l’y autorisait l’ordonnance.

[3] Parmi les dettes de LeRoy Trucking figurait une somme perçue par celle-ci au titre de la taxe sur les produits et services (« TPS ») mais non versée à la Couronne. La *LTA* crée en faveur de la Couronne une fiducie réputée visant les sommes perçues au titre de la TPS. Cette fiducie réputée s’applique à tout bien ou toute recette détenue par la personne qui perçoit la TPS et à tout bien de cette personne détenu par un créancier garanti, et le produit découlant de ces biens doit être payé à la Couronne par priorité sur tout droit en garantie. Aux termes de la *LTA*, la fiducie réputée s’applique malgré tout autre texte législatif du Canada sauf la *LFI*. Cependant, la *LACC* prévoit également que, sous réserve de certaines exceptions, dont aucune ne concerne la TPS, ne s’appliquent pas sous son régime les fiducies réputées qui existent en faveur de la Couronne. Par conséquent, pour ce qui est de la TPS, la Couronne est un créancier non garanti dans le cadre de cette loi. Néanmoins, à l’époque où LeRoy Trucking a débuté ses procédures en vertu de la *LACC*, la jurisprudence dominante indiquait que la *LTA* l’emportait sur la *LACC*, la Couronne jouissant ainsi d’un droit prioritaire à l’égard des créances relatives à la TPS dans le cadre de la *LACC*, malgré le fait qu’elle aurait perdu cette priorité en vertu de la *LFI*. La *LACC* a fait l’objet de modifications substantielles en 2005, et certaines des dispositions en cause dans le présent pourvoi ont alors été renumérotées et reformulées (L.C. 2005, ch. 47). Mais ces modifications ne sont entrées en vigueur que le 18 septembre 2009. Je ne me reporterai aux dispositions modifiées que lorsqu’il sera utile de le faire.

[4] On April 29, 2008, Brenner C.J.S.C., in the context of the CCAA proceedings, approved a payment not exceeding \$5 million, the proceeds of redundant asset sales, to Century Services, the debtor's major secured creditor. LeRoy Trucking proposed to hold back an amount equal to the GST monies collected but unremitted to the Crown and place it in the Monitor's trust account until the outcome of the reorganization was known. In order to maintain the *status quo* while the success of the reorganization was uncertain, Brenner C.J.S.C. agreed to the proposal and ordered that an amount of \$305,202.30 be held by the Monitor in its trust account.

[5] On September 3, 2008, having concluded that reorganization was not possible, LeRoy Trucking sought leave to make an assignment in bankruptcy under the BIA. The Crown sought an order that the GST monies held by the Monitor be paid to the Receiver General of Canada. Brenner C.J.S.C. dismissed the latter application. Reasoning that the purpose of segregating the funds with the Monitor was "to facilitate an ultimate payment of the GST monies which were owed pre-filing, but only if a viable plan emerged", the failure of such a reorganization, followed by an assignment in bankruptcy, meant the Crown would lose priority under the BIA (2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221).

[6] The Crown's appeal was allowed by the British Columbia Court of Appeal (2009 BCCA 205, 270 B.C.A.C. 167). Tysoe J.A. for a unanimous court found two independent bases for allowing the Crown's appeal.

[7] First, the court's authority under s. 11 of the CCAA was held not to extend to staying the Crown's application for immediate payment of the GST funds subject to the deemed trust after it was clear that reorganization efforts had failed and

[4] Le 29 avril 2008, le juge en chef Brenner de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, dans le contexte des procédures intentées en vertu de la LACC, a approuvé le paiement à Century Services, le principal créancier garanti du débiteur, d'une somme d'au plus cinq millions de dollars, soit le produit de la vente d'éléments d'actif excédentaires. LeRoy Trucking a proposé de retenir un montant égal aux sommes perçues au titre de la TPS mais non versées à la Couronne et de le déposer dans le compte en fiducie du contrôleur jusqu'à ce que l'issue de la réorganisation soit connue. Afin de maintenir le statu quo, en raison du succès incertain de la réorganisation, le juge en chef Brenner a accepté la proposition et ordonné qu'une somme de 305 202,30 \$ soit détenue par le contrôleur dans son compte en fiducie.

[5] Le 3 septembre 2008, ayant conclu que la réorganisation n'était pas possible, LeRoy Trucking a demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique l'autorisation de faire cession de ses biens en vertu de la LFI. Pour sa part, la Couronne a demandé au tribunal d'ordonner le paiement au receveur général du Canada de la somme détenue par le contrôleur au titre de la TPS. Le juge en chef Brenner a rejeté cette dernière demande. Selon lui, comme la détention des fonds dans le compte en fiducie du contrôleur visait à [TRADUCTION] « faciliter le paiement final des sommes de TPS qui étaient dues avant que l'entreprise ne débute les procédures, mais seulement si un plan viable était proposé », l'impossibilité de procéder à une telle réorganisation, suivie d'une cession de biens, signifiait que la Couronne perdrait sa priorité sous le régime de la LFI (2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221).

[6] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli l'appel interjeté par la Couronne (2009 BCCA 205, 270 B.C.A.C. 167). Rédigeant l'arrêt unanime de la cour, le juge Tysoe a invoqué deux raisons distinctes pour y faire droit.

[7] Premièrement, le juge d'appel Tysoe a conclu que le pouvoir conféré au tribunal par l'art. 11 de la LACC n'autorisait pas ce dernier à rejeter la demande de la Couronne sollicitant le paiement immédiat des sommes de TPS faisant l'objet de la fiducie réputée,

that bankruptcy was inevitable. As restructuring was no longer a possibility, staying the Crown's claim to the GST funds no longer served a purpose under the CCAA and the court was bound under the priority scheme provided by the *ETA* to allow payment to the Crown. In so holding, Tysoe J.A. adopted the reasoning in *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), which found that the *ETA* deemed trust for GST established Crown priority over secured creditors under the CCAA.

[8] Second, Tysoe J.A. concluded that by ordering the GST funds segregated in the Monitor's trust account on April 29, 2008, the judge had created an express trust in favour of the Crown from which the monies in question could not be diverted for any other purposes. The Court of Appeal therefore ordered that the money held by the Monitor in trust be paid to the Receiver General.

2. Issues

[9] This appeal raises three broad issues which are addressed in turn:

- (1) Did s. 222(3) of the *ETA* displace s. 18.3(1) of the CCAA and give priority to the Crown's *ETA* deemed trust during CCAA proceedings as held in *Ottawa Senators*?
- (2) Did the court exceed its CCAA authority by lifting the stay to allow the debtor to make an assignment in bankruptcy?
- (3) Did the court's order of April 29, 2008 requiring segregation of the Crown's GST claim in the Monitor's trust account create an express trust in favour of the Crown in respect of those funds?

après qu'il fut devenu clair que la tentative de réorganisation avait échoué et que la faillite était inévitable. Comme la restructuration n'était plus une possibilité, il ne servait plus à rien, dans le cadre de la LACC, de suspendre le paiement à la Couronne des sommes de TPS et le tribunal était tenu, en raison de la priorité établie par la LTA, d'en autoriser le versement à la Couronne. Ce faisant, le juge Tysoe a adopté le raisonnement énoncé dans l'arrêt *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), suivant lequel la fiducie réputée que crée la LTA à l'égard des sommes dues au titre de la TPS établissait la priorité de la Couronne sur les créanciers garantis dans le cadre de la LACC.

[8] Deuxièmement, le juge Tysoe a conclu que, en ordonnant la ségrégation des sommes de TPS dans le compte en fiducie du contrôleur le 29 avril 2008, le tribunal avait créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne, et que les sommes visées ne pouvaient être utilisées à quelque autre fin que ce soit. En conséquence, la Cour d'appel a ordonné que les sommes détenues par le contrôleur en fiducie pour la Couronne soient versées au receveur général.

2. Questions en litige

[9] Le pourvoi soulève trois grandes questions que j'examinerai à tour de rôle :

- (1) Le paragraphe 222(3) de la LTA l'emporte-t-il sur le par. 18.3(1) de la LACC et donne-t-il priorité à la fiducie réputée qui est établie par la LTA en faveur de la Couronne pendant des procédures régies par la LACC, comme il a été décidé dans l'arrêt *Ottawa Senators*?
- (2) Le tribunal a-t-il outrepassé les pouvoirs qui lui étaient conférés par la LACC en levant la suspension des procédures dans le but de permettre au débiteur de faire cession de ses biens?
- (3) L'ordonnance du tribunal datée du 29 avril 2008 exigeant que le montant de TPS réclamé par la Couronne soit détenu séparément dans le compte en fiducie du contrôleur a-t-elle créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne à l'égard des fonds en question?

3. Analysis

[10] The first issue concerns Crown priorities in the context of insolvency. As will be seen, the *ETA* provides for a deemed trust in favour of the Crown in respect of GST owed by a debtor “[d]espite . . . any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*)” (s. 222(3)), while the *CCAA* stated at the relevant time that “notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be [so] regarded” (s. 18.3(1)). It is difficult to imagine two statutory provisions more apparently in conflict. However, as is often the case, the apparent conflict can be resolved through interpretation.

[11] In order to properly interpret the provisions, it is necessary to examine the history of the *CCAA*, its function amidst the body of insolvency legislation enacted by Parliament, and the principles that have been recognized in the jurisprudence. It will be seen that Crown priorities in the insolvency context have been significantly pared down. The resolution of the second issue is also rooted in the context of the *CCAA*, but its purpose and the manner in which it has been interpreted in the case law are also key. After examining the first two issues in this case, I will address Tysoe J.A.’s conclusion that an express trust in favour of the Crown was created by the court’s order of April 29, 2008.

3.1 *Purpose and Scope of Insolvency Law*

[12] Insolvency is the factual situation that arises when a debtor is unable to pay creditors (see generally, R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2009), at p. 16). Certain legal proceedings become available upon insolvency, which typically allow a debtor to obtain a court order staying its creditors’ enforcement actions and attempt to obtain

3. Analyse

[10] La première question porte sur les priorités de la Couronne dans le contexte de l’insolvabilité. Comme nous le verrons, la *LTA* crée en faveur de la Couronne une fiducie réputée à l’égard de la TPS due par un débiteur « [m]algré [. . .] tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*) » (par. 222(3)), alors que selon la disposition de la *LACC* en vigueur à l’époque, « par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d’assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme [tel] » (par. 18.3(1)). Il est difficile d’imaginer deux dispositions législatives plus contradictoires en apparence. Cependant, comme c’est souvent le cas, le conflit apparent peut être résolu au moyen des principes d’interprétation législative.

[11] Pour interpréter correctement ces dispositions, il faut examiner l’historique de la *LACC*, la fonction de cette loi parmi l’ensemble des textes adoptés par le législateur fédéral en matière d’insolvabilité et les principes reconnus dans la jurisprudence. Nous verrons que les priorités de la Couronne en matière d’insolvabilité ont été restreintes de façon appréciable. La réponse à la deuxième question repose aussi sur le contexte de la *LACC*, mais l’objectif de cette loi et l’interprétation qu’en a donnée la jurisprudence jouent également un rôle essentiel. Après avoir examiné les deux premières questions soulevées en l’espèce, j’aborderai la conclusion du juge Tysoe selon laquelle l’ordonnance rendue par le tribunal le 29 avril 2008 a eu pour effet de créer une fiducie expresse en faveur de la Couronne.

3.1 *Objectif et portée du droit relatif à l’insolvabilité*

[12] L’insolvabilité est la situation de fait qui se présente quand un débiteur n’est pas en mesure de payer ses créanciers (voir, généralement, R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2009), p. 16). Certaines procédures judiciaires peuvent être intentées en cas d’insolvabilité. Ainsi, le débiteur peut généralement obtenir une ordonnance judiciaire

a binding compromise with creditors to adjust the payment conditions to something more realistic. Alternatively, the debtor's assets may be liquidated and debts paid from the proceeds according to statutory priority rules. The former is usually referred to as reorganization or restructuring while the latter is termed liquidation.

[13] Canadian commercial insolvency law is not codified in one exhaustive statute. Instead, Parliament has enacted multiple insolvency statutes, the main one being the *BIA*. The *BIA* offers a self-contained legal regime providing for both reorganization and liquidation. Although bankruptcy legislation has a long history, the *BIA* itself is a fairly recent statute — it was enacted in 1992. It is characterized by a rules-based approach to proceedings. The *BIA* is available to insolvent debtors owing \$1000 or more, regardless of whether they are natural or legal persons. It contains mechanisms for debtors to make proposals to their creditors for the adjustment of debts. If a proposal fails, the *BIA* contains a bridge to bankruptcy whereby the debtor's assets are liquidated and the proceeds paid to creditors in accordance with the statutory scheme of distribution.

[14] Access to the *CCAA* is more restrictive. A debtor must be a company with liabilities in excess of \$5 million. Unlike the *BIA*, the *CCAA* contains no provisions for liquidation of a debtor's assets if reorganization fails. There are three ways of exiting *CCAA* proceedings. The best outcome is achieved when the stay of proceedings provides the debtor with some breathing space during which solvency is restored and the *CCAA* process terminates without reorganization being needed. The second most desirable outcome occurs when the debtor's compromise or arrangement is accepted by its creditors and the reorganized company emerges from the *CCAA* proceedings as a going concern. Lastly, if the compromise or arrangement fails, either

ayant pour effet de suspendre les mesures d'exécution de ses créanciers, puis tenter de conclure avec eux une transaction à caractère exécutoire contenant des conditions de paiement plus réalistes. Ou alors, les biens du débiteur sont liquidés et ses dettes sont remboursées sur le produit de cette liquidation, selon les règles de priorité établies par la loi. Dans le premier cas, on emploie habituellement les termes de réorganisation ou de restructuration, alors que dans le second, on parle de liquidation.

[13] Le droit canadien en matière d'insolvabilité commerciale n'est pas codifié dans une seule loi exhaustive. En effet, le législateur a plutôt adopté plusieurs lois sur l'insolvabilité, la principale étant la *LFI*. Cette dernière établit un régime juridique autonome qui concerne à la fois la réorganisation et la liquidation. Bien qu'il existe depuis longtemps des mesures législatives relatives à la faillite, la *LFI* elle-même est une loi assez récente — elle a été adoptée en 1992. Ses procédures se caractérisent par une approche fondée sur des règles préétablies. Les débiteurs insolvable — personnes physiques ou personnes morales — qui doivent 1 000 \$ ou plus peuvent recourir à la *LFI*. Celle-ci comporte des mécanismes permettant au débiteur de présenter à ses créanciers une proposition de rajustement des dettes. Si la proposition est rejetée, la *LFI* établit la démarche aboutissant à la faillite : les biens du débiteur sont liquidés et le produit de cette liquidation est versé aux créanciers conformément à la répartition prévue par la loi.

[14] La possibilité de recourir à la *LACC* est plus restreinte. Le débiteur doit être une compagnie dont les dettes dépassent cinq millions de dollars. Contrairement à la *LFI*, la *LACC* ne contient aucune disposition relative à la liquidation de l'actif d'un débiteur en cas d'échec de la réorganisation. Une procédure engagée sous le régime de la *LACC* peut se terminer de trois façons différentes. Le scénario idéal survient dans les cas où la suspension des recours donne au débiteur un répit lui permettant de rétablir sa solvabilité et où le processus régi par la *LACC* prend fin sans qu'une réorganisation soit nécessaire. Le deuxième scénario le plus souhaitable est le cas où la transaction ou l'arrangement proposé par le débiteur est

the company or its creditors usually seek to have the debtor's assets liquidated under the applicable provisions of the *BIA* or to place the debtor into receivership. As discussed in greater detail below, the key difference between the reorganization regimes under the *BIA* and the *CCAA* is that the latter offers a more flexible mechanism with greater judicial discretion, making it more responsive to complex reorganizations.

[15] As I will discuss at greater length below, the purpose of the *CCAA* — Canada's first reorganization statute — is to permit the debtor to continue to carry on business and, where possible, avoid the social and economic costs of liquidating its assets. Proposals to creditors under the *BIA* serve the same remedial purpose, though this is achieved through a rules-based mechanism that offers less flexibility. Where reorganization is impossible, the *BIA* may be employed to provide an orderly mechanism for the distribution of a debtor's assets to satisfy creditor claims according to predetermined priority rules.

[16] Prior to the enactment of the *CCAA* in 1933 (S.C. 1932-33, c. 36), practice under existing commercial insolvency legislation tended heavily towards the liquidation of a debtor company (J. Sarra, *Creditor Rights and the Public Interest: Restructuring Insolvent Corporations* (2003), at p. 12). The battering visited upon Canadian businesses by the Great Depression and the absence of an effective mechanism for reaching a compromise between debtors and creditors to avoid liquidation required a legislative response. The *CCAA* was innovative as it allowed the insolvent debtor to attempt reorganization under judicial supervision outside the existing insolvency legislation which, once engaged, almost invariably resulted in liquidation (*Reference re Companies' Creditors*

accepté par ses créanciers et où la compagnie réorganisée poursuit ses activités au terme de la procédure engagée en vertu de la *LACC*. Enfin, dans le dernier scénario, la transaction ou l'arrangement échoue et la compagnie ou ses créanciers cherchent habituellement à obtenir la liquidation des biens en vertu des dispositions applicables de la *LFI* ou la mise sous séquestre du débiteur. Comme nous le verrons, la principale différence entre les régimes de réorganisation prévus par la *LFI* et la *LACC* est que le second établit un mécanisme plus souple, dans lequel les tribunaux disposent d'un plus grand pouvoir discrétionnaire, ce qui rend le mécanisme mieux adapté aux réorganisations complexes.

[15] Comme je vais le préciser davantage plus loin, la *LACC* — la première loi canadienne régissant la réorganisation — a pour objectif de permettre au débiteur de continuer d'exercer ses activités et, dans les cas où cela est possible, d'éviter les coûts sociaux et économiques liés à la liquidation de son actif. Les propositions faites aux créanciers en vertu de la *LFI* répondent au même objectif, mais au moyen d'un mécanisme fondé sur des règles et offrant moins de souplesse. Quand la réorganisation s'avère impossible, les dispositions de la *LFI* peuvent être appliquées pour répartir de manière ordonnée les biens du débiteur entre les créanciers, en fonction des règles de priorité qui y sont établies.

[16] Avant l'adoption de la *LACC* en 1933 (S.C. 1932-33, ch. 36), la liquidation de la compagnie débitrice constituait la pratique la plus courante en vertu de la législation existante en matière d'insolvabilité commerciale (J. Sarra, *Creditor Rights and the Public Interest: Restructuring Insolvent Corporations* (2003), p. 12). Les ravages de la Grande Dépression sur les entreprises canadiennes et l'absence d'un mécanisme efficace susceptible de permettre aux débiteurs et aux créanciers d'arriver à des compromis afin d'éviter la liquidation commandaient une solution législative. La *LACC* a innové en permettant au débiteur insolvable de tenter une réorganisation sous surveillance judiciaire, hors du cadre de la législation existante en matière d'insolvabilité qui, une fois entrée en jeu,

Arrangement Act, [1934] S.C.R. 659, at pp. 660-61; Sarra, *Creditor Rights*, at pp. 12-13).

[17] Parliament understood when adopting the CCAA that liquidation of an insolvent company was harmful for most of those it affected — notably creditors and employees — and that a workout which allowed the company to survive was optimal (Sarra, *Creditor Rights*, at pp. 13-15).

[18] Early commentary and jurisprudence also endorsed the CCAA's remedial objectives. It recognized that companies retain more value as going concerns while underscoring that intangible losses, such as the evaporation of the companies' goodwill, result from liquidation (S. E. Edwards, "Reorganizations Under the Companies' Creditors Arrangement Act" (1947), 25 *Can. Bar Rev.* 587, at p. 592). Reorganization serves the public interest by facilitating the survival of companies supplying goods or services crucial to the health of the economy or saving large numbers of jobs (*ibid.*, at p. 593). Insolvency could be so widely felt as to impact stakeholders other than creditors and employees. Variants of these views resonate today, with reorganization justified in terms of rehabilitating companies that are key elements in a complex web of interdependent economic relationships in order to avoid the negative consequences of liquidation.

[19] The CCAA fell into disuse during the next several decades, likely because amendments to the Act in 1953 restricted its use to companies issuing bonds (S.C. 1952-53, c. 3). During the economic downturn of the early 1980s, insolvency lawyers and courts adapting to the resulting wave of insolvencies resurrected the statute and deployed it in response to new economic challenges. Participants in insolvency proceedings grew to recognize and appreciate the statute's distinguishing feature: a grant of broad and flexible authority to the supervising court to make

aboutissait presque invariablement à la liquidation (*Reference re Companies' Creditors Arrangement Act*, [1934] R.C.S. 659, p. 660-661; Sarra, *Creditor Rights*, p. 12-13).

[17] Le législateur comprenait, lorsqu'il a adopté la LACC, que la liquidation d'une compagnie insolvable causait préjudice à la plupart des personnes touchées — notamment les créanciers et les employés — et que la meilleure solution consistait dans un arrangement permettant à la compagnie de survivre (Sarra, *Creditor Rights*, p. 13-15).

[18] Les premières analyses et décisions judiciaires à cet égard ont également entériné les objectifs réparateurs de la LACC. On y reconnaissait que la valeur de la compagnie demeurait plus grande lorsque celle-ci pouvait poursuivre ses activités, tout en soulignant les pertes intangibles découlant d'une liquidation, par exemple la disparition de la clientèle (S. E. Edwards, « Reorganizations Under the Companies' Creditors Arrangement Act » (1947), 25 *R. du B. can.* 587, p. 592). La réorganisation sert l'intérêt public en permettant la survie de compagnies qui fournissent des biens ou des services essentiels à la santé de l'économie ou en préservant un grand nombre d'emplois (*ibid.*, p. 593). Les effets de l'insolvabilité pouvaient même toucher d'autres intéressés que les seuls créanciers et employés. Ces arguments se font entendre encore aujourd'hui sous une forme un peu différente, lorsqu'on justifie la réorganisation par la nécessité de remettre sur pied des compagnies qui constituent des volets essentiels d'un réseau complexe de rapports économiques interdépendants, dans le but d'éviter les effets négatifs de la liquidation.

[19] La LACC est tombée en désuétude au cours des décennies qui ont suivi, vraisemblablement parce que des modifications apportées en 1953 ont restreint son application aux compagnies émettant des obligations (S.C. 1952-53, ch. 3). Pendant la récession du début des années 1980, obligés de s'adapter au nombre grandissant d'entreprises en difficulté, les avocats travaillant dans le domaine de l'insolvabilité ainsi que les tribunaux ont redécouvert cette loi et s'en sont servis pour relever les nouveaux défis de l'économie. Les participants aux

the orders necessary to facilitate the reorganization of the debtor and achieve the CCAA's objectives. The manner in which courts have used CCAA jurisdiction in increasingly creative and flexible ways is explored in greater detail below.

[20] Efforts to evolve insolvency law were not restricted to the courts during this period. In 1970, a government-commissioned panel produced an extensive study recommending sweeping reform but Parliament failed to act (see *Bankruptcy and Insolvency: Report of the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation* (1970)). Another panel of experts produced more limited recommendations in 1986 which eventually resulted in enactment of the *Bankruptcy and Insolvency Act* of 1992 (S.C. 1992, c. 27) (see *Proposed Bankruptcy Act Amendments: Report of the Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency* (1986)). Broader provisions for reorganizing insolvent debtors were then included in Canada's bankruptcy statute. Although the 1970 and 1986 reports made no specific recommendations with respect to the CCAA, the House of Commons committee studying the BIA's predecessor bill, C-22, seemed to accept expert testimony that the BIA's new reorganization scheme would shortly supplant the CCAA, which could then be repealed, with commercial insolvency and bankruptcy being governed by a single statute (*Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Consumer and Corporate Affairs and Government Operations*, Issue No. 15, 3rd Sess., 34th Parl., October 3, 1991, at 15:15-15:16).

[21] In retrospect, this conclusion by the House of Commons committee was out of step with reality. It overlooked the renewed vitality the CCAA enjoyed in contemporary practice and the advantage that a

procédures en sont peu à peu venus à reconnaître et à apprécier la caractéristique propre de la loi : l'attribution, au tribunal chargé de surveiller le processus, d'une grande latitude lui permettant de rendre les ordonnances nécessaires pour faciliter la réorganisation du débiteur et réaliser les objectifs de la LACC. Nous verrons plus loin comment les tribunaux ont utilisé de façon de plus en plus souple et créative les pouvoirs qui leur sont conférés par la LACC.

[20] Ce ne sont pas seulement les tribunaux qui se sont employés à faire évoluer le droit de l'insolvabilité pendant cette période. En 1970, un comité constitué par le gouvernement a mené une étude approfondie au terme de laquelle il a recommandé une réforme majeure, mais le législateur n'a rien fait (voir *Faillite et insolvabilité : Rapport du comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité* (1970)). En 1986, un autre comité d'experts a formulé des recommandations de portée plus restreinte, qui ont finalement conduit à l'adoption de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* de 1992 (L.C. 1992, ch. 27) (voir *Propositions d'amendements à la Loi sur la faillite : Rapport du Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité* (1986)). Des dispositions à caractère plus général concernant la réorganisation des débiteurs insolvable ont alors été ajoutées à la loi canadienne relative à la faillite. Malgré l'absence de recommandations spécifiques au sujet de la LACC dans les rapports de 1970 et 1986, le comité de la Chambre des communes qui s'est penché sur le projet de loi C-22 à l'origine de la LFI a semblé accepter le témoignage d'un expert selon lequel le nouveau régime de réorganisation de la LFI supplanterait rapidement la LACC, laquelle pourrait alors être abrogée et l'insolvabilité commerciale et la faillite seraient ainsi régies par un seul texte législatif (*Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Consommateurs et Sociétés et Administration gouvernementale*, fascicule n° 15, 3^e sess., 34^e lég., 3 octobre 1991, 15:15-15:16).

[21] En rétrospective, cette conclusion du comité de la Chambre des communes ne correspondait pas à la réalité. Elle ne tenait pas compte de la nouvelle vitalité de la LACC dans la pratique contemporaine,

flexible judicially supervised reorganization process presented in the face of increasingly complex reorganizations, when compared to the stricter rules-based scheme contained in the *BIA*. The “flexibility of the *CCAA* [was seen as] a great benefit, allowing for creative and effective decisions” (Industry Canada, Marketplace Framework Policy Branch, *Report on the Operation and Administration of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies’ Creditors Arrangement Act* (2002), at p. 41). Over the past three decades, resurrection of the *CCAA* has thus been the mainspring of a process through which, one author concludes, “the legal setting for Canadian insolvency restructuring has evolved from a rather blunt instrument to one of the most sophisticated systems in the developed world” (R. B. Jones, “The Evolution of Canadian Restructuring: Challenges for the Rule of Law”, in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2005* (2006), 481, at p. 481).

[22] While insolvency proceedings may be governed by different statutory schemes, they share some commonalities. The most prominent of these is the single proceeding model. The nature and purpose of the single proceeding model are described by Professor Wood in *Bankruptcy and Insolvency Law*:

They all provide a collective proceeding that supersedes the usual civil process available to creditors to enforce their claims. The creditors’ remedies are collectivized in order to prevent the free-for-all that would otherwise prevail if creditors were permitted to exercise their remedies. In the absence of a collective process, each creditor is armed with the knowledge that if they do not strike hard and swift to seize the debtor’s assets, they will be beat out by other creditors. [pp. 2-3]

The single proceeding model avoids the inefficiency and chaos that would attend insolvency if each creditor initiated proceedings to recover its debt. Grouping all possible actions against the debtor into a single proceeding controlled in a single forum facilitates negotiation with creditors because it places them all on an equal footing,

ni des avantages qu’offrait, en présence de réorganisations de plus en plus complexes, un processus souple de réorganisation sous surveillance judiciaire par rapport au régime plus rigide de la *LFI*, fondé sur des règles préétablies. La « souplesse de la *LACC* [était considérée comme offrant] de grands avantages car elle permet de prendre des décisions créatives et efficaces » (Industrie Canada, Direction générale des politiques-cadres du marché, *Rapport sur la mise en application de la Loi sur la faillite et l’insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (2002), p. 50). Au cours des trois dernières décennies, la résurrection de la *LACC* a donc été le moteur d’un processus grâce auquel, selon un auteur, [TRADUCTION] « le régime juridique canadien de restructuration en cas d’insolvabilité — qui était au départ un instrument plutôt rudimentaire — a évolué pour devenir un des systèmes les plus sophistiqués du monde développé » (R. B. Jones, « The Evolution of Canadian Restructuring : Challenges for the Rule of Law », dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2005* (2006), 481, p. 481).

[22] Si les instances en matière d’insolvabilité peuvent être régies par des régimes législatifs différents, elles n’en présentent pas moins certains points communs, dont le plus frappant réside dans le modèle de la procédure unique. Le professeur Wood a décrit ainsi la nature et l’objectif de ce modèle dans *Bankruptcy and Insolvency Law* :

[TRADUCTION] Elles prévoient toutes une procédure collective qui remplace la procédure civile habituelle dont peuvent se prévaloir les créanciers pour faire valoir leurs droits. Les recours des créanciers sont collectivisés afin d’éviter l’anarchie qui régnerait si ceux-ci pouvaient exercer leurs recours individuellement. En l’absence d’un processus collectif, chaque créancier sait que faute d’agir de façon rapide et déterminée pour saisir les biens du débiteur, il sera devancé par les autres créanciers. [p. 2-3]

Le modèle de la procédure unique vise à faire échec à l’inefficacité et au chaos qui résulteraient de l’insolvabilité si chaque créancier engageait sa propre procédure dans le but de recouvrer sa créance. La réunion — en une seule instance relevant d’un même tribunal — de toutes les actions possibles contre le débiteur a pour effet de faciliter la négociation avec

rather than exposing them to the risk that a more aggressive creditor will realize its claims against the debtor's limited assets while the other creditors attempt a compromise. With a view to achieving that purpose, both the *CCAA* and the *BIA* allow a court to order all actions against a debtor to be stayed while a compromise is sought.

[23] Another point of convergence of the *CCAA* and the *BIA* relates to priorities. Because the *CCAA* is silent about what happens if reorganization fails, the *BIA* scheme of liquidation and distribution necessarily supplies the backdrop for what will happen if a *CCAA* reorganization is ultimately unsuccessful. In addition, one of the important features of legislative reform of both statutes since the enactment of the *BIA* in 1992 has been a cutback in Crown priorities (S.C. 1992, c. 27, s. 39; S.C. 1997, c. 12, ss. 73 and 125; S.C. 2000, c. 30, s. 148; S.C. 2005, c. 47, ss. 69 and 131; S.C. 2009, c. 33, s. 25; see also *Quebec (Revenue) v. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 SCC 49, [2009] 3 S.C.R. 286; *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Proposed Bankruptcy Act Amendments: Report of the Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency*).

[24] With parallel *CCAA* and *BIA* restructuring schemes now an accepted feature of the insolvency law landscape, the contemporary thrust of legislative reform has been towards harmonizing aspects of insolvency law common to the two statutory schemes to the extent possible and encouraging reorganization over liquidation (see *An Act to establish the Wage Earner Protection Program Act, to amend the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 2005, c. 47; *Gauntlet Energy Corp., Re*, 2003 ABQB 894, 30 Alta. L.R. (4th) 192, at para. 19).

[25] Mindful of the historical background of the *CCAA* and *BIA*, I now turn to the first question at issue.

les créanciers en les mettant tous sur le même pied. Cela évite le risque de voir un créancier plus combatif obtenir le paiement de ses créances sur l'actif limité du débiteur pendant que les autres créanciers tentent d'arriver à une transaction. La *LACC* et la *LFI* autorisent toutes deux pour cette raison le tribunal à ordonner la suspension de toutes les actions intentées contre le débiteur pendant qu'on cherche à conclure une transaction.

[23] Un autre point de convergence entre la *LACC* et la *LFI* concerne les priorités. Comme la *LACC* ne précise pas ce qui arrive en cas d'échec de la réorganisation, la *LFI* fournit la norme de référence pour ce qui se produira dans une telle situation. De plus, l'une des caractéristiques importantes de la réforme dont ces deux lois ont fait l'objet depuis 1992 est la réduction des priorités de la Couronne (L.C. 1992, ch. 27, art. 39; L.C. 1997, ch. 12, art. 73 et 125; L.C. 2000, ch. 30, art. 148; L.C. 2005, ch. 47, art. 69 et 131; L.C. 2009, ch. 33, art. 25; voir aussi *Québec (Revenu) c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 CSC 49, [2009] 3 R.C.S. 286; *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35; *Propositions d'amendements à la Loi sur la faillite : Rapport du Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité*).

[24] Comme les régimes de restructuration parallèles de la *LACC* et de la *LFI* constituent désormais une caractéristique reconnue dans le domaine du droit de l'insolvabilité, le travail de réforme législative contemporain a principalement visé à harmoniser, dans la mesure du possible, les aspects communs aux deux régimes et à privilégier la réorganisation plutôt que la liquidation (voir la *Loi édictant la Loi sur le Programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d'autres lois en conséquence*, L.C. 2005, ch. 47; *Gauntlet Energy Corp., Re*, 2003 ABQB 894, 30 Alta L.R. (4th) 192, par. 19).

[25] Ayant à l'esprit le contexte historique de la *LACC* et de la *LFI*, je vais maintenant aborder la première question en litige.

3.2 *GST Deemed Trust Under the CCAA*

[26] The Court of Appeal proceeded on the basis that the *ETA* precluded the court from staying the Crown's enforcement of the GST deemed trust when partially lifting the stay to allow the debtor to enter bankruptcy. In so doing, it adopted the reasoning in a line of cases culminating in *Ottawa Senators*, which held that an *ETA* deemed trust remains enforceable during CCAA reorganization despite language in the CCAA that suggests otherwise.

[27] The Crown relies heavily on the decision of the Ontario Court of Appeal in *Ottawa Senators* and argues that the later in time provision of the *ETA* creating the GST deemed trust trumps the provision of the CCAA purporting to nullify most statutory deemed trusts. The Court of Appeal in this case accepted this reasoning but not all provincial courts follow it (see, e.g., *Komunik Corp. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6332 (CanLII), leave to appeal granted, 2010 QCCA 183 (CanLII)). Century Services relied, in its written submissions to this Court, on the argument that the court had authority under the CCAA to continue the stay against the Crown's claim for unremitted GST. In oral argument, the question of whether *Ottawa Senators* was correctly decided nonetheless arose. After the hearing, the parties were asked to make further written submissions on this point. As appears evident from the reasons of my colleague Abella J., this issue has become prominent before this Court. In those circumstances, this Court needs to determine the correctness of the reasoning in *Ottawa Senators*.

[28] The policy backdrop to this question involves the Crown's priority as a creditor in insolvency situations which, as I mentioned above, has evolved considerably. Prior to the 1990s, Crown claims

3.2 *Fiducie réputée se rapportant à la TPS dans le cadre de la LACC*

[26] La Cour d'appel a estimé que la *LTA* empêchait le tribunal de suspendre les mesures prises par la Couronne pour bénéficier de la fiducie réputée se rapportant à la TPS, lorsqu'il a partiellement levé la suspension des procédures engagées contre le débiteur afin de permettre à celui-ci de faire cession de ses biens. Ce faisant, la cour a adopté un raisonnement qui s'insère dans un courant jurisprudentiel dominé par l'arrêt *Ottawa Senators*, suivant lequel il demeure possible de demander le bénéfice d'une fiducie réputée établie par la *LTA* pendant une réorganisation opérée en vertu de la *LACC*, et ce, malgré les dispositions de la *LACC* qui semblent dire le contraire.

[27] S'appuyant largement sur l'arrêt *Ottawa Senators* de la Cour d'appel de l'Ontario, la Couronne plaide que la disposition postérieure de la *LTA* créant la fiducie réputée visant la TPS l'emporte sur la disposition de la *LACC* censée neutraliser la plupart des fiducies réputées qui sont créées par des dispositions législatives. Si la Cour d'appel a accepté ce raisonnement dans la présente affaire, les tribunaux provinciaux ne l'ont pas tous adopté (voir, p. ex., *Komunik Corp. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6332 (CanLII), autorisation d'appel accordée, 2010 QCCA 183 (CanLII)). Dans ses observations écrites adressées à la Cour, Century Services s'est fondée sur l'argument suivant lequel le tribunal pouvait, en vertu de la *LACC*, maintenir la suspension de la demande de la Couronne visant le paiement de la TPS non versée. Au cours des plaidoiries, la question de savoir si l'arrêt *Ottawa Senators* était bien fondé a néanmoins été soulevée. Après l'audience, la Cour a demandé aux parties de présenter des observations écrites supplémentaires à ce sujet. Comme il ressort clairement des motifs de ma collègue la juge Abella, cette question a pris une grande importance devant notre Cour. Dans ces circonstances, la Cour doit statuer sur le bien-fondé du raisonnement adopté dans l'arrêt *Ottawa Senators*.

[28] Le contexte général dans lequel s'inscrit cette question concerne l'évolution considérable, signalée plus haut, de la priorité dont jouit la Couronne en tant que créancier en cas d'insolvabilité. Avant les

largely enjoyed priority in insolvency. This was widely seen as unsatisfactory as shown by both the 1970 and 1986 insolvency reform proposals, which recommended that Crown claims receive no preferential treatment. A closely related matter was whether the *CCAA* was binding at all upon the Crown. Amendments to the *CCAA* in 1997 confirmed that it did indeed bind the Crown (see *CCAA*, s. 21, as added by S.C. 1997, c. 12, s. 126).

[29] Claims of priority by the state in insolvency situations receive different treatment across jurisdictions worldwide. For example, in Germany and Australia, the state is given no priority at all, while the state enjoys wide priority in the United States and France (see B. K. Morgan, “Should the Sovereign be Paid First? A Comparative International Analysis of the Priority for Tax Claims in Bankruptcy” (2000), 74 *Am. Bankr. L.J.* 461, at p. 500). Canada adopted a middle course through legislative reform of Crown priority initiated in 1992. The Crown retained priority for source deductions of income tax, Employment Insurance (“EI”) and Canada Pension Plan (“CPP”) premiums, but ranks as an ordinary unsecured creditor for most other claims.

[30] Parliament has frequently enacted statutory mechanisms to secure Crown claims and permit their enforcement. The two most common are statutory deemed trusts and powers to garnish funds third parties owe the debtor (see F. L. Lamer, *Priority of Crown Claims in Insolvency* (loose-leaf), at §2).

[31] With respect to GST collected, Parliament has enacted a deemed trust. The *ETA* states that every person who collects an amount on account of GST is deemed to hold that amount in trust for the Crown (s. 222(1)). The deemed trust extends to other property of the person collecting the tax equal in value to the amount deemed to be in trust if that amount has not been remitted in accordance with the *ETA*. The deemed trust also extends to property

années 1990, les créances de la Couronne bénéficiaient dans une large mesure d’une priorité en cas d’insolvabilité. Cette situation avantageuse suscitait une grande controverse. Les propositions de réforme du droit de l’insolvabilité de 1970 et de 1986 en témoignent — elles recommandaient que les créances de la Couronne ne fassent l’objet d’aucun traitement préférentiel. Une question connexe se posait : celle de savoir si la Couronne était même assujettie à la *LACC*. Les modifications apportées à la *LACC* en 1997 ont confirmé qu’elle l’était bel et bien (voir *LACC*, art. 21, ajouté par L.C. 1997, ch. 12, art. 126).

[29] Les revendications de priorité par l’État en cas d’insolvabilité sont abordées de différentes façons selon les pays. Par exemple, en Allemagne et en Australie, l’État ne bénéficie d’aucune priorité, alors qu’aux États-Unis et en France il jouit au contraire d’une large priorité (voir B. K. Morgan, « Should the Sovereign be Paid First? A Comparative International Analysis of the Priority for Tax Claims in Bankruptcy » (2000), 74 *Am. Bankr. L.J.* 461, p. 500). Le Canada a choisi une voie intermédiaire dans le cadre d’une réforme législative amorcée en 1992 : la Couronne a conservé sa priorité pour les sommes retenues à la source au titre de l’impôt sur le revenu et des cotisations à l’assurance-emploi (« AE ») et au Régime de pensions du Canada (« RPC »), mais elle est un créancier ordinaire non garanti pour la plupart des autres sommes qui lui sont dues.

[30] Le législateur a fréquemment adopté des mécanismes visant à protéger les créances de la Couronne et à permettre leur exécution. Les deux plus courants sont les fiducies présumées et les pouvoirs de saisie-arrêt (voir F. L. Lamer, *Priority of Crown Claims in Insolvency* (feuilles mobiles), §2).

[31] Pour ce qui est des sommes de TPS perçues, le législateur a établi une fiducie réputée. La *LTA* précise que la personne qui perçoit une somme au titre de la TPS est réputée la détenir en fiducie pour la Couronne (par. 222(1)). La fiducie réputée s’applique aux autres biens de la personne qui perçoit la taxe, pour une valeur égale à la somme réputée détenue en fiducie, si la somme en question n’a pas été versée en conformité avec la *LTA*. La fiducie réputée vise

held by a secured creditor that, but for the security interest, would be property of the person collecting the tax (s. 222(3)).

[32] Parliament has created similar deemed trusts using almost identical language in respect of source deductions of income tax, EI premiums and CPP premiums (see s. 227(4) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“*ITA*”), ss. 86(2) and (2.1) of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, and ss. 23(3) and (4) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8). I will refer to income tax, EI and CPP deductions as “source deductions”.

[33] In *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411, this Court addressed a priority dispute between a deemed trust for source deductions under the *ITA* and security interests taken under both the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46, and the *Alberta Personal Property Security Act*, S.A. 1988, c. P-4.05 (“*PPSA*”). As then worded, an *ITA* deemed trust over the debtor’s property equivalent to the amount owing in respect of income tax became effective at the time of liquidation, receivership, or assignment in bankruptcy. *Sparrow Electric* held that the *ITA* deemed trust could not prevail over the security interests because, being fixed charges, the latter attached as soon as the debtor acquired rights in the property such that the *ITA* deemed trust had no property on which to attach when it subsequently arose. Later, in *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720, this Court observed that Parliament had legislated to strengthen the statutory deemed trust in the *ITA* by deeming it to operate from the moment the deductions were not paid to the Crown as required by the *ITA*, and by granting the Crown priority over all security interests (paras. 27-29) (the “*Sparrow Electric* amendment”).

également les biens détenus par un créancier garanti qui, si ce n’était de la sûreté, seraient les biens de la personne qui perçoit la taxe (par. 222(3)).

[32] Utilisant pratiquement les mêmes termes, le législateur a créé de semblables fiducies réputées à l’égard des retenues à la source relatives à l’impôt sur le revenu et aux cotisations à l’AE et au RPC (voir par. 227(4) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) (« *LIR* »), par. 86(2) et (2.1) de la *Loi sur l’assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, et par. 23(3) et (4) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8). J’emploierai ci-après le terme « retenues à la source » pour désigner les retenues relatives à l’impôt sur le revenu et aux cotisations à l’AE et au RPC.

[33] Dans *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411, la Cour était saisie d’un litige portant sur la priorité de rang entre, d’une part, une fiducie réputée établie en vertu de la *LIR* à l’égard des retenues à la source, et, d’autre part, des sûretés constituées en vertu de la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46, et de la loi de l’Alberta intitulée *Personal Property Security Act*, S.A. 1988, ch. P-4.05 (« *PPSA* »). D’après les dispositions alors en vigueur, une fiducie réputée — établie en vertu de la *LIR* à l’égard des biens du débiteur pour une valeur égale à la somme due au titre de l’impôt sur le revenu — commençait à s’appliquer au moment de la liquidation, de la mise sous séquestre ou de la cession de biens. Dans *Sparrow Electric*, la Cour a conclu que la fiducie réputée de la *LIR* ne pouvait pas l’emporter sur les sûretés, au motif que, comme celles-ci constituaient des privilèges fixes grevant les biens dès que le débiteur acquérait des droits sur eux, il n’existait pas de biens susceptibles d’être visés par la fiducie réputée de la *LIR* lorsqu’elle prenait naissance par la suite. Ultérieurement, dans *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720, la Cour a souligné que le législateur était intervenu pour renforcer la fiducie réputée de la *LIR* en précisant qu’elle est réputée s’appliquer dès le moment où les retenues ne sont pas versées à la Couronne conformément aux exigences de la *LIR*, et en donnant à la Couronne la priorité sur toute autre garantie (par. 27-29) (la « modification découlant de l’arrêt *Sparrow Electric* »).

[34] The amended text of s. 227(4.1) of the *ITA* and concordant source deductions deemed trusts in the *Canada Pension Plan* and the *Employment Insurance Act* state that the deemed trust operates notwithstanding any other enactment of Canada, except ss. 81.1 and 81.2 of the *BIA*. The *ETA* deemed trust at issue in this case is similarly worded, but it excepts the *BIA* in its entirety. The provision reads as follows:

222. . . .

. . . .

(3) Despite any other provision of this Act (except subsection (4)), any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*), any enactment of a province or any other law, if at any time an amount deemed by subsection (1) to be held by a person in trust for Her Majesty is not remitted to the Receiver General or withdrawn in the manner and at the time provided under this Part, property of the person and property held by any secured creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust, is deemed

[35] The Crown submits that the *Sparrow Electric* amendment, added by Parliament to the *ETA* in 2000, was intended to preserve the Crown's priority over collected GST under the *CCAA* while subordinating the Crown to the status of an unsecured creditor in respect of GST only under the *BIA*. This is because the *ETA* provides that the GST deemed trust is effective "despite" any other enactment except the *BIA*.

[36] The language used in the *ETA* for the GST deemed trust creates an apparent conflict with the *CCAA*, which provides that subject to certain exceptions, property deemed by statute to be held in trust for the Crown shall not be so regarded.

[37] Through a 1997 amendment to the *CCAA* (S.C. 1997, c. 12, s. 125), Parliament appears to have,

[34] Selon le texte modifié du par. 227(4.1) de la *LIR* et celui des fiducies réputées correspondantes établies dans le *Régime de pensions du Canada* et la *Loi sur l'assurance-emploi* à l'égard des retenues à la source, la fiducie réputée s'applique malgré tout autre texte législatif fédéral sauf les art. 81.1 et 81.2 de la *LFI*. La fiducie réputée de la *LTA* qui est en cause en l'espèce est formulée en des termes semblables sauf que la limite à son application vise la *LFI* dans son entier. Voici le texte de la disposition pertinente :

222. . . .

. . . .

(3) Malgré les autres dispositions de la présente loi (sauf le paragraphe (4) du présent article), tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*), tout texte législatif provincial ou toute autre règle de droit, lorsqu'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (1) détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada n'est pas versé au receveur général ni retiré selon les modalités et dans le délai prévus par la présente partie, les biens de la personne — y compris les biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l'absence du droit en garantie, seraient ses biens — d'une valeur égale à ce montant sont réputés . . .

[35] La Couronne soutient que la modification découlant de l'arrêt *Sparrow Electric*, qui a été ajoutée à la *LTA* par le législateur en 2000, visait à maintenir la priorité de Sa Majesté sous le régime de la *LACC* à l'égard du montant de TPS perçu, tout en reléguant celle-ci au rang de créancier non garanti à l'égard de ce montant sous le régime de la *LFI* uniquement. De l'avis de la Couronne, il en est ainsi parce que, selon la *LTA*, la fiducie réputée visant la TPS demeure en vigueur « malgré » tout autre texte législatif sauf la *LFI*.

[36] Les termes utilisés dans la *LTA* pour établir la fiducie réputée à l'égard de la TPS créent un conflit apparent avec la *LACC*, laquelle précise que, sous réserve de certaines exceptions, les biens qui sont réputés selon un texte législatif être détenus en fiducie pour la Couronne ne doivent pas être considérés comme tels.

[37] Par une modification apportée à la *LACC* en 1997 (L.C. 1997, ch. 12, art. 125), le législateur

subject to specific exceptions, nullified deemed trusts in favour of the Crown once reorganization proceedings are commenced under the Act. The relevant provision reads:

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

This nullification of deemed trusts was continued in further amendments to the *CCAA* (S.C. 2005, c. 47), where s. 18.3(1) was renumbered and reformulated as s. 37(1):

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

[38] An analogous provision exists in the *BIA*, which, subject to the same specific exceptions, nullifies statutory deemed trusts and makes property of the bankrupt that would otherwise be subject to a deemed trust part of the debtor's estate and available to creditors (S.C. 1992, c. 27, s. 39; S.C. 1997, c. 12, s. 73; *BIA*, s. 67(2)). It is noteworthy that in both the *CCAA* and the *BIA*, the exceptions concern source deductions (*CCAA*, s. 18.3(2); *BIA*, s. 67(3)). The relevant provision of the *CCAA* reads:

18.3 . . .

(2) Subsection (1) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act*

Thus, the Crown's deemed trust and corresponding priority in source deductions remain effective both in reorganization and in bankruptcy.

semble, sous réserve d'exceptions spécifiques, avoir neutralisé les fiducies réputées créées en faveur de la Couronne lorsque des procédures de réorganisation sont engagées sous le régime de cette loi. La disposition pertinente, à l'époque le par. 18.3(1), était libellée ainsi :

18.3 (1) Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

Cette neutralisation des fiducies réputées a été maintenue dans des modifications apportées à la *LACC* en 2005 (L.C. 2005, ch. 47), où le par. 18.3(1) a été reformulé et renuméroté, devenant le par. 37(1) :

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

[38] La *LFI* comporte une disposition analogue, qui — sous réserve des mêmes exceptions spécifiques — neutralise les fiducies réputées établies en vertu d'un texte législatif et fait en sorte que les biens du failli qui autrement seraient visés par une telle fiducie font partie de l'actif du débiteur et sont à la disposition des créanciers (L.C. 1992, ch. 27, art. 39; L.C. 1997, ch. 12, art. 73; *LFI*, par. 67(2)). Il convient de souligner que, tant dans la *LACC* que dans la *LFI*, les exceptions visent les retenues à la source (*LACC*, par. 18.3(2); *LFI*, par. 67(3)). Voici la disposition pertinente de la *LACC* :

18.3 . . .

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi*

Par conséquent, la fiducie réputée établie en faveur de la Couronne et la priorité dont celle-ci jouit de ce fait sur les retenues à la source continuent de s'appliquer autant pendant la réorganisation que pendant la faillite.

[39] Meanwhile, in both s. 18.4(1) of the *CCAA* and s. 86(1) of the *BIA*, other Crown claims are treated as unsecured. These provisions, establishing the Crown's status as an unsecured creditor, explicitly exempt statutory deemed trusts in source deductions (*CCAA*, s. 18.4(3); *BIA*, s. 86(3)). The *CCAA* provision reads as follows:

18.4 . . .

. . . .

(3) Subsection (1) [Crown ranking as unsecured creditor] does not affect the operation of

(a) subsections 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act*,

(b) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution

Therefore, not only does the *CCAA* provide that Crown claims do not enjoy priority over the claims of other creditors (s. 18.3(1)), but the exceptions to this rule (i.e., that Crown priority is maintained for source deductions) are repeatedly stated in the statute.

[40] The apparent conflict in this case is whether the rule in the *CCAA* first enacted as s. 18.3 in 1997, which provides that subject to certain explicit exceptions, statutory deemed trusts are ineffective under the *CCAA*, is overridden by the one in the *ETA* enacted in 2000 stating that GST deemed trusts operate despite any enactment of Canada except the *BIA*. With respect for my colleague Fish J., I do not think the apparent conflict can be resolved by denying it and creating a rule requiring both a statutory provision enacting the deemed trust, and a second statutory provision confirming it. Such a rule is unknown to the law. Courts must recognize

[39] Par ailleurs, les autres créances de la Couronne sont considérées par la *LACC* et la *LFI* comme des créances non garanties (*LACC*, par. 18.4(1); *LFI*, par. 86(1)). Ces dispositions faisant de la Couronne un créancier non garanti comportent une exception expresse concernant les fiducies réputées établies par un texte législatif à l'égard des retenues à la source (*LACC*, par. 18.4(3); *LFI*, par. 86(3)). Voici la disposition de la *LACC* :

18.4 . . .

. . . .

(3) Le paragraphe (1) [suivant lequel la Couronne a le rang de créancier non garanti] n'a pas pour effet de porter atteinte à l'application des dispositions suivantes :

a) les paragraphes 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

b) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d'une cotisation

Par conséquent, non seulement la *LACC* précise que les créances de la Couronne ne bénéficient pas d'une priorité par rapport à celles des autres créanciers (par. 18.3(1)), mais les exceptions à cette règle (maintien de la priorité de la Couronne dans le cas des retenues à la source) sont mentionnées à plusieurs reprises dans la Loi.

[40] Le conflit apparent qui existe dans la présente affaire fait qu'on doit se demander si la règle de la *LTA* adoptée en 2000, selon laquelle les fiducies réputées visant la TPS s'appliquent malgré tout autre texte législatif fédéral sauf la *LFI*, l'emporte sur la règle énoncée dans la *LACC* — qui a d'abord été édictée en 1997 à l'art. 18.3 — suivant laquelle, sous réserve de certaines exceptions explicites, les fiducies réputées établies par une disposition législative sont sans effet dans le cadre de la *LACC*. Avec égards pour l'opinion contraire exprimée par mon collègue le juge Fish, je ne crois pas qu'on puisse résoudre ce conflit apparent

conflicts, apparent or real, and resolve them when possible.

[41] A line of jurisprudence across Canada has resolved the apparent conflict in favour of the *ETA*, thereby maintaining GST deemed trusts under the *CCAA*. *Ottawa Senators*, the leading case, decided the matter by invoking the doctrine of implied repeal to hold that the later in time provision of the *ETA* should take precedence over the *CCAA* (see also *Solid Resources Ltd., Re* (2002), 40 C.B.R. (4th) 219 (Alta. Q.B.); *Gauntlet*).

[42] The Ontario Court of Appeal in *Ottawa Senators* rested its conclusion on two considerations. First, it was persuaded that by explicitly mentioning the *BIA* in *ETA* s. 222(3), but not the *CCAA*, Parliament made a deliberate choice. In the words of MacPherson J.A.:

The *BIA* and the *CCAA* are closely related federal statutes. I cannot conceive that Parliament would specifically identify the *BIA* as an exception, but accidentally fail to consider the *CCAA* as a possible second exception. In my view, the omission of the *CCAA* from s. 222(3) of the *ETA* was almost certainly a considered omission. [para. 43]

[43] Second, the Ontario Court of Appeal compared the conflict between the *ETA* and the *CCAA* to that before this Court in *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862, and found them to be “identical” (para. 46). It therefore considered *Doré* binding (para. 49). In *Doré*, a limitations provision in the more general and recently enacted *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (“*C.C.Q.*”), was held to have repealed a more specific provision of the earlier Quebec *Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19, with which it conflicted. By analogy,

en niant son existence et en créant une règle qui exige à la fois une disposition législative établissant la fiducie présumée et une autre la confirmant. Une telle règle est inconnue en droit. Les tribunaux doivent reconnaître les conflits, apparents ou réels, et les résoudre lorsque la chose est possible.

[41] Un courant jurisprudentiel pancanadien a résolu le conflit apparent en faveur de la *LTA*, confirmant ainsi la validité des fiducies réputées à l’égard de la TPS dans le cadre de la *LACC*. Dans l’arrêt déterminant à ce sujet, *Ottawa Senators*, la Cour d’appel de l’Ontario a invoqué la doctrine de l’abrogation implicite et conclu que la disposition postérieure de la *LTA* devait avoir préséance sur la *LACC* (voir aussi *Solid Resources Ltd., Re* (2002), 40 C.B.R. (4th) 219 (B.R. Alb.); *Gauntlet*).

[42] Dans *Ottawa Senators*, la Cour d’appel de l’Ontario a fondé sa conclusion sur deux considérations. Premièrement, elle était convaincue qu’en mentionnant explicitement la *LFI* — mais pas la *LACC* — au par. 222(3) de la *LTA*, le législateur a fait un choix délibéré. Je cite le juge MacPherson :

[TRADUCTION] La *LFI* et la *LACC* sont des lois fédérales étroitement liées entre elles. Je ne puis concevoir que le législateur ait pu mentionner expressément la *LFI* à titre d’exception, mais ait involontairement omis de considérer la *LACC* comme une deuxième exception possible. À mon avis, le fait que la *LACC* ne soit pas mentionnée au par. 222(3) de la *LTA* était presque assurément une omission mûrement réfléchie de la part du législateur. [par. 43]

[43] Deuxièmement, la Cour d’appel de l’Ontario a comparé le conflit entre la *LTA* et la *LACC* à celui dont a été saisie la Cour dans *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862, et les a jugés [TRADUCTION] « identiques » (par. 46). Elle s’estimait donc tenue de suivre l’arrêt *Doré* (par. 49). Dans cet arrêt, la Cour a conclu qu’une disposition d’une loi de nature plus générale et récemment adoptée établissant un délai de prescription — le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« *C.c.Q.* ») — avait eu pour effet d’abroger une disposition plus spécifique

the Ontario Court of Appeal held that the later in time and more general provision, s. 222(3) of the *ETA*, impliedly repealed the more specific and earlier in time provision, s. 18.3(1) of the *CCAA* (paras. 47-49).

[44] Viewing this issue in its entire context, several considerations lead me to conclude that neither the reasoning nor the result in *Ottawa Senators* can stand. While a conflict may exist at the level of the statutes' wording, a purposive and contextual analysis to determine Parliament's true intent yields the conclusion that Parliament could not have intended to restore the Crown's deemed trust priority in GST claims under the *CCAA* when it amended the *ETA* in 2000 with the *Sparrow Electric* amendment.

[45] I begin by recalling that Parliament has shown its willingness to move away from asserting priority for Crown claims in insolvency law. Section 18.3(1) of the *CCAA* (subject to the s. 18.3(2) exceptions) provides that the Crown's deemed trusts have no effect under the *CCAA*. Where Parliament has sought to protect certain Crown claims through statutory deemed trusts and intended that these deemed trusts continue in insolvency, it has legislated so explicitly and elaborately. For example, s. 18.3(2) of the *CCAA* and s. 67(3) of the *BIA* expressly provide that deemed trusts for source deductions remain effective in insolvency. Parliament has, therefore, clearly carved out exceptions from the general rule that deemed trusts are ineffective in insolvency. The *CCAA* and *BIA* are in harmony, preserving deemed trusts and asserting Crown priority only in respect of source deductions. Meanwhile, there is no express statutory basis for concluding that GST claims enjoy a preferred treatment under the *CCAA* or the *BIA*. Unlike source deductions, which are clearly and expressly dealt with under both these insolvency statutes, no such clear and express language exists

d'un texte de loi antérieur, la *Loi sur les cités et villes* du Québec, L.R.Q., ch. C-19, avec laquelle elle entrerait en conflit. Par analogie, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le par. 222(3) de la *LTA*, une disposition plus récente et plus générale, abrogeait implicitement la disposition antérieure plus spécifique, à savoir le par. 18.3(1) de la *LACC* (par. 47-49).

[44] En examinant la question dans tout son contexte, je suis amenée à conclure, pour plusieurs raisons, que ni le raisonnement ni le résultat de l'arrêt *Ottawa Senators* ne peuvent être adoptés. Bien qu'il puisse exister un conflit entre le libellé des textes de loi, une analyse téléologique et contextuelle visant à déterminer la véritable intention du législateur conduit à la conclusion que ce dernier ne saurait avoir eu l'intention de redonner la priorité, dans le cadre de la *LACC*, à la fiducie réputée de la Couronne à l'égard de ses créances relatives à la TPS quand il a apporté à la *LTA*, en 2000, la modification découlant de l'arrêt *Sparrow Electric*.

[45] Je rappelle d'abord que le législateur a manifesté sa volonté de mettre un terme à la priorité accordée aux créances de la Couronne dans le cadre du droit de l'insolvabilité. Selon le par. 18.3(1) de la *LACC* (sous réserve des exceptions prévues au par. 18.3(2)), les fiducies réputées de la Couronne n'ont aucun effet sous le régime de cette loi. Quand le législateur a voulu protéger certaines créances de la Couronne au moyen de fiducies réputées et voulu que celles-ci continuent de s'appliquer en situation d'insolvabilité, il l'a indiqué de manière explicite et minutieuse. Par exemple, le par. 18.3(2) de la *LACC* et le par. 67(3) de la *LFI* énoncent expressément que les fiducies réputées visant les retenues à la source continuent de produire leurs effets en cas d'insolvabilité. Le législateur a donc clairement établi des exceptions à la règle générale selon laquelle les fiducies réputées n'ont plus d'effet dans un contexte d'insolvabilité. La *LACC* et la *LFI* sont en harmonie : elles préservent les fiducies réputées et établissent la priorité de la Couronne seulement à l'égard des retenues à la source. En revanche, il n'existe aucune disposition législative expresse permettant de conclure que les créances relatives à la

in those Acts carving out an exception for GST claims.

[46] The internal logic of the *CCAA* also militates against upholding the *ETA* deemed trust for GST. The *CCAA* imposes limits on a suspension by the court of the Crown's rights in respect of source deductions but does not mention the *ETA* (s. 11.4). Since source deductions deemed trusts are granted explicit protection under the *CCAA*, it would be inconsistent to afford a better protection to the *ETA* deemed trust absent explicit language in the *CCAA*. Thus, the logic of the *CCAA* appears to subject the *ETA* deemed trust to the waiver by Parliament of its priority (s. 18.4).

[47] Moreover, a strange asymmetry would arise if the interpretation giving the *ETA* priority over the *CCAA* urged by the Crown is adopted here: the Crown would retain priority over GST claims during *CCAA* proceedings but not in bankruptcy. As courts have reflected, this can only encourage statute shopping by secured creditors in cases such as this one where the debtor's assets cannot satisfy both the secured creditors' and the Crown's claims (*Gauntlet*, at para. 21). If creditors' claims were better protected by liquidation under the *BIA*, creditors' incentives would lie overwhelmingly with avoiding proceedings under the *CCAA* and not risking a failed reorganization. Giving a key player in any insolvency such skewed incentives against reorganizing under the *CCAA* can only undermine that statute's remedial objectives and risk inviting the very social ills that it was enacted to avert.

TPS bénéficient d'un traitement préférentiel sous le régime de la *LACC* ou de la *LFI*. Alors que les retenues à la source font l'objet de dispositions explicites dans ces deux lois concernant l'insolvabilité, celles-ci ne comportent pas de dispositions claires et expresses analogues établissant une exception pour les créances relatives à la TPS.

[46] La logique interne de la *LACC* va également à l'encontre du maintien de la fiducie réputée établie dans la *LTA* à l'égard de la TPS. En effet, la *LACC* impose certaines limites à la suspension par les tribunaux des droits de la Couronne à l'égard des retenues à la source, mais elle ne fait pas mention de la *LTA* (art. 11.4). Comme les fiducies réputées visant les retenues à la source sont explicitement protégées par la *LACC*, il serait incohérent d'accorder une meilleure protection à la fiducie réputée établie par la *LTA* en l'absence de dispositions explicites en ce sens dans la *LACC*. Par conséquent, il semble découler de la logique de la *LACC* que la fiducie réputée établie par la *LTA* est visée par la renonciation du législateur à sa priorité (art. 18.4).

[47] De plus, il y aurait une étrange asymétrie si l'interprétation faisant primer la *LTA* sur la *LACC* préconisée par la Couronne était retenue en l'espèce : les créances de la Couronne relatives à la TPS conserveraient leur priorité de rang pendant les procédures fondées sur la *LACC*, mais pas en cas de faillite. Comme certains tribunaux l'ont bien vu, cela ne pourrait qu'encourager les créanciers à recourir à la loi la plus favorable dans les cas où, comme en l'espèce, l'actif du débiteur n'est pas suffisant pour permettre à la fois le paiement des créanciers garantis et le paiement des créances de la Couronne (*Gauntlet*, par. 21). Or, si les réclamations des créanciers étaient mieux protégées par la liquidation sous le régime de la *LFI*, les créanciers seraient très fortement incités à éviter les procédures prévues par la *LACC* et les risques d'échec d'une réorganisation. Le fait de donner à un acteur clé de telles raisons de s'opposer aux procédures de réorganisation fondées sur la *LACC* dans toute situation d'insolvabilité ne peut que miner les objectifs réparateurs de ce texte législatif et risque au contraire de favoriser les maux sociaux que son édicton visait justement à prévenir.

[48] Arguably, the effect of *Ottawa Senators* is mitigated if restructuring is attempted under the *BIA* instead of the *CCAA*, but it is not cured. If *Ottawa Senators* were to be followed, Crown priority over GST would differ depending on whether restructuring took place under the *CCAA* or the *BIA*. The anomaly of this result is made manifest by the fact that it would deprive companies of the option to restructure under the more flexible and responsive *CCAA* regime, which has been the statute of choice for complex reorganizations.

[49] Evidence that Parliament intended different treatments for GST claims in reorganization and bankruptcy is scant, if it exists at all. Section 222(3) of the *ETA* was enacted as part of a wide-ranging budget implementation bill in 2000. The summary accompanying that bill does not indicate that Parliament intended to elevate Crown priority over GST claims under the *CCAA* to the same or a higher level than source deductions claims. Indeed, the summary for deemed trusts states only that amendments to existing provisions are aimed at “ensuring that employment insurance premiums and Canada Pension Plan contributions that are required to be remitted by an employer are fully recoverable by the Crown in the case of the bankruptcy of the employer” (Summary to S.C. 2000, c. 30, at p. 4a). The wording of GST deemed trusts resembles that of statutory deemed trusts for source deductions and incorporates the same overriding language and reference to the *BIA*. However, as noted above, Parliament’s express intent is that only source deductions deemed trusts remain operative. An exception for the *BIA* in the statutory language establishing the source deductions deemed trusts accomplishes very little, because the explicit language of the *BIA* itself (and the *CCAA*) carves out these source deductions deemed trusts and maintains their effect. It is however noteworthy that no equivalent language maintaining GST deemed trusts exists under either the *BIA* or the *CCAA*.

[48] Peut-être l’effet de l’arrêt *Ottawa Senators* est-il atténué si la restructuration est tentée en vertu de la *LFI* au lieu de la *LACC*, mais il subsiste néanmoins. Si l’on suivait cet arrêt, la priorité de la créance de la Couronne relative à la TPS différerait selon le régime — *LACC* ou *LFI* — sous lequel la restructuration a lieu. L’anomalie de ce résultat ressort clairement du fait que les compagnies seraient ainsi privées de la possibilité de se restructurer sous le régime plus souple et mieux adapté de la *LACC*, régime privilégié en cas de réorganisations complexes.

[49] Les indications selon lesquelles le législateur voulait que les créances relatives à la TPS soient traitées différemment dans les cas de réorganisations et de faillites sont rares, voire inexistantes. Le paragraphe 222(3) de la *LTA* a été adopté dans le cadre d’un projet de loi d’exécution du budget de nature générale en 2000. Le sommaire accompagnant ce projet de loi n’indique pas que, dans le cadre de la *LACC*, le législateur entendait élever la priorité de la créance de la Couronne à l’égard de la TPS au même rang que les créances relatives aux retenues à la source ou encore à un rang supérieur à celles-ci. En fait, le sommaire mentionne simplement, en ce qui concerne les fiducies réputées, que les modifications apportées aux dispositions existantes visent à « faire en sorte que les cotisations à l’assurance-emploi et au Régime de pensions du Canada qu’un employeur est tenu de verser soient pleinement recouvrables par la Couronne en cas de faillite de l’employeur » (Sommaire de la L.C. 2000, ch. 30, p. 4a). Le libellé de la disposition créant une fiducie réputée à l’égard de la TPS ressemble à celui des dispositions créant de telles fiducies relatives aux retenues à la source et il comporte la même formule dérogatoire et la même mention de la *LFI*. Cependant, comme il a été souligné précédemment, le législateur a expressément précisé que seules les fiducies réputées visant les retenues à la source demeurent en vigueur. Une exception concernant la *LFI* dans la disposition créant les fiducies réputées à l’égard des retenues à la source est sans grande conséquence, car le texte explicite de la *LFI* elle-même (et celui de la *LACC*) établit ces fiducies et maintient leur effet. Il convient toutefois de souligner que ni la *LFI* ni la *LACC* ne comportent de disposition équivalente assurant le maintien en vigueur des fiducies réputées visant la TPS.

[50] It seems more likely that by adopting the same language for creating GST deemed trusts in the *ETA* as it did for deemed trusts for source deductions, and by overlooking the inclusion of an exception for the *CCAA* alongside the *BIA* in s. 222(3) of the *ETA*, Parliament may have inadvertently succumbed to a drafting anomaly. Because of a statutory lacuna in the *ETA*, the GST deemed trust could be seen as remaining effective in the *CCAA*, while ceasing to have any effect under the *BIA*, thus creating an apparent conflict with the wording of the *CCAA*. However, it should be seen for what it is: a facial conflict only, capable of resolution by looking at the broader approach taken to Crown priorities and by giving precedence to the statutory language of s. 18.3 of the *CCAA* in a manner that does not produce an anomalous outcome.

[51] Section 222(3) of the *ETA* evinces no explicit intention of Parliament to repeal *CCAA* s. 18.3. It merely creates an apparent conflict that must be resolved by statutory interpretation. Parliament's intent when it enacted *ETA* s. 222(3) was therefore far from unambiguous. Had it sought to give the Crown a priority for GST claims, it could have done so explicitly as it did for source deductions. Instead, one is left to infer from the language of *ETA* s. 222(3) that the GST deemed trust was intended to be effective under the *CCAA*.

[52] I am not persuaded that the reasoning in *Doré* requires the application of the doctrine of implied repeal in the circumstances of this case. The main issue in *Doré* concerned the impact of the adoption of the *C.C.Q.* on the administrative law rules with respect to municipalities. While Gonthier J. concluded in that case that the limitation provision in art. 2930 *C.C.Q.* had repealed by implication a limitation provision in the *Cities and Towns Act*, he did so on the basis of more than a textual analysis. The conclusion in *Doré* was reached after thorough

[50] Il semble plus probable qu'en adoptant, pour créer dans la *LTA* les fiducies réputées visant la TPS, le même libellé que celui utilisé pour les fiducies réputées visant les retenues à la source, et en omettant d'inclure au par. 222(3) de la *LTA* une exception à l'égard de la *LACC* en plus de celle établie pour la *LFI*, le législateur ait par inadvertance commis une anomalie rédactionnelle. En raison d'une lacune législative dans la *LTA*, il serait possible de considérer que la fiducie réputée visant la TPS continue de produire ses effets dans le cadre de la *LACC*, tout en cessant de le faire dans le cas de la *LFI*, ce qui entraînerait un conflit apparent avec le libellé de la *LACC*. Il faut cependant voir ce conflit comme il est : un conflit apparent seulement, que l'on peut résoudre en considérant l'approche générale adoptée envers les créances prioritaires de la Couronne et en donnant préséance au texte de l'art. 18.3 de la *LACC* d'une manière qui ne produit pas un résultat insolite.

[51] Le paragraphe 222(3) de la *LTA* ne révèle aucune intention explicite du législateur d'abroger l'art. 18.3 de la *LACC*. Il crée simplement un conflit apparent qui doit être résolu par voie d'interprétation législative. L'intention du législateur était donc loin d'être dépourvue d'ambiguïté quand il a adopté le par. 222(3) de la *LTA*. S'il avait voulu donner priorité aux créances de la Couronne relatives à la TPS dans le cadre de la *LACC*, il aurait pu le faire de manière aussi explicite qu'il l'a fait pour les retenues à la source. Or, au lieu de cela, on se trouve réduit à inférer du texte du par. 222(3) de la *LTA* que le législateur entendait que la fiducie réputée visant la TPS produise ses effets dans les procédures fondées sur la *LACC*.

[52] Je ne suis pas convaincue que le raisonnement adopté dans *Doré* exige l'application de la doctrine de l'abrogation implicite dans les circonstances de la présente affaire. La question principale dans *Doré* était celle de l'impact de l'adoption du *C.c.Q.* sur les règles de droit administratif relatives aux municipalités. Bien que le juge Gonthier ait conclu, dans cet arrêt, que le délai de prescription établi à l'art. 2930 du *C.c.Q.* avait eu pour effet d'abroger implicitement une disposition de la *Loi sur les cités et villes* portant sur la prescription, sa conclusion n'était pas

contextual analysis of both pieces of legislation, including an extensive review of the relevant legislative history (paras. 31-41). Consequently, the circumstances before this Court in *Doré* are far from “identical” to those in the present case, in terms of text, context and legislative history. Accordingly, *Doré* cannot be said to require the automatic application of the rule of repeal by implication.

[53] A noteworthy indicator of Parliament’s overall intent is the fact that in subsequent amendments it has not displaced the rule set out in the *CCAA*. Indeed, as indicated above, the recent amendments to the *CCAA* in 2005 resulted in the rule previously found in s. 18.3 being renumbered and reformulated as s. 37. Thus, to the extent the interpretation allowing the GST deemed trust to remain effective under the *CCAA* depends on *ETA* s. 222(3) having impliedly repealed *CCAA* s. 18.3(1) because it is later in time, we have come full circle. Parliament has renumbered and reformulated the provision of the *CCAA* stating that, subject to exceptions for source deductions, deemed trusts do not survive the *CCAA* proceedings and thus the *CCAA* is now the later in time statute. This confirms that Parliament’s intent with respect to GST deemed trusts is to be found in the *CCAA*.

[54] I do not agree with my colleague Abella J. that s. 44(f) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, can be used to interpret the 2005 amendments as having no effect. The new statute can hardly be said to be a mere re-enactment of the former statute. Indeed, the *CCAA* underwent a substantial review in 2005. Notably, acting consistently with its goal of treating both the *BIA* and the *CCAA* as sharing the same approach to insolvency, Parliament made parallel amendments to both statutes with respect to corporate proposals. In addition, new provisions were introduced regarding

fondée seulement sur une analyse textuelle. Il a en effet procédé à une analyse contextuelle approfondie des deux textes, y compris de l’historique législatif pertinent (par. 31-41). Par conséquent, les circonstances du cas dont était saisie la Cour dans *Doré* sont loin d’être « identiques » à celles du présent pourvoi, tant sur le plan du texte que sur celui du contexte et de l’historique législatif. On ne peut donc pas dire que l’arrêt *Doré* commande l’application automatique d’une règle d’abrogation implicite.

[53] Un bon indice de l’intention générale du législateur peut être tiré du fait qu’il n’a pas, dans les modifications subséquentes, écarté la règle énoncée dans la *LACC*. D’ailleurs, par suite des modifications apportées à cette loi en 2005, la règle figurant initialement à l’art. 18.3 a, comme nous l’avons vu plus tôt, été reprise sous une formulation différente à l’art. 37. Par conséquent, dans la mesure où l’interprétation selon laquelle la fiducie réputée visant la TPS demeurerait en vigueur dans le contexte de procédures en vertu de la *LACC* repose sur le fait que le par. 222(3) de la *LTA* constitue la disposition postérieure et a eu pour effet d’abroger implicitement le par. 18.3(1) de la *LACC*, nous revenons au point de départ. Comme le législateur a reformulé et renuméroté la disposition de la *LACC* précisant que, sous réserve des exceptions relatives aux retenues à la source, les fiducies réputées ne survivent pas à l’engagement de procédures fondées sur la *LACC*, c’est cette loi qui se trouve maintenant à être le texte postérieur. Cette constatation confirme que c’est dans la *LACC* qu’est exprimée l’intention du législateur en ce qui a trait aux fiducies réputées visant la TPS.

[54] Je ne suis pas d’accord avec ma collègue la juge Abella pour dire que l’al. 44f) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, permet d’interpréter les modifications de 2005 comme n’ayant aucun effet. La nouvelle loi peut difficilement être considérée comme une simple refonte de la loi antérieure. De fait, la *LACC* a fait l’objet d’un examen approfondi en 2005. En particulier, conformément à son objectif qui consiste à faire concorder l’approche de la *LFI* et celle de la *LACC* à l’égard de l’insolvabilité, le législateur a apporté aux deux textes des modifications allant dans le même sens en ce qui concerne les

the treatment of contracts, collective agreements, interim financing and governance agreements. The appointment and role of the Monitor was also clarified. Noteworthy are the limits imposed by CCAA s. 11.09 on the court's discretion to make an order staying the Crown's source deductions deemed trusts, which were formerly found in s. 11.4. No mention whatsoever is made of GST deemed trusts (see Summary to S.C. 2005, c. 47). The review went as far as looking at the very expression used to describe the statutory override of deemed trusts. The comments cited by my colleague only emphasize the clear intent of Parliament to maintain its policy that only source deductions deemed trusts survive in CCAA proceedings.

[55] In the case at bar, the legislative context informs the determination of Parliament's legislative intent and supports the conclusion that *ETA* s. 222(3) was not intended to narrow the scope of the CCAA's override provision. Viewed in its entire context, the conflict between the *ETA* and the CCAA is more apparent than real. I would therefore not follow the reasoning in *Ottawa Senators* and affirm that CCAA s. 18.3 remained effective.

[56] My conclusion is reinforced by the purpose of the CCAA as part of Canadian remedial insolvency legislation. As this aspect is particularly relevant to the second issue, I will now discuss how courts have interpreted the scope of their discretionary powers in supervising a CCAA reorganization and how Parliament has largely endorsed this interpretation. Indeed, the interpretation courts have given to the CCAA helps in understanding how the CCAA grew to occupy such a prominent role in Canadian insolvency law.

propositions présentées par les entreprises. De plus, de nouvelles dispositions ont été ajoutées au sujet des contrats, des conventions collectives, du financement temporaire et des accords de gouvernance. Des clarifications ont aussi été apportées quant à la nomination et au rôle du contrôleur. Il convient par ailleurs de souligner les limites imposées par l'art. 11.09 de la *LACC* au pouvoir discrétionnaire du tribunal d'ordonner la suspension de l'effet des fiducies réputées créées en faveur de la Couronne relativement aux retenues à la source, limites qui étaient auparavant énoncées à l'art. 11.4. Il n'est fait aucune mention des fiducies réputées visant la TPS (voir le Sommaire de la L.C. 2005, ch. 47). Dans le cadre de cet examen, le législateur est allé jusqu'à se pencher sur les termes mêmes utilisés dans la loi pour écarter l'application des fiducies réputées. Les commentaires cités par ma collègue ne font que souligner l'intention manifeste du législateur de maintenir sa politique générale suivant laquelle seules les fiducies réputées visant les retenues à la source survivent en cas de procédures fondées sur la *LACC*.

[55] En l'espèce, le contexte législatif aide à déterminer l'intention du législateur et conforte la conclusion selon laquelle le par. 222(3) de la *LTA* ne visait pas à restreindre la portée de la disposition de la *LACC* écartant l'application des fiducies réputées. Eu égard au contexte dans son ensemble, le conflit entre la *LTA* et la *LACC* est plus apparent que réel. Je n'adopterais donc pas le raisonnement de l'arrêt *Ottawa Senators* et je confirmerais que l'art. 18.3 de la *LACC* a continué de produire ses effets.

[56] Ma conclusion est renforcée par l'objectif de la *LACC* en tant que composante du régime réparateur instauré la législation canadienne en matière d'insolvabilité. Comme cet aspect est particulièrement pertinent à propos de la deuxième question, je vais maintenant examiner la façon dont les tribunaux ont interprété l'étendue des pouvoirs discrétionnaires dont ils disposent lorsqu'ils surveillent une réorganisation fondée sur la *LACC*, ainsi que la façon dont le législateur a dans une large mesure entériné cette interprétation. L'interprétation de la *LACC* par les tribunaux aide en fait à comprendre comment celle-ci en est venue à jouer un rôle si important dans le droit canadien de l'insolvabilité.

3.3 *Discretionary Power of a Court Supervising a CCAA Reorganization*

[57] Courts frequently observe that “[t]he CCAA is skeletal in nature” and does not “contain a comprehensive code that lays out all that is permitted or barred” (*Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513, at para. 44, *per* Blair J.A.). Accordingly, “[t]he history of CCAA law has been an evolution of judicial interpretation” (*Dylex Ltd., Re* (1995), 31 C.B.R. (3d) 106 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at para. 10, *per* Farley J.).

[58] CCAA decisions are often based on discretionary grants of jurisdiction. The incremental exercise of judicial discretion in commercial courts under conditions one practitioner aptly describes as “the hothouse of real-time litigation” has been the primary method by which the CCAA has been adapted and has evolved to meet contemporary business and social needs (see Jones, at p. 484).

[59] Judicial discretion must of course be exercised in furtherance of the CCAA’s purposes. The remedial purpose I referred to in the historical overview of the Act is recognized over and over again in the jurisprudence. To cite one early example:

The legislation is remedial in the purest sense in that it provides a means whereby the devastating social and economic effects of bankruptcy or creditor initiated termination of ongoing business operations can be avoided while a court-supervised attempt to reorganize the financial affairs of the debtor company is made.

(*Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282, at para. 57, *per* Doherty J.A., dissenting)

[60] Judicial decision making under the CCAA takes many forms. A court must first of all provide the conditions under which the debtor can attempt to reorganize. This can be achieved by

3.3 *Pouvoirs discrétionnaires du tribunal chargé de surveiller une réorganisation fondée sur la LACC*

[57] Les tribunaux font souvent remarquer que [TRADUCTION] « [l]a LACC est par nature schématique » et ne « contient pas un code complet énonçant tout ce qui est permis et tout ce qui est interdit » (*Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513, par. 44, le juge Blair). Par conséquent, [TRADUCTION] « [l]’histoire du droit relatif à la LACC correspond à l’évolution de ce droit au fil de son interprétation par les tribunaux » (*Dylex Ltd., Re* (1995), 31 C.B.R. (3d) 106 (C. Ont. (Div. gén.)), par. 10, le juge Farley).

[58] Les décisions prises en vertu de la LACC découlent souvent de l’exercice discrétionnaire de certains pouvoirs. C’est principalement au fil de l’exercice par les juridictions commerciales de leurs pouvoirs discrétionnaires, et ce, dans des conditions décrites avec justesse par un praticien comme constituant [TRADUCTION] « la pépinière du contentieux en temps réel », que la LACC a évolué de façon graduelle et s’est adaptée aux besoins commerciaux et sociaux contemporains (voir Jones, p. 484).

[59] L’exercice par les tribunaux de leurs pouvoirs discrétionnaires doit évidemment tendre à la réalisation des objectifs de la LACC. Le caractère réparateur dont j’ai fait état dans mon aperçu historique de la Loi a à maintes reprises été reconnu dans la jurisprudence. Voici l’un des premiers exemples :

[TRADUCTION] La loi est réparatrice au sens le plus pur du terme, en ce qu’elle fournit un moyen d’éviter les effets dévastateurs, — tant sur le plan social qu’économique — de la faillite ou de l’arrêt des activités d’une entreprise, à l’initiation des créanciers, pendant que des efforts sont déployés, sous la surveillance du tribunal, en vue de réorganiser la situation financière de la compagnie débitrice.

(*Elan Corp. c. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282, par. 57, le juge Doherty, dissident)

[60] Le processus décisionnel des tribunaux sous le régime de la LACC comporte plusieurs aspects. Le tribunal doit d’abord créer les conditions propres à permettre au débiteur de tenter une réorganisation.

staying enforcement actions by creditors to allow the debtor's business to continue, preserving the *status quo* while the debtor plans the compromise or arrangement to be presented to creditors, and supervising the process and advancing it to the point where it can be determined whether it will succeed (see, e.g., *Chef Ready Foods Ltd. v. Hongkong Bank of Can.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84 (C.A.), at pp. 88-89; *Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 19 B.C.A.C. 134, at para. 27). In doing so, the court must often be cognizant of the various interests at stake in the reorganization, which can extend beyond those of the debtor and creditors to include employees, directors, shareholders, and even other parties doing business with the insolvent company (see, e.g., *Canadian Airlines Corp., Re*, 2000 ABQB 442, 84 Alta. L.R. (3d) 9, at para. 144, *per* Paperny J. (as she then was); *Air Canada, Re* (2003), 42 C.B.R. (4th) 173 (Ont. S.C.J.), at para. 3; *Air Canada, Re*, 2003 CanLII 49366 (Ont. S.C.J.), at para. 13, *per* Farley J.; Sarra, *Creditor Rights*, at pp. 181-92 and 217-26). In addition, courts must recognize that on occasion the broader public interest will be engaged by aspects of the reorganization and may be a factor against which the decision of whether to allow a particular action will be weighed (see, e.g., *Canadian Red Cross Society/Société Canadienne de la Croix Rouge, Re* (2000), 19 C.B.R. (4th) 158 (Ont. S.C.J.), at para. 2, *per* Blair J. (as he then was); Sarra, *Creditor Rights*, at pp. 195-214).

[61] When large companies encounter difficulty, reorganizations become increasingly complex. CCAA courts have been called upon to innovate accordingly in exercising their jurisdiction beyond merely staying proceedings against the debtor to allow breathing room for reorganization. They have been asked to sanction measures for which there is no explicit authority in the CCAA. Without exhaustively cataloguing the various measures taken under the authority of the CCAA, it is useful to refer briefly to a few examples to illustrate the flexibility the statute affords supervising courts.

Il peut à cette fin suspendre les mesures d'exécution prises par les créanciers afin que le débiteur puisse continuer d'exploiter son entreprise, préserver le statu quo pendant que le débiteur prépare la transaction ou l'arrangement qu'il présentera aux créanciers et surveiller le processus et le mener jusqu'au point où il sera possible de dire s'il aboutira (voir, p. ex., *Chef Ready Foods Ltd. c. Hongkong Bank of Can.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84 (C.A.), p. 88-89; *Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 19 B.C.A.C. 134, par. 27). Ce faisant, le tribunal doit souvent déterminer les divers intérêts en jeu dans la réorganisation, lesquels peuvent fort bien ne pas se limiter aux seuls intérêts du débiteur et des créanciers, mais englober aussi ceux des employés, des administrateurs, des actionnaires et même de tiers qui font affaire avec la compagnie insolvable (voir, p. ex., *Canadian Airlines Corp., Re*, 2000 ABQB 442, 84 Alta. L.R. (3d) 9, par. 144, la juge Paperny (maintenant juge de la Cour d'appel); *Air Canada, Re* (2003), 42 C.B.R. (4th) 173 (C.S.J. Ont.), par. 3; *Air Canada, Re*, 2003 CanLII 49366 (C.S.J. Ont.), par. 13, le juge Farley; Sarra, *Creditor Rights*, p. 181-192 et 217-226). En outre, les tribunaux doivent reconnaître que, à l'occasion, certains aspects de la réorganisation concernent l'intérêt public et qu'il pourrait s'agir d'un facteur devant être pris en compte afin de décider s'il y a lieu d'autoriser une mesure donnée (voir, p. ex., *Canadian Red Cross Society/Société Canadienne de la Croix Rouge, Re* (2000), 19 C.B.R. (4th) 158 (C.S.J. Ont.), par. 2, le juge Blair (maintenant juge de la Cour d'appel); Sarra, *Creditor Rights*, p. 195-214).

[61] Quand de grandes entreprises éprouvent des difficultés, les réorganisations deviennent très complexes. Les tribunaux chargés d'appliquer la LACC ont ainsi été appelés à innover dans l'exercice de leur compétence et ne se sont pas limités à suspendre les procédures engagées contre le débiteur afin de lui permettre de procéder à une réorganisation. On leur a demandé de sanctionner des mesures non expressément prévues par la LACC. Sans dresser la liste complète des diverses mesures qui ont été prises par des tribunaux en vertu de la LACC, il est néanmoins utile d'en donner brièvement quelques exemples, pour bien illustrer la marge de manœuvre que la loi accorde à ceux-ci.

[62] Perhaps the most creative use of CCAA authority has been the increasing willingness of courts to authorize post-filing security for debtor in possession financing or super-priority charges on the debtor's assets when necessary for the continuation of the debtor's business during the reorganization (see, e.g., *Skydome Corp., Re* (1998), 16 C.B.R. (4th) 118 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re*, 2000 BCCA 146, 135 B.C.A.C. 96, aff'g (1999), 12 C.B.R. (4th) 144 (S.C.); and generally, J. P. Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act* (2007), at pp. 93-115). The CCAA has also been used to release claims against third parties as part of approving a comprehensive plan of arrangement and compromise, even over the objections of some dissenting creditors (see *Metcalfe & Mansfield*). As well, the appointment of a Monitor to oversee the reorganization was originally a measure taken pursuant to the CCAA's supervisory authority; Parliament responded, making the mechanism mandatory by legislative amendment.

[63] Judicial innovation during CCAA proceedings has not been without controversy. At least two questions it raises are directly relevant to the case at bar: (1) What are the sources of a court's authority during CCAA proceedings? (2) What are the limits of this authority?

[64] The first question concerns the boundary between a court's statutory authority under the CCAA and a court's residual authority under its inherent and equitable jurisdiction when supervising a reorganization. In authorizing measures during CCAA proceedings, courts have on occasion purported to rely upon their equitable jurisdiction to advance the purposes of the Act or their inherent jurisdiction to fill gaps in the statute. Recent appellate decisions have counselled against

[62] L'utilisation la plus créative des pouvoirs conférés par la LACC est sans doute le fait que les tribunaux se montrent de plus en plus disposés à autoriser, après le dépôt des procédures, la constitution de sûretés pour financer le débiteur demeuré en possession des biens ou encore la constitution de charges super-prioritaires grevant l'actif du débiteur lorsque cela est nécessaire pour que ce dernier puisse continuer d'exploiter son entreprise pendant la réorganisation (voir, p. ex., *Skydome Corp., Re* (1998), 16 C.B.R. (4th) 118 (C. Ont. (Div. gén.)); *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re*, 2000 BCCA 146, 135 B.C.A.C. 96, conf. (1999), 12 C.B.R. (4th) 144 (C.S.); et, d'une manière générale, J. P. Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act* (2007), p. 93-115). La LACC a aussi été utilisée pour libérer des tiers des actions susceptibles d'être intentées contre eux, dans le cadre de l'approbation d'un plan global d'arrangement et de transaction, malgré les objections de certains créanciers dissidents (voir *Metcalfe & Mansfield*). Au départ, la nomination d'un contrôleur chargé de surveiller la réorganisation était elle aussi une mesure prise en vertu du pouvoir de surveillance conféré par la LACC, mais le législateur est intervenu et a modifié la loi pour rendre cette mesure obligatoire.

[63] L'esprit d'innovation dont ont fait montre les tribunaux pendant des procédures fondées sur la LACC n'a toutefois pas été sans susciter de controverses. Au moins deux des questions que soulève leur approche sont directement pertinentes en l'espèce : (1) Quelles sont les sources des pouvoirs dont dispose le tribunal pendant les procédures fondées sur la LACC? (2) Quelles sont les limites de ces pouvoirs?

[64] La première question porte sur la frontière entre les pouvoirs d'origine législative dont dispose le tribunal en vertu de la LACC et les pouvoirs résiduels dont jouit un tribunal en raison de sa compétence inhérente et de sa compétence en equity, lorsqu'il est question de surveiller une réorganisation. Pour justifier certaines mesures autorisées à l'occasion de procédures engagées sous le régime de la LACC, les tribunaux ont parfois prétendu se fonder sur leur compétence en equity dans le but

purporting to rely on inherent jurisdiction, holding that the better view is that courts are in most cases simply construing the authority supplied by the CCAA itself (see, e.g., *Skeena Cellulose Inc., Re*, 2003 BCCA 344, 13 B.C.L.R. (4th) 236, at paras. 45-47, *per* Newbury J.A.; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5 (C.A.), at paras. 31-33, *per* Blair J.A.).

[65] I agree with Justice Georgina R. Jackson and Professor Janis Sarra that the most appropriate approach is a hierarchical one in which courts rely first on an interpretation of the provisions of the CCAA text before turning to inherent or equitable jurisdiction to anchor measures taken in a CCAA proceeding (see G. R. Jackson and J. Sarra, “Selecting the Judicial Tool to get the Job Done: An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters”, in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2007* (2008), 41, at p. 42). The authors conclude that when given an appropriately purposive and liberal interpretation, the CCAA will be sufficient in most instances to ground measures necessary to achieve its objectives (p. 94).

[66] Having examined the pertinent parts of the CCAA and the recent history of the legislation, I accept that in most instances the issuance of an order during CCAA proceedings should be considered an exercise in statutory interpretation. Particularly noteworthy in this regard is the expansive interpretation the language of the statute at issue is capable of supporting.

[67] The initial grant of authority under the CCAA empowered a court “where an application is made under this Act in respect of a company . . . on the application of any person interested in the

de réaliser les objectifs de la Loi ou sur leur compétence inhérente afin de combler les lacunes de celle-ci. Or, dans de récentes décisions, des cours d’appel ont déconseillé aux tribunaux d’invoquer leur compétence inhérente, concluant qu’il est plus juste de dire que, dans la plupart des cas, les tribunaux ne font simplement qu’interpréter les pouvoirs se trouvant dans la LACC elle-même (voir, p. ex., *Skeena Cellulose Inc., Re*, 2003 BCCA 344, 13 B.C.L.R. (4th) 236, par. 45-47, la juge Newbury; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5 (C.A.), par. 31-33, le juge Blair).

[65] Je suis d’accord avec la juge Georgina R. Jackson et la professeure Janis Sarra pour dire que la méthode la plus appropriée est une approche hiérarchisée. Suivant cette approche, les tribunaux procèdent d’abord à une interprétation des dispositions de la LACC avant d’invoquer leur compétence inhérente ou leur compétence en equity pour justifier des mesures prises dans le cadre d’une procédure fondée sur la LACC (voir G. R. Jackson et J. Sarra, « Selecting the Judicial Tool to get the Job Done : An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters », dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2007* (2008), 41, p. 42). Selon ces auteures, pourvu qu’on lui donne l’interprétation téléologique et large qui s’impose, la LACC permettra dans la plupart des cas de justifier les mesures nécessaires à la réalisation de ses objectifs (p. 94).

[66] L’examen des parties pertinentes de la LACC et de l’évolution récente de la législation me font adhérer à ce point de vue jurisprudentiel et doctrinal : dans la plupart des cas, la décision de rendre une ordonnance durant une procédure fondée sur la LACC relève de l’interprétation législative. D’ailleurs, à cet égard, il faut souligner d’une façon particulière que le texte de loi dont il est question en l’espèce peut être interprété très largement.

[67] En vertu du pouvoir conféré initialement par la LACC, le tribunal pouvait, « chaque fois qu’une demande [était] faite sous le régime de la présente loi à l’égard d’une compagnie, [. . .] sur demande

matter, . . . subject to this Act, [to] make an order under this section” (*CCAA*, s. 11(1)). The plain language of the statute was very broad.

[68] In this regard, though not strictly applicable to the case at bar, I note that Parliament has in recent amendments changed the wording contained in s. 11(1), making explicit the discretionary authority of the court under the *CCAA*. Thus, in s. 11 of the *CCAA* as currently enacted, a court may, “subject to the restrictions set out in this Act, . . . make any order that it considers appropriate in the circumstances” (S.C. 2005, c. 47, s. 128). Parliament appears to have endorsed the broad reading of *CCAA* authority developed by the jurisprudence.

[69] The *CCAA* also explicitly provides for certain orders. Both an order made on an initial application and an order on subsequent applications may stay, restrain, or prohibit existing or new proceedings against the debtor. The burden is on the applicant to satisfy the court that the order is appropriate in the circumstances and that the applicant has been acting in good faith and with due diligence (*CCAA*, ss. 11(3), (4) and (6)).

[70] The general language of the *CCAA* should not be read as being restricted by the availability of more specific orders. However, the requirements of appropriateness, good faith, and due diligence are baseline considerations that a court should always bear in mind when exercising *CCAA* authority. Appropriateness under the *CCAA* is assessed by inquiring whether the order sought advances the policy objectives underlying the *CCAA*. The question is whether the order will usefully further efforts to achieve the remedial purpose of the *CCAA* — avoiding the social and economic losses resulting from liquidation of an insolvent company. I would add that appropriateness extends not only to the purpose of the order, but also to the means it employs. Courts should be mindful that chances for successful reorganizations are enhanced where participants achieve common ground and all

d’un intéressé, [. . .] sous réserve des autres dispositions de la présente loi [. . .] rendre l’ordonnance prévue au présent article » (*LACC*, par. 11(1)). Cette formulation claire était très générale.

[68] Bien que ces dispositions ne soient pas strictement applicables en l’espèce, je signale à ce propos que le législateur a, dans des modifications récentes, apporté au texte du par. 11(1) un changement qui rend plus explicite le pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par la *LACC*. Ainsi, aux termes de l’art. 11 actuel de la *LACC*, le tribunal peut « rendre [. . .] sous réserve des restrictions prévues par la présente loi [. . .] toute ordonnance qu’il estime indiquée » (L.C. 2005, ch. 47, art. 128). Le législateur semble ainsi avoir jugé opportun de sanctionner l’interprétation large du pouvoir conféré par la *LACC* qui a été élaborée par la jurisprudence.

[69] De plus, la *LACC* prévoit explicitement certaines ordonnances. Tant à la suite d’une demande initiale que d’une demande subséquente, le tribunal peut, par ordonnance, suspendre ou interdire toute procédure contre le débiteur, ou surseoir à sa continuation. Il incombe à la personne qui demande une telle ordonnance de convaincre le tribunal qu’elle est indiquée et qu’il a agi et continue d’agir de bonne foi et avec la diligence voulue (*LACC*, par. 11(3), (4) et (6)).

[70] La possibilité pour le tribunal de rendre des ordonnances plus spécifiques n’a pas pour effet de restreindre la portée des termes généraux utilisés dans la *LACC*. Toutefois, l’opportunité, la bonne foi et la diligence sont des considérations de base que le tribunal devrait toujours garder à l’esprit lorsqu’il exerce les pouvoirs conférés par la *LACC*. Sous le régime de la *LACC*, le tribunal évalue l’opportunité de l’ordonnance demandée en déterminant si elle favorisera la réalisation des objectifs de politique générale qui sous-tendent la Loi. Il s’agit donc de savoir si cette ordonnance contribuera utilement à la réalisation de l’objectif réparateur de la *LACC* — à savoir éviter les pertes sociales et économiques résultant de la liquidation d’une compagnie insolvable. J’ajouterais que le critère de l’opportunité s’applique non seulement à l’objectif de l’ordonnance, mais aussi aux moyens utilisés. Les tribunaux

stakeholders are treated as advantageously and fairly as the circumstances permit.

[71] It is well established that efforts to reorganize under the *CCAA* can be terminated and the stay of proceedings against the debtor lifted if the reorganization is “doomed to failure” (see *Chef Ready*, at p. 88; *Philip’s Manufacturing Ltd., Re* (1992), 9 C.B.R. (3d) 25 (B.C.C.A.), at paras. 6-7). However, when an order is sought that does realistically advance the *CCAA*’s purposes, the ability to make it is within the discretion of a *CCAA* court.

[72] The preceding discussion assists in determining whether the court had authority under the *CCAA* to continue the stay of proceedings against the Crown once it was apparent that reorganization would fail and bankruptcy was the inevitable next step.

[73] In the Court of Appeal, Tysoe J.A. held that no authority existed under the *CCAA* to continue staying the Crown’s enforcement of the GST deemed trust once efforts at reorganization had come to an end. The appellant submits that in so holding, Tysoe J.A. failed to consider the underlying purpose of the *CCAA* and give the statute an appropriately purposive and liberal interpretation under which the order was permissible. The Crown submits that Tysoe J.A. correctly held that the mandatory language of the *ETA* gave the court no option but to permit enforcement of the GST deemed trust when lifting the *CCAA* stay to permit the debtor to make an assignment under the *BIA*. Whether the *ETA* has a mandatory effect in the context of a *CCAA* proceeding has already been discussed. I will now address the question of whether the order was authorized by the *CCAA*.

doivent se rappeler que les chances de succès d’une réorganisation sont meilleures lorsque les participants arrivent à s’entendre et que tous les intéressés sont traités de la façon la plus avantageuse et juste possible dans les circonstances.

[71] Il est bien établi qu’il est possible de mettre fin aux efforts déployés pour procéder à une réorganisation fondée sur la *LACC* et de lever la suspension des procédures contre le débiteur si la réorganisation est [TRADUCTION] « vouée à l’échec » (voir *Chef Ready*, p. 88; *Philip’s Manufacturing Ltd., Re* (1992), 9 C.B.R. (3d) 25 (C.A.C.-B.), par. 6-7). Cependant, quand l’ordonnance demandée contribue vraiment à la réalisation des objectifs de la *LACC*, le pouvoir discrétionnaire dont dispose le tribunal en vertu de cette loi l’habilite à rendre à cette ordonnance.

[72] L’analyse qui précède est utile pour répondre à la question de savoir si le tribunal avait, en vertu de la *LACC*, le pouvoir de maintenir la suspension des procédures à l’encontre de la Couronne, une fois qu’il est devenu évident que la réorganisation échouerait et que la faillite était inévitable.

[73] En Cour d’appel, le juge Tysoe a conclu que la *LACC* n’habilitait pas le tribunal à maintenir la suspension des mesures d’exécution de la Couronne à l’égard de la fiducie réputée visant la TPS après l’arrêt des efforts de réorganisation. Selon l’appelante, en tirant cette conclusion, le juge Tysoe a omis de tenir compte de l’objectif fondamental de la *LACC* et n’a pas donné à ce texte l’interprétation téléologique et large qu’il convient de lui donner et qui autorise le prononcé d’une telle ordonnance. La Couronne soutient que le juge Tysoe a conclu à bon droit que les termes impératifs de la *LTA* ne laissaient au tribunal d’autre choix que d’autoriser les mesures d’exécution à l’endroit de la fiducie réputée visant la TPS lorsqu’il a levé la suspension de procédures qui avait été ordonnée en application de la *LACC* afin de permettre au débiteur de faire cession de ses biens en vertu de la *LFI*. J’ai déjà traité de la question de savoir si la *LTA* a un effet contraignant dans une procédure fondée sur la *LACC*. Je vais maintenant traiter de la question de savoir si l’ordonnance était autorisée par la *LACC*.

[74] It is beyond dispute that the *CCAA* imposes no explicit temporal limitations upon proceedings commenced under the Act that would prohibit ordering a continuation of the stay of the Crown's GST claims while lifting the general stay of proceedings temporarily to allow the debtor to make an assignment in bankruptcy.

[75] The question remains whether the order advanced the underlying purpose of the *CCAA*. The Court of Appeal held that it did not because the reorganization efforts had come to an end and the *CCAA* was accordingly spent. I disagree.

[76] There is no doubt that had reorganization been commenced under the *BIA* instead of the *CCAA*, the Crown's deemed trust priority for the GST funds would have been lost. Similarly, the Crown does not dispute that under the scheme of distribution in bankruptcy under the *BIA* the deemed trust for GST ceases to have effect. Thus, after reorganization under the *CCAA* failed, creditors would have had a strong incentive to seek immediate bankruptcy and distribution of the debtor's assets under the *BIA*. In order to conclude that the discretion does not extend to partially lifting the stay in order to allow for an assignment in bankruptcy, one would have to assume a gap between the *CCAA* and the *BIA* proceedings. Brenner C.J.S.C.'s order staying Crown enforcement of the GST claim ensured that creditors would not be disadvantaged by the attempted reorganization under the *CCAA*. The effect of his order was to blunt any impulse of creditors to interfere in an orderly liquidation. His order was thus in furtherance of the *CCAA*'s objectives to the extent that it allowed a bridge between the *CCAA* and *BIA* proceedings. This interpretation of the tribunal's discretionary power is buttressed by s. 20 of the *CCAA*. That section provides that the *CCAA* "may be applied together with the provisions of any Act of Parliament . . . that authorizes or makes provision for the sanction of compromises or arrangements between a company and its shareholders or any class of them", such as

[74] Il n'est pas contesté que la *LACC* n'assujettit les procédures engagées sous son régime à aucune limite temporelle explicite qui interdirait au tribunal d'ordonner le maintien de la suspension des procédures engagées par la Couronne pour recouvrer la TPS, tout en levant temporairement la suspension générale des procédures prononcée pour permettre au débiteur de faire cession de ses biens.

[75] Il reste à se demander si l'ordonnance contribuait à la réalisation de l'objectif fondamental de la *LACC*. La Cour d'appel a conclu que non, parce que les efforts de réorganisation avaient pris fin et que, par conséquent, la *LACC* n'était plus d'aucune utilité. Je ne partage pas cette conclusion.

[76] Il ne fait aucun doute que si la réorganisation avait été entreprise sous le régime de la *LFI* plutôt qu'en vertu de la *LACC*, la Couronne aurait perdu la priorité que lui confère la fiducie réputée visant la TPS. De même, la Couronne ne conteste pas que, selon le plan de répartition prévu par la *LFI* en cas de faillite, cette fiducie réputée cesse de produire ses effets. Par conséquent, après l'échec de la réorganisation tentée sous le régime de la *LACC*, les créanciers auraient eu toutes les raisons de solliciter la mise en faillite immédiate du débiteur et la répartition de ses biens en vertu de la *LFI*. Pour pouvoir conclure que le pouvoir discrétionnaire dont dispose le tribunal ne l'autorise pas à lever partiellement la suspension des procédures afin de permettre la cession des biens, il faudrait présumer l'existence d'un hiatus entre la procédure fondée sur la *LACC* et celle fondée sur la *LFI*. L'ordonnance du juge en chef Brenner suspendant l'exécution des mesures de recouvrement de la Couronne à l'égard de la TPS faisait en sorte que les créanciers ne soient pas désavantagés par la tentative de réorganisation fondée sur la *LACC*. Cette ordonnance avait pour effet de dissuader les créanciers d'entraver une liquidation ordonnée et, de ce fait, elle contribuait à la réalisation des objectifs de la *LACC*, dans la mesure où elle établissait une passerelle entre les procédures régies par la *LACC* d'une part et celles régies par la *LFI* d'autre part. Cette interprétation du pouvoir discrétionnaire du tribunal se trouve renforcée par

the *BIA*. Section 20 clearly indicates the intention of Parliament for the *CCAA* to operate *in tandem* with other insolvency legislation, such as the *BIA*.

[77] The *CCAA* creates conditions for preserving the *status quo* while attempts are made to find common ground amongst stakeholders for a reorganization that is fair to all. Because the alternative to reorganization is often bankruptcy, participants will measure the impact of a reorganization against the position they would enjoy in liquidation. In the case at bar, the order fostered a harmonious transition between reorganization and liquidation while meeting the objective of a single collective proceeding that is common to both statutes.

[78] Tysoe J.A. therefore erred in my view by treating the *CCAA* and the *BIA* as distinct regimes subject to a temporal gap between the two, rather than as forming part of an integrated body of insolvency law. Parliament's decision to maintain two statutory schemes for reorganization, the *BIA* and the *CCAA*, reflects the reality that reorganizations of differing complexity require different legal mechanisms. By contrast, only one statutory scheme has been found to be needed to liquidate a bankrupt debtor's estate. The transition from the *CCAA* to the *BIA* may require the partial lifting of a stay of proceedings under the *CCAA* to allow commencement of the *BIA* proceedings. However, as Laskin J.A. for the Ontario Court of Appeal noted in a similar competition between secured creditors and the Ontario Superintendent of Financial Services seeking to enforce a deemed trust, "[t]he two statutes are related" and no "gap" exists between the two statutes which would allow the enforcement of property interests at the conclusion of *CCAA* proceedings that would be

l'art. 20 de la *LACC*, qui précise que les dispositions de la Loi « peuvent être appliquées conjointement avec celles de toute loi fédérale [...] autorisant ou prévoyant l'homologation de transactions ou arrangements entre une compagnie et ses actionnaires ou une catégorie de ces derniers », par exemple la *LFI*. L'article 20 indique clairement que le législateur entend voir la *LACC* être appliquée *de concert* avec les autres lois concernant l'insolvabilité, telle la *LFI*.

[77] La *LACC* établit les conditions qui permettent de préserver le statu quo pendant qu'on tente de trouver un terrain d'entente entre les intéressés en vue d'une réorganisation qui soit juste pour tout le monde. Étant donné que, souvent, la seule autre solution est la faillite, les participants évaluent l'impact d'une réorganisation en regard de la situation qui serait la leur en cas de liquidation. En l'espèce, l'ordonnance favorisait une transition harmonieuse entre la réorganisation et la liquidation, tout en répondant à l'objectif — commun aux deux lois — qui consiste à avoir une seule procédure collective.

[78] À mon avis, le juge d'appel Tysoe a donc commis une erreur en considérant la *LACC* et la *LFI* comme des régimes distincts, séparés par un hiatus temporel, plutôt que comme deux lois faisant partie d'un ensemble intégré de règles du droit de l'insolvabilité. La décision du législateur de conserver deux régimes législatifs en matière de réorganisation, la *LFI* et la *LACC*, reflète le fait bien réel que des réorganisations de complexité différente requièrent des mécanismes légaux différents. En revanche, un seul régime législatif est jugé nécessaire pour la liquidation de l'actif d'un débiteur en faillite. Le passage de la *LACC* à la *LFI* peut exiger la levée partielle d'une suspension de procédures ordonnée en vertu de la *LACC*, de façon à permettre l'engagement des procédures fondées sur la *LFI*. Toutefois, comme l'a signalé le juge Laskin de la Cour d'appel de l'Ontario dans un litige semblable opposant des créanciers garantis et le Surintendant des services financiers de l'Ontario qui invoquait le bénéfice d'une fiducie réputée, [TRADUCTION] « [L]es deux lois sont

lost in bankruptcy (*Ivaco Inc. (Re)* (2006), 83 O.R. (3d) 108, at paras. 62-63).

[79] The Crown's priority in claims pursuant to source deductions deemed trusts does not undermine this conclusion. Source deductions deemed trusts survive under both the *CCAA* and the *BIA*. Accordingly, creditors' incentives to prefer one Act over another will not be affected. While a court has a broad discretion to stay source deductions deemed trusts in the *CCAA* context, this discretion is nevertheless subject to specific limitations applicable only to source deductions deemed trusts (*CCAA*, s. 11.4). Thus, if *CCAA* reorganization fails (e.g., either the creditors or the court refuse a proposed reorganization), the Crown can immediately assert its claim in unremitted source deductions. But this should not be understood to affect a seamless transition into bankruptcy or create any "gap" between the *CCAA* and the *BIA* for the simple reason that, regardless of what statute the reorganization had been commenced under, creditors' claims in both instances would have been subject to the priority of the Crown's source deductions deemed trust.

[80] Source deductions deemed trusts aside, the comprehensive and exhaustive mechanism under the *BIA* must control the distribution of the debtor's assets once liquidation is inevitable. Indeed, an orderly transition to liquidation is mandatory under the *BIA* where a proposal is rejected by creditors. The *CCAA* is silent on the transition into liquidation but the breadth of the court's discretion under the Act is sufficient to construct a bridge to liquidation under the *BIA*. The court must do so in a manner that does not subvert the scheme of distribution under the *BIA*. Transition

liées » et il n'existe entre elles aucun « hiatus » qui permettrait d'obtenir l'exécution, à l'issue de procédures engagées sous le régime de la *LACC*, de droits de propriété qui seraient perdus en cas de faillite (*Ivaco Inc. (Re)* (2006), 83 O.R. (3d) 108, par. 62-63).

[79] La priorité accordée aux réclamations de la Couronne fondées sur une fiducie réputée visant des retenues à la source n'affaiblit en rien cette conclusion. Comme ces fiducies réputées survivent tant sous le régime de la *LACC* que sous celui de la *LFI*, ce facteur n'a aucune incidence sur l'intérêt que pourraient avoir les créanciers à préférer une loi plutôt que l'autre. S'il est vrai que le tribunal agissant en vertu de la *LACC* dispose d'une grande latitude pour suspendre les réclamations fondée sur des fiducies réputées visant des retenues à la source, cette latitude n'en demeure pas moins soumise à des limitations particulières, applicables uniquement à ces fiducies réputées (*LACC*, art. 11.4). Par conséquent, si la réorganisation tentée sous le régime de la *LACC* échoue (p. ex. parce que le tribunal ou les créanciers refusent une proposition de réorganisation), la Couronne peut immédiatement présenter sa réclamation à l'égard des retenues à la source non versées. Mais il ne faut pas en conclure que cela compromet le passage harmonieux au régime de faillite ou crée le moindre « hiatus » entre la *LACC* et la *LFI*, car le fait est que, peu importe la loi en vertu de laquelle la réorganisation a été amorcée, les réclamations des créanciers auraient dans les deux cas été subordonnées à la priorité de la fiducie réputée de la Couronne à l'égard des retenues à la source.

[80] Abstraction faite des fiducies réputées visant les retenues à la source, c'est le mécanisme complet et exhaustif prévu par la *LFI* qui doit régir la répartition des biens du débiteur une fois que la liquidation est devenue inévitable. De fait, une transition ordonnée aux procédures de liquidation est obligatoire sous le régime de la *LFI* lorsqu'une proposition est rejetée par les créanciers. La *LACC* est muette à l'égard de cette transition, mais l'ampleur du pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par cette loi est suffisante pour établir une passerelle vers une liquidation opérée sous le régime

to liquidation requires partially lifting the *CCAA* stay to commence proceedings under the *BIA*. This necessary partial lifting of the stay should not trigger a race to the courthouse in an effort to obtain priority unavailable under the *BIA*.

[81] I therefore conclude that Brenner C.J.S.C. had the authority under the *CCAA* to lift the stay to allow entry into liquidation.

3.4 *Express Trust*

[82] The last issue in this case is whether Brenner C.J.S.C. created an express trust in favour of the Crown when he ordered on April 29, 2008, that proceeds from the sale of LeRoy Trucking's assets equal to the amount of unremitted GST be held back in the Monitor's trust account until the results of the reorganization were known. Tysoe J.A. in the Court of Appeal concluded as an alternative ground for allowing the Crown's appeal that it was the beneficiary of an express trust. I disagree.

[83] Creation of an express trust requires the presence of three certainties: intention, subject matter, and object. Express or "true trusts" arise from the acts and intentions of the settlor and are distinguishable from other trusts arising by operation of law (see D. W. M. Waters, M. R. Gillen and L. D. Smith, eds., *Waters' Law of Trusts in Canada* (3rd ed. 2005), at pp. 28-29, especially fn. 42).

[84] Here, there is no certainty to the object (i.e. the beneficiary) inferable from the court's order of April 29, 2008 sufficient to support an express trust.

de la *LFI*. Ce faisant, le tribunal doit veiller à ne pas perturber le plan de répartition établi par la *LFI*. La transition au régime de liquidation nécessite la levée partielle de la suspension des procédures ordonnée en vertu de la *LACC*, afin de permettre l'introduction de procédures en vertu de la *LFI*. Il ne faudrait pas que cette indispensable levée partielle de la suspension des procédures provoque une ruée des créanciers vers le palais de justice pour l'obtention d'une priorité inexistante sous le régime de la *LFI*.

[81] Je conclus donc que le juge en chef Brenner avait, en vertu de la *LACC*, le pouvoir de lever la suspension des procédures afin de permettre la transition au régime de liquidation.

3.4 *Fiducie expresse*

[82] La dernière question à trancher en l'espèce est celle de savoir si le juge en chef Brenner a créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne quand il a ordonné, le 29 avril 2008, que le produit de la vente des biens de LeRoy Trucking — jusqu'à concurrence des sommes de TPS non remises — soit détenu dans le compte en fiducie du contrôleur jusqu'à ce que l'issue de la réorganisation soit connue. Un autre motif invoqué par le juge Tysoe de la Cour d'appel pour accueillir l'appel interjeté par la Couronne était que, selon lui, celle-ci était effectivement la bénéficiaire d'une fiducie expresse. Je ne peux souscrire à cette conclusion.

[83] La création d'une fiducie expresse exige la présence de trois certitudes : certitude d'intention, certitude de matière et certitude d'objet. Les fiducies expresses ou « fiducies au sens strict » découlent des actes et des intentions du constituant et se distinguent des autres fiducies découlant de l'effet de la loi (voir D. W. M. Waters, M. R. Gillen et L. D. Smith, dir., *Waters' Law of Trusts in Canada* (3^e éd. 2005), p. 28-29, particulièrement la note en bas de page 42).

[84] En l'espèce, il n'existe aucune certitude d'objet (c.-à-d. relative au bénéficiaire) pouvant être inférée de l'ordonnance prononcée le 29 avril 2008 par le tribunal et suffisante pour donner naissance à une fiducie expresse.

[85] At the time of the order, there was a dispute between Century Services and the Crown over part of the proceeds from the sale of the debtor's assets. The court's solution was to accept LeRoy Trucking's proposal to segregate those monies until that dispute could be resolved. Thus, there was no certainty that the Crown would actually be the beneficiary, or object, of the trust.

[86] The fact that the location chosen to segregate those monies was the Monitor's trust account has no independent effect such that it would overcome the lack of a clear beneficiary. In any event, under the interpretation of *CCAA* s. 18.3(1) established above, no such priority dispute would even arise because the Crown's deemed trust priority over GST claims would be lost under the *CCAA* and the Crown would rank as an unsecured creditor for this amount. However, Brenner C.J.S.C. may well have been proceeding on the basis that, in accordance with *Ottawa Senators*, the Crown's GST claim would remain effective if reorganization was successful, which would not be the case if transition to the liquidation process of the *BIA* was allowed. An amount equivalent to that claim would accordingly be set aside pending the outcome of reorganization.

[87] Thus, uncertainty surrounding the outcome of the *CCAA* restructuring eliminates the existence of any certainty to permanently vest in the Crown a beneficial interest in the funds. That much is clear from the oral reasons of Brenner C.J.S.C. on April 29, 2008, when he said: "Given the fact that [*CCAA* proceedings] are known to fail and filings in bankruptcy result, it seems to me that maintaining the status quo in the case at bar supports the proposal to have the monitor hold these funds in trust." Exactly who might take the money in the final result was therefore evidently in doubt. Brenner C.J.S.C.'s subsequent order of September 3, 2008 denying the Crown's application to enforce the trust once it was clear

[85] Au moment où l'ordonnance a été rendue, il y avait un différend entre Century Services et la Couronne au sujet d'une partie du produit de la vente des biens du débiteur. La solution retenue par le tribunal a consisté à accepter, selon la proposition de LeRoy Trucking, que la somme en question soit détenue séparément jusqu'à ce que le différend puisse être réglé. Par conséquent, il n'existait aucune certitude que la Couronne serait véritablement le bénéficiaire ou l'objet de la fiducie.

[86] Le fait que le compte choisi pour conserver séparément la somme en question était le compte en fiducie du contrôleur n'a pas à lui seul un effet tel qu'il suppléerait à l'absence d'un bénéficiaire certain. De toute façon, suivant l'interprétation du par. 18.3(1) de la *LACC* dégagée précédemment, aucun différend ne saurait même exister quant à la priorité de rang, étant donné que la priorité accordée aux réclamations de la Couronne fondées sur la fiducie réputée visant la TPS ne s'applique pas sous le régime de la *LACC* et que la Couronne est reléguée au rang de créancier non garanti à l'égard des sommes en question. Cependant, il se peut fort bien que le juge en chef Brenner ait estimé que, conformément à l'arrêt *Ottawa Senators*, la créance de la Couronne à l'égard de la TPS demeurerait effective si la réorganisation aboutissait, ce qui ne serait pas le cas si le passage au processus de liquidation régi par la *LFI* était autorisé. Une somme équivalente à cette créance serait ainsi mise de côté jusqu'à ce que le résultat de la réorganisation soit connu.

[87] Par conséquent, l'incertitude entourant l'issue de la restructuration tentée sous le régime de la *LACC* exclut l'existence d'une certitude permettant de conférer de manière permanente à la Couronne un intérêt bénéficiaire sur la somme en question. Cela ressort clairement des motifs exposés de vive voix par le juge en chef Brenner le 29 avril 2008, lorsqu'il a dit : [TRADUCTION] « Comme il est notoire que [des procédures fondées sur la *LACC*] peuvent échouer et que cela entraîne des faillites, le maintien du statu quo en l'espèce me semble militer en faveur de l'acceptation de la proposition d'ordonner au contrôleur de détenir ces fonds en fiducie. » Il y avait donc manifestement un doute quant à la question de savoir qui au juste pourrait toucher l'argent

that bankruptcy was inevitable, confirms the absence of a clear beneficiary required to ground an express trust.

4. Conclusion

[88] I conclude that Brenner C.J.S.C. had the discretion under the *CCAA* to continue the stay of the Crown's claim for enforcement of the GST deemed trust while otherwise lifting it to permit LeRoy Trucking to make an assignment in bankruptcy. My conclusion that s. 18.3(1) of the *CCAA* nullified the GST deemed trust while proceedings under that Act were pending confirms that the discretionary jurisdiction under s. 11 utilized by the court was not limited by the Crown's asserted GST priority, because there is no such priority under the *CCAA*.

[89] For these reasons, I would allow the appeal and declare that the \$305,202.30 collected by LeRoy Trucking in respect of GST but not yet remitted to the Receiver General of Canada is not subject to deemed trust or priority in favour of the Crown. Nor is this amount subject to an express trust. Costs are awarded for this appeal and the appeal in the court below.

The following are the reasons delivered by

FISH J. —

I

[90] I am in general agreement with the reasons of Justice Deschamps and would dispose of the appeal as she suggests.

[91] More particularly, I share my colleague's interpretation of the scope of the judge's discretion under s. 11 of the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 ("*CCAA*").

en fin de compte. L'ordonnance ultérieure du juge en chef Brenner — dans laquelle ce dernier a rejeté, le 3 septembre 2008, la demande de la Couronne sollicitant le bénéfice de la fiducie présumée après qu'il fut devenu évident que la faillite était inévitable — confirme l'absence du bénéficiaire certain sans lequel il ne saurait y avoir de fiducie expresse.

4. Conclusion

[88] Je conclus que le juge en chef Brenner avait, en vertu de la *LACC*, le pouvoir discrétionnaire de maintenir la suspension de la demande de la Couronne sollicitant le bénéfice de la fiducie réputée visant la TPS, tout en levant par ailleurs la suspension des procédures de manière à permettre à LeRoy Trucking de faire cession de ses biens. Ma conclusion selon laquelle le par. 18.3(1) de la *LACC* neutralisait la fiducie réputée visant la TPS pendant la durée des procédures fondées sur cette loi confirme que les pouvoirs discrétionnaires exercés par le tribunal en vertu de l'art. 11 n'étaient pas limités par la priorité invoquée par la Couronne au titre de la TPS, puisqu'il n'existe aucune priorité de la sorte sous le régime de la *LACC*.

[89] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de déclarer que la somme de 305 202,30 \$ perçue par LeRoy Trucking au titre de la TPS mais non encore versée au receveur général du Canada ne fait l'objet d'aucune fiducie réputée ou priorité en faveur de la Couronne. Cette somme ne fait pas non plus l'objet d'une fiducie expresse. Les dépens sont accordés à l'égard du présent pourvoi et de l'appel interjeté devant la juridiction inférieure.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE FISH —

I

[90] Je souscris dans l'ensemble aux motifs de la juge Deschamps et je disposerais du pourvoi comme elle le propose.

[91] Plus particulièrement, je me rallie à son interprétation de la portée du pouvoir discrétionnaire conféré au juge par l'art. 11 de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C.

And I share my colleague's conclusion that Brenner C.J.S.C. did not create an express trust in favour of the Crown when he segregated GST funds into the Monitor's trust account (2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221).

[92] I nonetheless feel bound to add brief reasons of my own regarding the interaction between the CCAA and the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15 ("ETA").

[93] In upholding deemed trusts created by the *ETA* notwithstanding insolvency proceedings, *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), and its progeny have been unduly protective of Crown interests which Parliament itself has chosen to subordinate to competing prioritized claims. In my respectful view, a clearly marked departure from that jurisprudential approach is warranted in this case.

[94] Justice Deschamps develops important historical and policy reasons in support of this position and I have nothing to add in that regard. I do wish, however, to explain why a comparative analysis of related statutory provisions adds support to our shared conclusion.

[95] Parliament has in recent years given detailed consideration to the Canadian insolvency scheme. It has declined to amend the provisions at issue in this case. Ours is not to wonder why, but rather to treat Parliament's preservation of the relevant provisions as a deliberate exercise of the legislative discretion that is Parliament's alone. With respect, I reject any suggestion that we should instead characterize the apparent conflict between s. 18.3(1) (now s. 37(1)) of the CCAA and s. 222 of the *ETA* as a drafting anomaly or statutory lacuna properly subject to judicial correction or repair.

1985, ch. C-36 (« LACC »). Je partage en outre sa conclusion suivant laquelle le juge en chef Brenner n'a pas créé de fiducie expresse en faveur de la Couronne en ordonnant que les sommes recueillies au titre de la TPS soient détenues séparément dans le compte en fiducie du contrôleur (2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221).

[92] J'estime néanmoins devoir ajouter de brefs motifs qui me sont propres au sujet de l'interaction entre la LACC et la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15 (« LTA »).

[93] En maintenant, malgré l'existence des procédures d'insolvabilité, la validité de fiducies réputées créées en vertu de la LTA, l'arrêt *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), et les décisions rendues dans sa foulée ont eu pour effet de protéger indûment des droits de la Couronne que le Parlement avait lui-même choisi de subordonner à d'autres créances prioritaires. À mon avis, il convient en l'espèce de rompre nettement avec ce courant jurisprudentiel.

[94] La juge Deschamps expose d'importantes raisons d'ordre historique et d'intérêt général à l'appui de cette position et je n'ai rien à ajouter à cet égard. Je tiens toutefois à expliquer pourquoi une analyse comparative de certaines dispositions législatives connexes vient renforcer la conclusion à laquelle ma collègue et moi-même en arrivons.

[95] Au cours des dernières années, le législateur fédéral a procédé à un examen approfondi du régime canadien d'insolvabilité. Il a refusé de modifier les dispositions qui sont en cause dans la présente affaire. Il ne nous appartient pas de nous interroger sur les raisons de ce choix. Nous devons plutôt considérer la décision du législateur de maintenir en vigueur les dispositions en question comme un exercice délibéré du pouvoir discrétionnaire de légiférer, pouvoir qui est exclusivement le sien. Avec égards, je rejette le point de vue suivant lequel nous devrions plutôt qualifier l'apparente contradiction entre le par. 18.3(1) (maintenant le par. 37(1)) de la LACC et l'art. 222 de la LTA d'anomalie rédactionnelle ou de lacune législative susceptible d'être corrigée par un tribunal.

II

[96] In the context of the Canadian insolvency regime, a deemed trust will be found to exist only where two complementary elements co-exist: first, a statutory provision *creating* the trust; and second, a CCAA or *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“BIA”) provision *confirming* — or explicitly preserving — its effective operation.

[97] This interpretation is reflected in three federal statutes. Each contains a deemed trust provision framed in terms strikingly similar to the wording of s. 222 of the *ETA*.

[98] The first is the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“ITA”), where s. 227(4) *creates* a deemed trust:

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

[99] In the next subsection, Parliament has taken care to make clear that this trust is unaffected by federal or provincial legislation to the contrary:

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

(a) to be held, from the time the amount was deducted or withheld by the person, separate and

II

[96] Dans le contexte du régime canadien d’insolvabilité, on conclut à l’existence d’une fiducie réputée uniquement lorsque deux éléments complémentaires sont réunis : en premier lieu, une disposition législative qui *crée* la fiducie et, en second lieu, une disposition de la *LACC* ou de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI* ») qui *confirme* l’existence de la fiducie ou la maintient explicitement en vigueur.

[97] Cette interprétation se retrouve dans trois lois fédérales, qui renferment toutes une disposition relative aux fiducies réputées dont le libellé offre une ressemblance frappante avec celui de l’art. 222 de la *LTA*.

[98] La première est la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) (« *LIR* »), dont le par. 227(4) *crée* une fiducie réputée :

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

[99] Dans le paragraphe suivant, le législateur prend la peine de bien préciser que toute disposition législative fédérale ou provinciale à l’effet contraire n’a aucune incidence sur la fiducie ainsi constituée :

(4.1) Malgré les autres dispositions de la présente loi, la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* (sauf ses articles 81.1 et 81.2), tout autre texte législatif fédéral ou provincial ou toute règle de droit, en cas de non-versement à Sa Majesté, selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi, d’un montant qu’une personne est réputée par le paragraphe (4) détenir en fiducie pour Sa Majesté, les biens de la personne [. . .] d’une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté, à compter du moment où le montant est déduit ou retenu,

apart from the property of the person, in trust for Her Majesty whether or not the property is subject to such a security interest, . . .

séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à une telle garantie;

. . . and the proceeds of such property shall be paid to the Receiver General in priority to all such security interests.

. . . et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur une telle garantie.

[100] The continued operation of this deemed trust is expressly *confirmed* in s. 18.3 of the CCAA:

[100] Le maintien en vigueur de cette fiducie réputée est expressément *confirmé* à l'art. 18.3 de la LACC :

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

18.3(1) Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

(2) Subsection (1) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act*

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi*

[101] The operation of the *ITA* deemed trust is also confirmed in s. 67 of the *BIA*:

[101] L'application de la fiducie réputée prévue par la *LIR* est également confirmée par l'art. 67 de la *LFI* :

(2) Subject to subsection (3), notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a bankrupt shall not be regarded as held in trust for Her Majesty for the purpose of paragraph (1)(a) unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

(2) Sous réserve du paragraphe (3) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens du failli ne peut, pour l'application de l'alinéa (1)a), être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

(3) Subsection (2) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act*

(3) Le paragraphe (2) ne s'applique pas à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi*

[102] Thus, Parliament has first *created* and then *confirmed the continued operation* of the Crown's *ITA* deemed trust under *both* the CCAA and the *BIA* regimes.

[102] Par conséquent, le législateur a *créé*, puis *confirmé le maintien en vigueur* de la fiducie réputée établie par la *LIR* en faveur de Sa Majesté *tant* sous le régime de la *LACC* *que* sous celui de la *LFI*.

[103] The second federal statute for which this scheme holds true is the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8 (“*CPP*”). At s. 23, Parliament creates a deemed trust in favour of the Crown and specifies that it exists despite all contrary provisions in any other Canadian statute. Finally, and in almost identical terms, the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 (“*EIA*”), creates a deemed trust in favour of the Crown: see ss. 86(2) and (2.1).

[104] As we have seen, the survival of the deemed trusts created under these provisions of the *ITA*, the *CPP* and the *EIA* is confirmed in s. 18.3(2) of the *CCAA* and in s. 67(3) of the *BIA*. In all three cases, Parliament’s intent to enforce the Crown’s deemed trust through insolvency proceedings is expressed in clear and unmistakable terms.

[105] The same is not true with regard to the deemed trust created under the *ETA*. Although Parliament creates a deemed trust in favour of the Crown to hold unremitted GST monies, and although it purports to maintain this trust notwithstanding any contrary federal or provincial legislation, it does not *confirm* the trust — or expressly provide for its continued operation — in either the *BIA* or the *CCAA*. The second of the two mandatory elements I have mentioned is thus absent reflecting Parliament’s intention to allow the deemed trust to lapse with the commencement of insolvency proceedings.

[106] The language of the relevant *ETA* provisions is identical in substance to that of the *ITA*, *CPP*, and *EIA* provisions:

222. (1) Subject to subsection (1.1), every person who collects an amount as or on account of tax under Division II is deemed, for all purposes and despite any security interest in the amount, to hold the amount in trust for Her Majesty in right of Canada, separate and apart from the property of the person and from property held by any secured creditor of the person that, but for a

[103] La deuxième loi fédérale où l’on retrouve ce mécanisme est le *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8 (« *RPC* »). À l’article 23, le législateur crée une fiducie réputée en faveur de la Couronne et précise qu’elle existe malgré les dispositions contraires de toute autre loi fédérale. Enfin, la *Loi sur l’assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23 (« *LAE* »), crée dans des termes quasi identiques, une fiducie réputée en faveur de la Couronne : voir les par. 86(2) et (2.1).

[104] Comme nous l’avons vu, le maintien en vigueur des fiducies réputées créées en vertu de ces dispositions de la *LIR*, du *RPC* et de la *LAE* est confirmé au par. 18.3(2) de la *LACC* et au par. 67(3) de la *LFI*. Dans les trois cas, le législateur a exprimé en termes clairs et explicites sa volonté de voir la fiducie réputée établie en faveur de la Couronne produire ses effets pendant le déroulement de la procédure d’insolvabilité.

[105] La situation est différente dans le cas de la fiducie réputée créée par la *LTA*. Bien que le législateur crée en faveur de la Couronne une fiducie réputée dans laquelle seront conservées les sommes recueillies au titre de la TPS mais non encore versées, et bien qu’il prétende maintenir cette fiducie en vigueur malgré les dispositions à l’effet contraire de toute loi fédérale ou provinciale, il ne *confirme* pas l’existence de la fiducie — ni ne prévoit expressément le maintien en vigueur de celle-ci — dans la *LFI* ou dans la *LACC*. Le second des deux éléments obligatoires que j’ai mentionnés fait donc défaut, ce qui témoigne de l’intention du législateur de laisser la fiducie réputée devenir caduque au moment de l’introduction de la procédure d’insolvabilité.

[106] Le texte des dispositions en cause de la *LTA* est substantiellement identique à celui des dispositions de la *LIR*, du *RPC* et de la *LAE* :

222. (1) La personne qui perçoit un montant au titre de la taxe prévue à la section II est réputée, à toutes fins utiles et malgré tout droit en garantie le concernant, le détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, séparé de ses propres biens et des biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l’absence du droit en garantie, seraient ceux de la personne, jusqu’à ce qu’il soit

security interest, would be property of the person, until the amount is remitted to the Receiver General or withdrawn under subsection (2).

. . .

(3) Despite any other provision of this Act (except subsection (4)), any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*), any enactment of a province or any other law, if at any time an amount deemed by subsection (1) to be held by a person in trust for Her Majesty is not remitted to the Receiver General or withdrawn in the manner and at the time provided under this Part, property of the person and property held by any secured creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust, is deemed

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

. . .

. . . and the proceeds of the property shall be paid to the Receiver General in priority to all security interests.

[107] Yet no provision of the *CCAA* provides for the continuation of this deemed trust after the *CCAA* is brought into play.

[108] In short, Parliament has imposed *two* explicit conditions, or “building blocks”, for survival under the *CCAA* of deemed trusts created by the *ITA*, *CPP*, and *EIA*. Had Parliament intended to likewise preserve under the *CCAA* deemed trusts created by the *ETA*, it would have included in the *CCAA* the sort of confirmatory provision that explicitly preserves other deemed trusts.

[109] With respect, unlike Tysoe J.A., I do not find it “inconceivable that Parliament would specifically identify the *BIA* as an exception when enacting the current version of s. 222(3) of the *ETA* without considering the *CCAA* as a possible second exception” (2009 BCCA 205, 98 B.C.L.R. (4th) 242, at para. 37). *All* of the deemed trust

versé au receveur général ou retiré en application du paragraphe (2).

. . .

(3) Malgré les autres dispositions de la présente loi (sauf le paragraphe (4) du présent article), tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*), tout texte législatif provincial ou toute autre règle de droit, lorsqu'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (1) détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada n'est pas versé au receveur général ni retiré selon les modalités et dans le délai prévus par la présente partie, les biens de la personne — y compris les biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l'absence du droit en garantie, seraient ses biens — d'une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, à compter du moment où le montant est perçu par la personne, séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie;

. . .

. . . et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur tout droit en garantie.

[107] Pourtant, aucune disposition de la *LACC* ne prévoit le maintien en vigueur de la fiducie réputée une fois que la *LACC* entre en jeu.

[108] En résumé, le législateur a imposé *deux* conditions explicites — ou « composantes de base » — devant être réunies pour que survivent, sous le régime de la *LACC*, les fiducies réputées qui ont été établies par la *LIR*, le *RPC* et la *LAE*. S'il avait voulu préserver de la même façon, sous le régime de la *LACC*, les fiducies réputées qui sont établies par la *LTA*, il aurait inséré dans la *LACC* le type de disposition confirmatoire qui maintient explicitement en vigueur d'autres fiducies réputées.

[109] Avec égards pour l'opinion contraire exprimée par le juge Tysoe de la Cour d'appel, je ne trouve pas [TRADUCTION] « inconcevable que le législateur, lorsqu'il a adopté la version actuelle du par. 222(3) de la *LTA*, ait désigné expressément la *LFI* comme une exception sans envisager que la *LACC* puisse constituer une deuxième exception » (2009 BCCA

provisions excerpted above make explicit reference to the *BIA*. Section 222 of the *ETA* does not break the pattern. Given the near-identical wording of the four deemed trust provisions, it would have been surprising indeed had Parliament not addressed the *BIA* at all in the *ETA*.

[110] Parliament's evident intent was to render GST deemed trusts inoperative upon the institution of insolvency proceedings. Accordingly, s. 222 mentions the *BIA* so as to *exclude* it from its ambit — rather than to *include* it, as do the *ITA*, the *CPP*, and the *EIA*.

[111] Conversely, I note that *none* of these statutes mentions the *CCAA* expressly. Their specific reference to the *BIA* has no bearing on their interaction with the *CCAA*. Again, it is the confirmatory provisions *in the insolvency statutes* that determine whether a given deemed trust will subsist during insolvency proceedings.

[112] Finally, I believe that chambers judges should not segregate GST monies into the Monitor's trust account during *CCAA* proceedings, as was done in this case. The result of Justice Deschamps's reasoning is that GST claims become unsecured under the *CCAA*. Parliament has deliberately chosen to nullify certain Crown super-priorities during insolvency; this is one such instance.

III

[113] For these reasons, like Justice Deschamps, I would allow the appeal with costs in this Court and in the courts below and order that the \$305,202.30 collected by LeRoy Trucking in respect of GST but not yet remitted to the Receiver General of Canada

205, 98 B.C.L.R. (4th) 242, par. 37). *Toutes les dispositions établissant des fiducies réputées qui sont reproduites ci-dessus font explicitement mention de la LFI. L'article 222 de la LTA ne rompt pas avec ce modèle. Compte tenu du libellé presque identique des quatre dispositions établissant une fiducie réputée, il aurait d'ailleurs été étonnant que le législateur ne fasse aucune mention de la LFI dans la LTA.*

[110] L'intention du législateur était manifestement de rendre inopérantes les fiducies réputées visant la TPS dès l'introduction d'une procédure d'insolvabilité. Par conséquent, l'art. 222 mentionne la *LFI* de manière à l'*exclure* de son champ d'application — et non de l'y *inclure*, comme le font la *LIR*, le *RPC* et la *LAE*.

[111] En revanche, je constate qu'*aucune* de ces lois ne mentionne expressément la *LACC*. La mention explicite de la *LFI* dans ces textes n'a aucune incidence sur leur interaction avec la *LACC*. Là encore, ce sont les dispositions confirmatoires que l'on trouve *dans les lois sur l'insolvabilité* qui déterminent si une fiducie réputée continuera d'exister durant une procédure d'insolvabilité.

[112] Enfin, j'estime que les juges siégeant en leur cabinet ne devraient pas, comme cela s'est produit en l'espèce, ordonner que les sommes perçues au titre de la TPS soient détenues séparément dans le compte en fiducie du contrôleur pendant le déroulement d'une procédure fondée sur la *LACC*. Il résulte du raisonnement de la juge Deschamps que les réclamations de TPS deviennent des créances non garanties sous le régime de la *LACC*. Le législateur a délibérément décidé de supprimer certaines superpriorités accordées à la Couronne pendant l'insolvabilité; nous sommes en présence de l'un de ces cas.

III

[113] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis, à l'instar de la juge Deschamps, d'accueillir le pourvoi avec dépens devant notre Cour et devant les juridictions inférieures, et d'ordonner que la somme de 305 202,30 \$ — qui a été perçue par LeRoy Trucking

be subject to no deemed trust or priority in favour of the Crown.

The following are the reasons delivered by

[114] ABELLA J. (dissenting) — The central issue in this appeal is whether s. 222 of the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15 (“ETA”), and specifically s. 222(3), gives priority during *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“CCAA”), proceedings to the Crown’s deemed trust in unremitted GST. I agree with Tysoe J.A. that it does. It follows, in my respectful view, that a court’s discretion under s. 11 of the CCAA is circumscribed accordingly.

[115] Section 11¹ of the CCAA stated:

11. (1) Notwithstanding anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up Act*, where an application is made under this Act in respect of a company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, subject to this Act, on notice to any other person or without notice as it may see fit, make an order under this section.

To decide the scope of the court’s discretion under s. 11, it is necessary to first determine the priority issue. Section 222(3), the provision of the *ETA* at issue in this case, states:

¹ Section 11 was amended, effective September 18, 2009, and now states:

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

au titre de la TPS mais n’a pas encore été versée au receveur général du Canada — ne fasse l’objet d’aucune fiducie réputée ou priorité en faveur de la Couronne.

Version française des motifs rendus par

[114] LA JUGE ABELLA (dissidente) — La question qui est au cœur du présent pourvoi est celle de savoir si l’art. 222 de la *Loi sur la taxe d’accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15 (« *LTA* »), et plus particulièrement le par. 222(3), donnent préséance, dans le cadre d’une procédure relevant de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« *LACC* »), à la fiducie réputée qui est établie en faveur de la Couronne à l’égard de la TPS non versée. À l’instar du juge Tysoe de la Cour d’appel, j’estime que tel est le cas. Il s’ensuit, à mon avis, que le pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par l’art. 11 de la *LACC* est circonscrit en conséquence.

[115] L’article 11¹ de la *LACC* disposait :

11. (1) Malgré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations*, chaque fois qu’une demande est faite sous le régime de la présente loi à l’égard d’une compagnie, le tribunal, sur demande d’un intéressé, peut, sous réserve des autres dispositions de la présente loi et avec ou sans avis, rendre l’ordonnance prévue au présent article.

Pour être en mesure de déterminer la portée du pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par l’art. 11, il est nécessaire de trancher d’abord la question de la priorité. Le paragraphe 222(3), la disposition de la *LTA* en cause en l’espèce, prévoit ce qui suit :

¹ L’article 11 a été modifié et le texte modifié, qui est entré en vigueur le 18 septembre 2009, est rédigé ainsi :

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

(3) Despite any other provision of this Act (except subsection (4)), any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*), any enactment of a province or any other law, if at any time an amount deemed by subsection (1) to be held by a person in trust for Her Majesty is not remitted to the Receiver General or withdrawn in the manner and at the time provided under this Part, property of the person and property held by any secured creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust, is deemed

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

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

and is property beneficially owned by Her Majesty in right of Canada despite any security interest in the property or in the proceeds thereof and the proceeds of the property shall be paid to the Receiver General in priority to all security interests.

[116] Century Services argued that the CCAA's general override provision, s. 18.3(1), prevailed, and that the deeming provisions in s. 222 of the *ETA* were, accordingly, inapplicable during CCAA proceedings. Section 18.3(1) states:

18.3 (1) . . . [N]otwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

[117] As MacPherson J.A. correctly observed in *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), s. 222(3) of the *ETA* is in "clear conflict" with s. 18.3(1) of the CCAA (para. 31). Resolving the conflict between the two provisions is, essentially, what seems to me to be a relatively uncomplicated exercise in statutory

(3) Malgré les autres dispositions de la présente loi (sauf le paragraphe (4) du présent article), tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*), tout texte législatif provincial ou toute autre règle de droit, lorsqu'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (1) détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada n'est pas versé au receveur général ni retiré selon les modalités et dans le délai prévus par la présente partie, les biens de la personne — y compris les biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l'absence du droit en garantie, seraient ses biens — d'une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, à compter du moment où le montant est perçu par la personne, séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie;

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

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

[116] Selon Century Services, la disposition dérogatoire générale de la *LACC*, le par. 18.3(1), l'emportait, et les dispositions déterminatives à l'art. 222 de la *LTA* étaient par conséquent inapplicables dans le cadre d'une procédure fondée sur la *LACC*. Le paragraphe 18.3(1) dispose :

18.3 (1) . . . [P]ar dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

[117] Ainsi que l'a fait observer le juge d'appel MacPherson, dans l'arrêt *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), le par. 222(3) de la *LTA* [TRADUCTION] « entre nettement en conflit » avec le par. 18.3(1) de la *LACC* (para. 31). Essentiellement, la résolution du conflit entre ces deux dispositions requiert à mon sens une

interpretation: Does the language reflect a clear legislative intention? In my view it does. The deemed trust provision, s. 222(3) of the *ETA*, has unambiguous language stating that it operates notwithstanding any law except the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“*BIA*”).

[118] By expressly excluding only one statute from its legislative grasp, and by unequivocally stating that it applies despite any other law anywhere in Canada *except* the *BIA*, s. 222(3) has defined its boundaries in the clearest possible terms. I am in complete agreement with the following comments of MacPherson J.A. in *Ottawa Senators*:

The legislative intent of s. 222(3) of the *ETA* is clear. If there is a conflict with “any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*)”, s. 222(3) prevails. In these words Parliament did two things: it decided that s. 222(3) should trump all other federal laws and, importantly, it addressed the topic of exceptions to its trumping decision and identified a single exception, the *Bankruptcy and Insolvency Act* The *BIA* and the *CCAA* are closely related federal statutes. I cannot conceive that Parliament would specifically identify the *BIA* as an exception, but accidentally fail to consider the *CCAA* as a possible second exception. In my view, the omission of the *CCAA* from s. 222(3) of the *ETA* was almost certainly a considered omission. [para. 43]

[119] MacPherson J.A.’s view that the failure to exempt the *CCAA* from the operation of the *ETA* is a reflection of a clear legislative intention, is borne out by how the *CCAA* was subsequently changed after s. 18.3(1) was enacted in 1997. In 2000, when s. 222(3) of the *ETA* came into force, amendments were also introduced to the *CCAA*. Section 18.3(1) was not amended.

[120] The failure to amend s. 18.3(1) is notable because its effect was to protect the legislative *status quo*, notwithstanding repeated requests from

opération relativement simple d’interprétation des lois : Est-ce que les termes employés révèlent une intention claire du législateur? À mon avis, c’est le cas. Le texte de la disposition créant une fiducie réputée, soit le par. 222(3) de la *LTA*, précise sans ambiguïté que cette disposition s’applique malgré toute autre règle de droit sauf la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI* »).

[118] En excluant explicitement une seule loi du champ d’application du par. 222(3) et en déclarant de façon non équivoque qu’il s’applique malgré toute autre loi ou règle de droit au Canada *sauf* la *LFI*, le législateur a défini la portée de cette disposition dans des termes on ne peut plus clairs. Je souscris sans réserve aux propos suivants du juge d’appel MacPherson dans l’arrêt *Ottawa Senators* :

[TRADUCTION] L’intention du législateur au par. 222(3) de la *LTA* est claire. En cas de conflit avec « tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*) », c’est le par. 222(3) qui l’emporte. En employant ces mots, le législateur fédéral a fait deux choses : il a décidé que le par. 222(3) devait l’emporter sur tout autre texte législatif fédéral et, fait important, il a abordé la question des exceptions à cette préséance en en mentionnant une seule, la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* [. . .] La *LFI* et la *LACC* sont des lois fédérales étroitement liées entre elles. Je ne puis concevoir que le législateur ait pu mentionner expressément la *LFI* à titre d’exception, mais ait involontairement omis de considérer la *LACC* comme une deuxième exception possible. À mon avis, le fait que la *LACC* ne soit pas mentionnée au par. 222(3) de la *LTA* était presque assurément une omission mûrement réfléchie de la part du législateur. [par. 43]

[119] L’opinion du juge d’appel MacPherson suivant laquelle le fait que la *LACC* n’ait pas été soustraite à l’application de la *LTA* témoigne d’une intention claire du législateur est confortée par la façon dont la *LACC* a par la suite été modifiée après l’édiction du par. 18.3(1) en 1997. En 2000, lorsque le par. 222(3) de la *LTA* est entré en vigueur, des modifications ont également été apportées à la *LACC*, mais le par. 18.3(1) de cette loi n’a pas été modifié.

[120] L’absence de modification du par. 18.3(1) vaut d’être soulignée, car elle a eu pour effet de maintenir le statu quo législatif, malgré les

various constituencies that s. 18.3(1) be amended to make the priorities in the *CCAA* consistent with those in the *BIA*. In 2002, for example, when Industry Canada conducted a review of the *BIA* and the *CCAA*, the Insolvency Institute of Canada and the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals recommended that the priority regime under the *BIA* be extended to the *CCAA* (Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform, *Report* (March 15, 2002), Sch. B, proposal 71). The same recommendations were made by the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce in its 2003 report, *Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act*; by the Legislative Review Task Force (Commercial) of the Insolvency Institute of Canada and the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals in its 2005 *Report on the Commercial Provisions of Bill C-55*; and in 2007 by the Insolvency Institute of Canada in a submission to the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce commenting on reforms then under consideration.

[121] Yet the *BIA* remains the only exempted statute under s. 222(3) of the *ETA*. Even after the 2005 decision in *Ottawa Senators* which confirmed that the *ETA* took precedence over the *CCAA*, there was no responsive legislative revision. I see this lack of response as relevant in this case, as it was in *Tele-Mobile Co. v. Ontario*, 2008 SCC 12, [2008] 1 S.C.R. 305, where this Court stated:

While it cannot be said that legislative silence is necessarily determinative of legislative intention, in this case the silence is Parliament's answer to the consistent urging of Telus and other affected businesses and organizations that there be express language in the legislation to ensure that businesses can be reimbursed for the reasonable costs of complying with evidence-gathering orders. I see the legislative history as reflecting Parliament's intention that compensation not be paid for compliance with production orders. [para. 42]

demandes répétées de divers groupes qui souhaitaient que cette disposition soit modifiée pour aligner l'ordre de priorité établi par la *LACC* sur celui de la *LFI*. En 2002, par exemple, lorsque Industrie Canada a procédé à l'examen de la *LFI* et de la *LACC*, l'Institut d'insolvabilité du Canada et l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation ont recommandé que les règles de la *LFI* en matière de priorité soient étendues à la *LACC* (Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform, *Report* (15 mars 2002), ann. B, proposition 71). Ces recommandations ont été reprises en 2003 par le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce dans son rapport intitulé *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, ainsi qu'en 2005 par le Legislative Review Task Force (Commercial) de l'Institut d'insolvabilité du Canada et de l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation dans son *Report on the Commercial Provisions of Bill C-55*, et en 2007 par l'Institut d'insolvabilité du Canada dans un mémoire soumis au Comité sénatorial permanent des banques et du commerce au sujet de réformes alors envisagées.

[121] La *LFI* demeure néanmoins la seule loi soustraite à l'application du par. 222(3) de la *LTA*. Même à la suite de l'arrêt rendu en 2005 dans l'affaire *Ottawa Senators*, qui a confirmé que la *LTA* l'emportait sur la *LACC*, le législateur n'est pas intervenu. Cette absence de réaction de sa part me paraît tout aussi pertinente en l'espèce que dans l'arrêt *Société Télé-Mobile c. Ontario*, 2008 CSC 12, [2008] 1 R.C.S. 305, où la Cour a déclaré ceci :

Le silence du législateur n'est pas nécessairement déterminant quant à son intention, mais en l'espèce, il répond à la demande pressante de Telus et des autres entreprises et organisations intéressées que la loi prévoie expressément la possibilité d'un remboursement des frais raisonnables engagés pour communiquer des éléments de preuve conformément à une ordonnance. L'historique législatif confirme selon moi que le législateur n'a pas voulu qu'une indemnité soit versée pour l'obtempération à une ordonnance de communication. [par. 42]

[122] All this leads to a clear inference of a deliberate legislative choice to protect the deemed trust in s. 222(3) from the reach of s. 18.3(1) of the CCAA.

[123] Nor do I see any “policy” justification for interfering, through interpretation, with this clarity of legislative intention. I can do no better by way of explaining why I think the policy argument cannot succeed in this case, than to repeat the words of Tysoe J.A. who said:

I do not dispute that there are valid policy reasons for encouraging insolvent companies to attempt to restructure their affairs so that their business can continue with as little disruption to employees and other stakeholders as possible. It is appropriate for the courts to take such policy considerations into account, but only if it is in connection with a matter that has not been considered by Parliament. Here, Parliament must be taken to have weighed policy considerations when it enacted the amendments to the CCAA and ETA described above. As Mr. Justice MacPherson observed at para. 43 of *Ottawa Senators*, it is inconceivable that Parliament would specifically identify the BIA as an exception when enacting the current version of s. 222(3) of the ETA without considering the CCAA as a possible second exception. I also make the observation that the 1992 set of amendments to the BIA enabled proposals to be binding on secured creditors and, while there is more flexibility under the CCAA, it is possible for an insolvent company to attempt to restructure under the auspices of the BIA. [para. 37]

[124] Despite my view that the clarity of the language in s. 222(3) is dispositive, it is also my view that even the application of other principles of interpretation reinforces this conclusion. In their submissions, the parties raised the following as being particularly relevant: the Crown relied on the principle that the statute which is “later in time” prevails; and Century Services based its argument on the principle that the general provision gives way to the specific (*generalia specialibus non derogant*).

[122] Tout ce qui précède permet clairement d’inférer que le législateur a délibérément choisi de soustraire la fiducie réputée établie au par. 222(3) à l’application du par. 18.3(1) de la LACC.

[123] Je ne vois pas non plus de « considération de politique générale » qui justifierait d’aller à l’encontre, par voie d’interprétation législative, de l’intention aussi clairement exprimée par le législateur. Je ne saurais expliquer mieux que ne l’a fait le juge d’appel Tysoe les raisons pour lesquelles l’argument invoquant des considérations de politique générale ne peut, selon moi, être retenu en l’espèce. Je vais donc reprendre à mon compte ses propos à ce sujet :

[TRADUCTION] Je ne conteste pas qu’il existe des raisons de politique générale valables qui justifient d’inciter les entreprises insolvables à tenter de se restructurer de façon à pouvoir continuer à exercer leurs activités avec le moins de perturbations possibles pour leurs employés et pour les autres intéressés. Les tribunaux peuvent légitimement tenir compte de telles considérations de politique générale, mais seulement si elles ont trait à une question que le législateur n’a pas examinée. Or, dans le cas qui nous occupe, il y a lieu de présumer que le législateur a tenu compte de considérations de politique générale lorsqu’il a adopté les modifications susmentionnées à la LACC et à la LTA. Comme le juge MacPherson le fait observer au par. 43 de l’arrêt *Ottawa Senators*, il est inconcevable que le législateur, lorsqu’il a adopté la version actuelle du par. 222(3) de la LTA, ait désigné expressément la LFI comme une exception sans envisager que la LACC puisse constituer une deuxième exception. Je signale par ailleurs que les modifications apportées en 1992 à la LFI ont permis de rendre les propositions concordataires opposables aux créanciers garantis et que, malgré la plus grande souplesse de la LACC, il est possible pour une compagnie insolvable de se restructurer sous le régime de la LFI. [par. 37]

[124] Bien que je sois d’avis que la clarté des termes employés au par. 222(3) tranche la question, j’estime également que cette conclusion est même renforcée par l’application d’autres principes d’interprétation. Dans leurs observations, les parties indiquent que les principes suivants étaient, selon elles, particulièrement pertinents : la Couronne a invoqué le principe voulant que la loi « postérieure » l’emporte; Century Services a fondé son argumentation sur le principe de la préséance de la loi spécifique sur la loi générale (*generalia specialibus non derogant*).

[125] The “later in time” principle gives priority to a more recent statute, based on the theory that the legislature is presumed to be aware of the content of existing legislation. If a new enactment is inconsistent with a prior one, therefore, the legislature is presumed to have intended to derogate from the earlier provisions (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 346-47; Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 358).

[126] The exception to this presumptive displacement of pre-existing inconsistent legislation, is the *generalia specialibus non derogant* principle that “[a] more recent, general provision will not be construed as affecting an earlier, special provision” (Côté, at p. 359). Like a Russian Doll, there is also an exception within this exception, namely, that an earlier, specific provision may in fact be “overruled” by a subsequent general statute if the legislature indicates, through its language, an intention that the general provision prevails (*Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862).

[127] The primary purpose of these interpretive principles is to assist in the performance of the task of determining the intention of the legislature. This was confirmed by MacPherson J.A. in *Ottawa Senators*, at para. 42:

... the overarching rule of statutory interpretation is that statutory provisions should be interpreted to give effect to the intention of the legislature in enacting the law. This primary rule takes precedence over all maxims or canons or aids relating to statutory interpretation, including the maxim that the specific prevails over the general (*generalia specialibus non derogant*). As expressed by Hudson J. in *Canada v. Williams*, [1944] S.C.R. 226, ... at p. 239 ... :

The maxim *generalia specialibus non derogant* is relied on as a rule which should dispose of the question, but the maxim is not a rule of law but a rule of construction and bows to the intention of the

[125] Le principe de la préséance de la « loi postérieure » accorde la priorité à la loi la plus récente, au motif que le législateur est présumé connaître le contenu des lois alors en vigueur. Si, dans la loi nouvelle, le législateur adopte une règle inconciliable avec une règle préexistante, on conclura qu’il a entendu déroger à celle-ci (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 346-347; Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3^e éd. 2000), p. 358).

[126] L’exception à cette supplantation présumée des dispositions législatives préexistantes incompatibles réside dans le principe exprimé par la maxime *generalia specialibus non derogant* selon laquelle une disposition générale plus récente n’est pas réputée déroger à une loi spéciale antérieure (Côté, p. 359). Comme dans le jeu des poupées russes, cette exception comporte elle-même une exception. En effet, une disposition spécifique antérieure peut dans les faits être « supplantée » par une loi ultérieure de portée générale si le législateur, par les mots qu’il a employés, a exprimé l’intention de faire prévaloir la loi générale (*Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862).

[127] Ces principes d’interprétation visent principalement à faciliter la détermination de l’intention du législateur, comme l’a confirmé le juge d’appel MacPherson dans l’arrêt *Ottawa Senators*, au par. 42 :

[TRADUCTION] ... en matière d’interprétation des lois, la règle cardinale est la suivante : les dispositions législatives doivent être interprétées de manière à donner effet à l’intention du législateur lorsqu’il a adopté la loi. Cette règle fondamentale l’emporte sur toutes les maximes, outils ou canons d’interprétation législative, y compris la maxime suivant laquelle le particulier l’emporte sur le général (*generalia specialibus non derogant*). Comme l’a expliqué le juge Hudson dans l’arrêt *Canada c. Williams*, [1944] R.C.S. 226, [...] à la p. 239 ... :

On invoque la maxime *generalia specialibus non derogant* comme une règle qui devrait trancher la question. Or cette maxime, qui n’est pas une règle de droit mais un principe d’interprétation, cède le pas

legislature, if such intention can reasonably be gathered from all of the relevant legislation.

(See also Côté, at p. 358, and Pierre-Andre Côté, with the collaboration of S. Beaulac and M. Devinat, *Interprétation des lois* (4th ed. 2009), at para. 1335.)

[128] I accept the Crown's argument that the "later in time" principle is conclusive in this case. Since s. 222(3) of the *ETA* was enacted in 2000 and s. 18.3(1) of the *CCAA* was introduced in 1997, s. 222(3) is, on its face, the later provision. This chronological victory can be displaced, as Century Services argues, if it is shown that the more recent provision, s. 222(3) of the *ETA*, is a general one, in which case the earlier, specific provision, s. 18.3(1), prevails (*generalia specialibus non derogant*). But, as previously explained, the prior specific provision does not take precedence if the subsequent general provision appears to "overrule" it. This, it seems to me, is precisely what s. 222(3) achieves through the use of language stating that it prevails despite any law of Canada, of a province, or "any other law" *other than the BIA*. Section 18.3(1) of the *CCAA* is thereby rendered inoperative for purposes of s. 222(3).

[129] It is true that when the *CCAA* was amended in 2005,² s. 18.3(1) was re-enacted as s. 37(1) (S.C. 2005, c. 47, s. 131). Deschamps J. suggests that this makes s. 37(1) the new, "later in time" provision. With respect, her observation is refuted by the operation of s. 44(f) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, which expressly deals with the (non) effect of re-enacting, without significant substantive changes, a repealed provision (see *Attorney General of Canada v. Public Service Staff Relations Board*, [1977] 2 F.C. 663, dealing with the predecessor provision to s. 44(f)). It directs that new enactments not be construed as

devant l'intention du législateur, s'il est raisonnablement possible de la dégager de l'ensemble des dispositions législatives pertinentes.

(Voir aussi Côté, p. 358, et Pierre-André Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4^e éd. 2009), par. 1335.)

[128] J'accepte l'argument de la Couronne suivant lequel le principe de la loi « postérieure » est déterminant en l'espèce. Comme le par. 222(3) de la *LTA* a été édicté en 2000 et que le par. 18.3(1) de la *LACC* a été adopté en 1997, le par. 222(3) est, de toute évidence, la disposition postérieure. Cette victoire chronologique peut être neutralisée si, comme le soutient Century Services, on démontre que la disposition la plus récente, le par. 222(3) de la *LTA*, est une disposition générale, auquel cas c'est la disposition particulière antérieure, le par. 18.3(1), qui l'emporte (*generalia specialibus non derogant*). Mais, comme nous l'avons vu, la disposition particulière antérieure n'a pas préséance si la disposition générale ultérieure paraît la « supplanter ». C'est précisément, à mon sens, ce qu'accomplit le par. 222(3) de par son libellé, lequel précise que la disposition l'emporte sur tout autre texte législatif fédéral, tout texte législatif provincial ou « toute autre règle de droit » *sauf la LFI*. Le paragraphe 18.3(1) de la *LACC* est par conséquent rendu inopérant aux fins d'application du par. 222(3).

[129] Il est vrai que, lorsque la *LACC* a été modifiée en 2005², le par. 18.3(1) a été remplacé par le par. 37(1) (L.C. 2005, ch. 47, art. 131). Selon la juge Deschamps, le par. 37(1) est devenu, de ce fait, la disposition « postérieure ». Avec égards pour l'opinion exprimée par ma collègue, cette observation est réfutée par l'al. 44f) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, qui décrit expressément l'effet (inexistant) qu'a le remplacement — sans modifications notables sur le fond — d'un texte antérieur qui a été abrogé (voir *Procureur général du Canada c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1977] 2 C.F. 663, qui portait sur

2 The amendments did not come into force until September 18, 2009.

2 Les modifications ne sont entrées en vigueur que le 18 septembre 2009.

“new law” unless they differ in substance from the repealed provision:

44. Where an enactment, in this section called the “former enactment”, is repealed and another enactment, in this section called the “new enactment”, is substituted therefor,

. . .

(f) except to the extent that the provisions of the new enactment are not in substance the same as those of the former enactment, the new enactment shall not be held to operate as new law, but shall be construed and have effect as a consolidation and as declaratory of the law as contained in the former enactment;

Section 2 of the *Interpretation Act* defines an “enactment” as “an Act or regulation or any portion of an Act or regulation”.

[130] Section 37(1) of the current CCAA is almost identical to s. 18.3(1). These provisions are set out for ease of comparison, with the differences between them underlined:

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

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

[131] The application of s. 44(f) of the *Interpretation Act* simply confirms the government’s clearly expressed intent, found in Industry Canada’s clause-by-clause review of Bill C-55, where s. 37(1) was identified as “a technical amendment to re-order the provisions of this Act”. During second reading, the Hon. Bill Rompkey, then the Deputy Leader of the Government in the

la disposition qui a précédé l’al. 44f)). Cet alinéa précise que le nouveau texte ne doit pas être considéré de « droit nouveau », sauf dans la mesure où il diffère au fond du texte abrogé :

44. En cas d’abrogation et de remplacement, les règles suivantes s’appliquent :

. . .

f) sauf dans la mesure où les deux textes diffèrent au fond, le nouveau texte n’est pas réputé de droit nouveau, sa teneur étant censée constituer une refonte et une clarification des règles de droit du texte antérieur;

Le mot « texte » est défini ainsi à l’art. 2 de la *Loi d’interprétation* : « Tout ou partie d’une loi ou d’un règlement. »

[130] Le paragraphe 37(1) de la LACC actuelle est pratiquement identique quant au fond au par. 18.3(1). Pour faciliter la comparaison de ces deux dispositions, je les ai reproduites ci-après :

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

18.3 (1) Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d’assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l’absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

[131] L’application de l’al. 44f) de la *Loi d’interprétation* vient tout simplement confirmer l’intention clairement exprimée par le législateur, qu’a indiquée Industrie Canada dans l’analyse du Projet de loi C-55, où le par. 37(1) était qualifié de « modification d’ordre technique concernant le réaménagement des dispositions de la présente loi ». Par ailleurs, durant la deuxième lecture du projet de loi

Senate, confirmed that s. 37(1) represented only a technical change:

On a technical note relating to the treatment of deemed trusts for taxes, the bill [*sic*] makes no changes to the underlying policy intent, despite the fact that in the case of a restructuring under the CCAA, sections of the act [*sic*] were repealed and substituted with renumbered versions due to the extensive reworking of the CCAA.

(*Debates of the Senate*, vol. 142, 1st Sess., 38th Parl., November 23, 2005, at p. 2147)

[132] Had the substance of s. 18.3(1) altered in any material way when it was replaced by s. 37(1), I would share Deschamps J.'s view that it should be considered a new provision. But since s. 18.3(1) and s. 37(1) are the same in substance, the transformation of s. 18.3(1) into s. 37(1) has no effect on the interpretive queue, and s. 222(3) of the *ETA* remains the "later in time" provision (Sullivan, at p. 347).

[133] This means that the deemed trust provision in s. 222(3) of the *ETA* takes precedence over s. 18.3(1) during *CCAA* proceedings. The question then is how that priority affects the discretion of a court under s. 11 of the *CCAA*.

[134] While s. 11 gives a court discretion to make orders notwithstanding the *BIA* and the *Winding-up Act*, R.S.C. 1985, c. W-11, that discretion is not liberated from the operation of any other federal statute. Any exercise of discretion is therefore circumscribed by whatever limits are imposed by statutes *other* than the *BIA* and the *Winding-up Act*. That includes the *ETA*. The chambers judge in this case was, therefore, required to respect the priority regime set out in s. 222(3) of the *ETA*. Neither s. 18.3(1) nor s. 11 of the *CCAA* gave him the authority to ignore it. He could not, as a result, deny the Crown's request

au Sénat, l'honorable Bill Rompkey, qui était alors leader adjoint du gouvernement au Sénat, a confirmé que le par. 37(1) représentait seulement une modification d'ordre technique :

Sur une note administrative, je signale que, dans le cas du traitement de fiducies présumées aux fins d'impôt, le projet de loi ne modifie aucunement l'intention qui sous-tend la politique, alors que dans le cas d'une restructuration aux termes de la LACC, des articles de la loi ont été abrogés et remplacés par des versions portant de nouveaux numéros lors de la mise à jour exhaustive de la LACC.

(*Débats du Sénat*, vol. 142, 1^{re} sess., 38^e lég., 23 novembre 2005, p. 2147)

[132] Si le par. 18.3(1) avait fait l'objet de modifications notables sur le fond lorsqu'il a été remplacé par le par. 37(1), je me rangerais à l'avis de la juge Deschamps qu'il doit être considéré comme un texte de droit nouveau. Mais comme les par. 18.3(1) et 37(1) ne diffèrent pas sur le fond, le fait que le par. 18.3(1) soit devenu le par. 37(1) n'a aucune incidence sur l'ordre chronologique du point de vue de l'interprétation, et le par. 222(3) de la *LTA* demeure la disposition « postérieure » (Sullivan, p. 347).

[133] Il s'ensuit que la disposition créant une fiducie réputée que l'on trouve au par. 222(3) de la *LTA* l'emporte sur le par. 18.3(1) dans le cadre d'une procédure fondée sur la *LACC*. La question qui se pose alors est celle de savoir quelle est l'incidence de cette préséance sur le pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par l'art. 11 de la *LACC*.

[134] Bien que l'art. 11 accorde au tribunal le pouvoir discrétionnaire de rendre des ordonnances malgré les dispositions de la *LFI* et de la *Loi sur les liquidations*, L.R.C. 1985, ch. W-11, ce pouvoir discrétionnaire demeure assujéti à l'application de toute autre loi fédérale. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est donc circonscrit par les limites imposées par toute loi *autre* que la *LFI* et la *Loi sur les liquidations*, et donc par la *LTA*. En l'espèce, le juge siégeant en son cabinet était donc tenu de respecter le régime de priorités établi au par. 222(3) de la *LTA*. Ni le par. 18.3(1) ni l'art. 11 de la *LACC* ne l'autorisaient à en faire abstraction. Par conséquent,

for payment of the GST funds during the CCAA proceedings.

[135] Given this conclusion, it is unnecessary to consider whether there was an express trust.

[136] I would dismiss the appeal.

APPENDIX

Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36 (as at December 13, 2007)

11. (1) [Powers of court] Notwithstanding anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up Act*, where an application is made under this Act in respect of a company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, subject to this Act, on notice to any other person or without notice as it may see fit, make an order under this section.

. . .

(3) [Initial application court orders] A court may, on an initial application in respect of a company, make an order on such terms as it may impose, effective for such period as the court deems necessary not exceeding thirty days,

(a) staying, until otherwise ordered by the court, all proceedings taken or that might be taken in respect of the company under an Act referred to in subsection (1);

(b) restraining, until otherwise ordered by the court, further proceedings in any action, suit or proceeding against the company; and

(c) prohibiting, until otherwise ordered by the court, the commencement of or proceeding with any other action, suit or proceeding against the company.

(4) [Other than initial application court orders] A court may, on an application in respect of a company other than an initial application, make an order on such terms as it may impose,

il ne pouvait pas refuser la demande présentée par la Couronne en vue de se faire payer la TPS dans le cadre de la procédure introduite en vertu de la *LACC*.

[135] Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire d'examiner la question de savoir s'il existait une fiducie expresse en l'espèce.

[136] Je rejetterais le présent pourvoi.

ANNEXE

Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36 (en date du 13 décembre 2007)

11. (1) [Pouvoir du tribunal] Malgré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations*, chaque fois qu'une demande est faite sous le régime de la présente loi à l'égard d'une compagnie, le tribunal, sur demande d'un intéressé, peut, sous réserve des autres dispositions de la présente loi et avec ou sans avis, rendre l'ordonnance prévue au présent article.

. . .

(3) [Demande initiale — ordonnances] Dans le cas d'une demande initiale visant une compagnie, le tribunal peut, par ordonnance, aux conditions qu'il peut imposer et pour une période maximale de trente jours :

a) suspendre, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, les procédures intentées contre la compagnie au titre des lois mentionnées au paragraphe (1), ou qui pourraient l'être;

b) surseoir, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, au cours de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie;

c) interdire, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, d'intenter ou de continuer toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie.

(4) [Autres demandes — ordonnances] Dans le cas d'une demande, autre qu'une demande initiale, visant une compagnie, le tribunal peut, par ordonnance, aux conditions qu'il peut imposer et pour la période qu'il estime indiquée :

(a) staying, until otherwise ordered by the court, for such period as the court deems necessary, all proceedings taken or that might be taken in respect of the company under an Act referred to in subsection (1);

(b) restraining, until otherwise ordered by the court, further proceedings in any action, suit or proceeding against the company; and

(c) prohibiting, until otherwise ordered by the court, the commencement of or proceeding with any other action, suit or proceeding against the company.

. . . .

(6) [Burden of proof on application] The court shall not make an order under subsection (3) or (4) unless

(a) the applicant satisfies the court that circumstances exist that make such an order appropriate; and

(b) in the case of an order under subsection (4), the applicant also satisfies the court that the applicant has acted, and is acting, in good faith and with due diligence.

11.4 (1) [Her Majesty affected] An order made under section 11 may provide that

(a) Her Majesty in right of Canada may not exercise rights under subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* or any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee's premium, or employer's premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, in respect of the company if the company is a tax debtor under that subsection or provision, for such period as the court considers appropriate but ending not later than

(i) the expiration of the order,

(ii) the refusal of a proposed compromise by the creditors or the court,

(iii) six months following the court sanction of a compromise or arrangement,

a) suspendre, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, les procédures intentées contre la compagnie au titre des lois mentionnées au paragraphe (1), ou qui pourraient l'être;

b) surseoir, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, au cours de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie;

c) interdire, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, d'intenter ou de continuer toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie.

. . . .

(6) [Preuve] Le tribunal ne rend l'ordonnance visée aux paragraphes (3) ou (4) que si :

a) le demandeur le convainc qu'il serait indiqué de rendre une telle ordonnance;

b) dans le cas de l'ordonnance visée au paragraphe (4), le demandeur le convainc en outre qu'il a agi — et continue d'agir — de bonne foi et avec toute la diligence voulue.

11.4 (1) [Suspension des procédures] Le tribunal peut ordonner :

a) la suspension de l'exercice par Sa Majesté du chef du Canada des droits que lui confère le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi* qui renvoie à ce paragraphe et qui prévoit la perception d'une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d'une cotisation ouvrière ou d'une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l'assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, à l'égard d'une compagnie lorsque celle-ci est un débiteur fiscal visé à ce paragraphe ou à cette disposition, pour une période se terminant au plus tard :

(i) à l'expiration de l'ordonnance rendue en application de l'article 11,

(ii) au moment du rejet, par le tribunal ou les créanciers, de la transaction proposée,

(iii) six mois après que le tribunal a homologué la transaction ou l'arrangement,

(iv) the default by the company on any term of a compromise or arrangement, or

(v) the performance of a compromise or arrangement in respect of the company; and

(b) Her Majesty in right of a province may not exercise rights under any provision of provincial legislation in respect of the company where the company is a debtor under that legislation and the provision has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection,

for such period as the court considers appropriate but ending not later than the occurrence or time referred to in whichever of subparagraphs (a)(i) to (v) may apply.

(2) [When order ceases to be in effect] An order referred to in subsection (1) ceases to be in effect if

(a) the company defaults on payment of any amount that becomes due to Her Majesty after the order is made and could be subject to a demand under

(i) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*,

(ii) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee's premium, or employer's premium,

(iv) au moment de tout défaut d'exécution de la transaction ou de l'arrangement,

(v) au moment de l'exécution intégrale de la transaction ou de l'arrangement;

b) la suspension de l'exercice par Sa Majesté du chef d'une province, pour une période se terminant au plus tard au moment visé à celui des sous-alinéas a)(i) à (v) qui, le cas échéant, est applicable, des droits que lui confère toute disposition législative de cette province à l'égard d'une compagnie, lorsque celle-ci est un débiteur visé par la loi provinciale et qu'il s'agit d'une disposition dont l'objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d'une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d'un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l'impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*,

(ii) soit est de même nature qu'une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe.

(2) [Cessation] L'ordonnance cesse d'être en vigueur dans les cas suivants :

a) la compagnie manque à ses obligations de paiement pour un montant qui devient dû à Sa Majesté après l'ordonnance et qui pourrait faire l'objet d'une demande aux termes d'une des dispositions suivantes :

(i) le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*,

(ii) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d'une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d'une cotisation ouvrière ou

as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(iii) under any provision of provincial legislation that has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(A) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(B) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection; or

(b) any other creditor is or becomes entitled to realize a security on any property that could be claimed by Her Majesty in exercising rights under

(i) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*,

(ii) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(iii) any provision of provincial legislation that has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(A) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person

d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents,

(iii) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d’une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(A) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(B) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe;

b) un autre créancier a ou acquiert le droit de réaliser sa garantie sur un bien qui pourrait être réclamé par Sa Majesté dans l’exercice des droits que lui confère l’une des dispositions suivantes :

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

(ii) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents,

(iii) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d’une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(A) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne,

and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(B) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection.

(3) [Operation of similar legislation] An order made under section 11, other than an order referred to in subsection (1) of this section, does not affect the operation of

(a) subsections 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act*,

(b) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(c) any provision of provincial legislation that has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection,

and for the purpose of paragraph (c), the provision of provincial legislation is, despite any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same

ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(B) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe.

(3) [Effet] Les ordonnances du tribunal, autres que celles rendues au titre du paragraphe (1), n’ont pas pour effet de porter atteinte à l’application des dispositions suivantes :

a) les paragraphes 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*;

b) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents;

c) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d’une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe.

Pour l’application de l’alinéa c), la disposition législative provinciale en question est réputée avoir, à l’encontre de tout créancier et malgré tout texte législatif fédéral ou

effect and scope against any creditor, however secured, as subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(i), or as subsection 23(2) of the *Canada Pension Plan* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(ii), and in respect of any related interest, penalties or other amounts.

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

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

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

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

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

provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(i), ou que le paragraphe 23(2) du *Régime de pensions du Canada* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(ii), et quant aux intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

18.3 (1) [Fiducies présumées] Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

(2) [Exceptions] Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi* (chacun étant appelé « disposition fédérale » au présent paragraphe) ou à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes de toute loi d'une province créant une fiducie présumée dans le seul but d'assurer à Sa Majesté du chef de cette province la remise de sommes déduites ou retenues aux termes d'une loi de cette province, dans la mesure où, dans ce dernier cas, se réalise l'une des conditions suivantes :

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

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

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

18.4 (1) [Status of Crown claims] In relation to a proceeding under this Act, all claims, including secured claims, of Her Majesty in right of Canada or a province or any body under an enactment respecting workers' compensation, in this section and in section 18.5 called a "workers' compensation body", rank as unsecured claims.

. . .

(3) [Operation of similar legislation] Subsection (1) does not affect the operation of

(a) subsections 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act*,

(b) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee's premium, or employer's premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(c) any provision of provincial legislation that has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a "province providing a comprehensive pension plan" as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a "provincial pension plan" as defined in that subsection,

and for the purpose of paragraph (c), the provision of provincial legislation is, despite any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(i), or as subsection 23(2) of the *Canada Pension Plan* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(ii), and

18.4 (1) [Réclamations de la Couronne] Dans le cadre de procédures intentées sous le régime de la présente loi, toutes les réclamations de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province ou d'un organisme compétent au titre d'une loi sur les accidents du travail, y compris les réclamations garanties, prennent rang comme réclamations non garanties.

. . .

(3) [Effet] Le paragraphe (1) n'a pas pour effet de porter atteinte à l'application des dispositions suivantes :

a) les paragraphes 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

b) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d'une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d'une cotisation ouvrière ou d'une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l'assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents;

c) toute disposition législative provinciale dont l'objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d'une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d'un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l'impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*,

(ii) soit est de même nature qu'une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe.

Pour l'application de l'alinéa c), la disposition législative provinciale en question est réputée avoir, à l'encontre de tout créancier et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(i), ou que le paragraphe 23(2) du *Régime de pensions du Canada* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(ii),

in respect of any related interest, penalties or other amounts.

20. [Act to be applied conjointly with other Acts] The provisions of this Act may be applied together with the provisions of any Act of Parliament or of the legislature of any province, that authorizes or makes provision for the sanction of compromises or arrangements between a company and its shareholders or any class of them.

Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36 (as at September 18, 2009)

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

11.02 (1) [Stays, etc. — initial application] A court may, on an initial application in respect of a debtor company, make an order on any terms that it may impose, effective for the period that the court considers necessary, which period may not be more than 30 days,

(a) staying, until otherwise ordered by the court, all proceedings taken or that might be taken in respect of the company under the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up and Restructuring Act*;

(b) restraining, until otherwise ordered by the court, further proceedings in any action, suit or proceeding against the company; and

(c) prohibiting, until otherwise ordered by the court, the commencement of any action, suit or proceeding against the company.

(2) [Stays, etc. — other than initial application] A court may, on an application in respect of a debtor company other than an initial application, make an order, on any terms that it may impose,

(a) staying, until otherwise ordered by the court, for any period that the court considers necessary, all proceedings taken or that might be taken in respect of the company under an Act referred to in paragraph (1)(a);

et quant aux intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

20. [La loi peut être appliquée conjointement avec d'autres lois] Les dispositions de la présente loi peuvent être appliquées conjointement avec celles de toute loi fédérale ou provinciale, autorisant ou prévoyant l'homologation de transactions ou arrangements entre une compagnie et ses actionnaires ou une catégorie de ces derniers.

Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36 (en date du 18 septembre 2009)

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

11.02 (1) [Suspension : demande initiale] Dans le cas d'une demande initiale visant une compagnie débitrice, le tribunal peut, par ordonnance, aux conditions qu'il peut imposer et pour la période maximale de trente jours qu'il estime nécessaire :

a) suspendre, jusqu'à nouvel ordre, toute procédure qui est ou pourrait être intentée contre la compagnie sous le régime de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*;

b) surseoir, jusqu'à nouvel ordre, à la continuation de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie;

c) interdire, jusqu'à nouvel ordre, l'introduction de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie.

(2) [Suspension : demandes autres qu'initiales] Dans le cas d'une demande, autre qu'une demande initiale, visant une compagnie débitrice, le tribunal peut, par ordonnance, aux conditions qu'il peut imposer et pour la période qu'il estime nécessaire :

a) suspendre, jusqu'à nouvel ordre, toute procédure qui est ou pourrait être intentée contre la compagnie sous le régime des lois mentionnées à l'alinéa (1)a);

(b) restraining, until otherwise ordered by the court, further proceedings in any action, suit or proceeding against the company; and

(c) prohibiting, until otherwise ordered by the court, the commencement of any action, suit or proceeding against the company.

(3) [Burden of proof on application] The court shall not make the order unless

(a) the applicant satisfies the court that circumstances exist that make the order appropriate; and

(b) in the case of an order under subsection (2), the applicant also satisfies the court that the applicant has acted, and is acting, in good faith and with due diligence.

. . .

11.09 (1) [Stay — Her Majesty] An order made under section 11.02 may provide that

(a) Her Majesty in right of Canada may not exercise rights under subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* or any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee's premium, or employer's premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, in respect of the company if the company is a tax debtor under that subsection or provision, for the period that the court considers appropriate but ending not later than

(i) the expiry of the order,

(ii) the refusal of a proposed compromise by the creditors or the court,

(iii) six months following the court sanction of a compromise or an arrangement,

(iv) the default by the company on any term of a compromise or an arrangement, or

(v) the performance of a compromise or an arrangement in respect of the company; and

(b) Her Majesty in right of a province may not exercise rights under any provision of provincial legislation in respect of the company if the company is a debtor under that legislation and the provision has a purpose similar to subsection 224(1.2) of the *Income*

b) surseoir, jusqu'à nouvel ordre, à la continuation de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie;

c) interdire, jusqu'à nouvel ordre, l'introduction de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie.

(3) [Preuve] Le tribunal ne rend l'ordonnance que si :

a) le demandeur le convainc que la mesure est opportune;

b) dans le cas de l'ordonnance visée au paragraphe (2), le demandeur le convainc en outre qu'il a agi et continue d'agir de bonne foi et avec la diligence voulue.

. . .

11.09 (1) [Suspension des procédures : Sa Majesté] L'ordonnance prévue à l'article 11.02 peut avoir pour effet de suspendre :

a) l'exercice par Sa Majesté du chef du Canada des droits que lui confère le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi* qui renvoie à ce paragraphe et qui prévoit la perception d'une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d'une cotisation ouvrière ou d'une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l'assurance-emploi*, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents, à l'égard d'une compagnie qui est un débiteur fiscal visé à ce paragraphe ou à cette disposition, pour la période se terminant au plus tard :

(i) à l'expiration de l'ordonnance,

(ii) au moment du rejet, par le tribunal ou les créanciers, de la transaction proposée,

(iii) six mois après que le tribunal a homologué la transaction ou l'arrangement,

(iv) au moment de tout défaut d'exécution de la transaction ou de l'arrangement,

(v) au moment de l'exécution intégrale de la transaction ou de l'arrangement;

b) l'exercice par Sa Majesté du chef d'une province, pour la période que le tribunal estime indiquée et se terminant au plus tard au moment visé à celui des sous-alinéas a)(i) à (v) qui, le cas échéant, est applicable, des droits que lui confère toute disposition

Tax Act, or refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, and the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection,

for the period that the court considers appropriate but ending not later than the occurrence or time referred to in whichever of subparagraphs (a)(i) to (v) that may apply.

(2) [When order ceases to be in effect] The portions of an order made under section 11.02 that affect the exercise of rights of Her Majesty referred to in paragraph (1)(a) or (b) cease to be in effect if

(a) the company defaults on the payment of any amount that becomes due to Her Majesty after the order is made and could be subject to a demand under

(i) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*,

(ii) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(iii) any provision of provincial legislation that has a purpose similar to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the

législative de cette province à l’égard d’une compagnie qui est un débiteur visé par la loi provinciale, s’il s’agit d’une disposition dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, et qui prévoit la perception d’une somme, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents, laquelle :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est une province instituant un régime général de pensions au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un régime provincial de pensions au sens de ce paragraphe.

(2) [Cessation d’effet] Les passages de l’ordonnance qui suspendent l’exercice des droits de Sa Majesté visés aux alinéas (1)a) ou b) cessent d’avoir effet dans les cas suivants :

a) la compagnie manque à ses obligations de paiement à l’égard de toute somme qui devient due à Sa Majesté après le prononcé de l’ordonnance et qui pourrait faire l’objet d’une demande aux termes d’une des dispositions suivantes :

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

(ii) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents,

(iii) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, et qui prévoit la

collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, and the sum

(A) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(B) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection; or

(b) any other creditor is or becomes entitled to realize a security on any property that could be claimed by Her Majesty in exercising rights under

(i) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*,

(ii) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(iii) any provision of provincial legislation that has a purpose similar to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, and the sum

(A) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(B) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection

perception d’une somme, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents, laquelle :

(A) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(B) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est une province instituant un régime général de pensions au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un régime provincial de pensions au sens de ce paragraphe;

b) un autre créancier a ou acquiert le droit de réaliser sa garantie sur un bien qui pourrait être réclamé par Sa Majesté dans l’exercice des droits que lui confère l’une des dispositions suivantes :

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

(ii) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents,

(iii) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, et qui prévoit la perception d’une somme, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents, laquelle :

(A) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(B) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est une province instituant un régime général de pensions au sens

3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection.

(3) [Operation of similar legislation] An order made under section 11.02, other than the portions of that order that affect the exercise of rights of Her Majesty referred to in paragraph (1)(a) or (b), does not affect the operation of

(a) subsections 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act*,

(b) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(c) any provision of provincial legislation that has a purpose similar to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, and the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection,

and for the purpose of paragraph (c), the provision of provincial legislation is, despite any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(i), or as subsection 23(2) of the *Canada Pension Plan* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(ii), and in respect of any related interest, penalties or other amounts.

du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un régime provincial de pensions au sens de ce paragraphe.

(3) [Effet] L’ordonnance prévue à l’article 11.02, à l’exception des passages de celle-ci qui suspendent l’exercice des droits de Sa Majesté visés aux alinéas (1)a) ou b), n’a pas pour effet de porter atteinte à l’application des dispositions suivantes :

a) les paragraphes 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*;

b) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents;

c) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, et qui prévoit la perception d’une somme, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents, laquelle :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est une province instituant un régime général de pensions au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un régime provincial de pensions au sens de ce paragraphe.

Pour l’application de l’alinéa c), la disposition législative provinciale en question est réputée avoir, à l’encontre de tout créancier et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute autre règle de droit, la même portée et le même effet que le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(i), ou que le paragraphe 23(2) du *Régime de pensions du Canada* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(ii), et quant aux intérêts, pénalités et autres charges afférents, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

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

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

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

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

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

Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15 (as at December 13, 2007)

222. (1) [Trust for amounts collected] Subject to subsection (1.1), every person who collects an amount as or on account of tax under Division II is deemed, for all purposes and despite any security interest in the amount, to hold the amount in trust for Her Majesty in right of Canada, separate and apart from the property of the person and from property held by any secured

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

(2) [Exceptions] Le paragraphe (1) ne s’applique pas à l’égard des sommes réputées détenues en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l’assurance-emploi* (chacun étant appelé « disposition fédérale » au présent paragraphe) ou à l’égard des sommes réputées détenues en fiducie aux termes de toute loi d’une province créant une fiducie présumée dans le seul but d’assurer à Sa Majesté du chef de cette province la remise de sommes déduites ou retenues aux termes d’une loi de cette province, si, dans ce dernier cas, se réalise l’une des conditions suivantes :

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

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

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

Loi sur la taxe d’accise, L.R.C. 1985, ch. E-15 (en date du 13 décembre 2007)

222. (1) [Montants perçus détenus en fiducie] La personne qui perçoit un montant au titre de la taxe prévue à la section II est réputée, à toutes fins utiles et malgré tout droit en garantie le concernant, le détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, séparé de ses propres biens et des biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l’absence du droit en garantie, seraient ceux de la

creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, until the amount is remitted to the Receiver General or withdrawn under subsection (2).

(1.1) [Amounts collected before bankruptcy] Subsection (1) does not apply, at or after the time a person becomes a bankrupt (within the meaning of the *Bankruptcy and Insolvency Act*), to any amounts that, before that time, were collected or became collectible by the person as or on account of tax under Division II.

(3) [Extension of trust] Despite any other provision of this Act (except subsection (4)), any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*), any enactment of a province or any other law, if at any time an amount deemed by subsection (1) to be held by a person in trust for Her Majesty is not remitted to the Receiver General or withdrawn in the manner and at the time provided under this Part, property of the person and property held by any secured creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust, is deemed

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

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

and is property beneficially owned by Her Majesty in right of Canada despite any security interest in the property or in the proceeds thereof and the proceeds of the property shall be paid to the Receiver General in priority to all security interests.

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3 (as at December 13, 2007)

67. (1) [Property of bankrupt] The property of a bankrupt divisible among his creditors shall not comprise

personne, jusqu'à ce qu'il soit versé au receveur général ou retiré en application du paragraphe (2).

(1.1) [Montants perçus avant la faillite] Le paragraphe (1) ne s'applique pas, à compter du moment de la faillite d'un failli, au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, aux montants perçus ou devenus percevables par lui avant la faillite au titre de la taxe prévue à la section II.

(3) [Non-versement ou non-retrait] Malgré les autres dispositions de la présente loi (sauf le paragraphe (4) du présent article), tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*), tout texte législatif provincial ou toute autre règle de droit, lorsqu'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (1) détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada n'est pas versé au receveur général ni retiré selon les modalités et dans le délai prévus par la présente partie, les biens de la personne — y compris les biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l'absence du droit en garantie, seraient ses biens — d'une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, à compter du moment où le montant est perçu par la personne, séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie;

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

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

Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3 (en date du 13 décembre 2007)

67. (1) [Biens du failli] Les biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers, ne comprennent pas les biens suivants :

(a) property held by the bankrupt in trust for any other person,

(b) any property that as against the bankrupt is exempt from execution or seizure under any laws applicable in the province within which the property is situated and within which the bankrupt resides, or

(b.1) such goods and services tax credit payments and prescribed payments relating to the essential needs of an individual as are made in prescribed circumstances and are not property referred to in paragraph (a) or (b),

but it shall comprise

(c) all property wherever situated of the bankrupt at the date of his bankruptcy or that may be acquired by or devolve on him before his discharge, and

(d) such powers in or over or in respect of the property as might have been exercised by the bankrupt for his own benefit.

(2) [Deemed trusts] Subject to subsection (3), notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a bankrupt shall not be regarded as held in trust for Her Majesty for the purpose of paragraph (1)(a) unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

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

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

a) les biens détenus par le failli en fiducie pour toute autre personne;

b) les biens qui, à l'encontre du failli, sont exempts d'exécution ou de saisie sous le régime des lois applicables dans la province dans laquelle sont situés ces biens et où réside le failli;

b.1) dans les circonstances prescrites, les paiements au titre de crédits de la taxe sur les produits et services et les paiements prescrits qui sont faits à des personnes physiques relativement à leurs besoins essentiels et qui ne sont pas visés aux alinéas a) et b),

mais ils comprennent :

c) tous les biens, où qu'ils soient situés, qui appartiennent au failli à la date de la faillite, ou qu'il peut acquérir ou qui peuvent lui être dévolus avant sa libération;

d) les pouvoirs sur des biens ou à leur égard, qui auraient pu être exercés par le failli pour son propre bénéfice.

(2) [Fiducies présumées] Sous réserve du paragraphe (3) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens du failli ne peut, pour l'application de l'alinéa (1)a), être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

(3) [Exceptions] Le paragraphe (2) ne s'applique pas à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi* (chacun étant appelé « disposition fédérale » au présent paragraphe) ou à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes de toute loi d'une province créant une fiducie présumée dans le seul but d'assurer à Sa Majesté du chef de cette province la remise de sommes déduites ou retenues aux termes d'une loi de cette province, dans la mesure où, dans ce dernier cas, se réalise l'une des conditions suivantes :

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

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

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

86. (1) [Status of Crown claims] In relation to a bankruptcy or proposal, all provable claims, including secured claims, of Her Majesty in right of Canada or a province or of any body under an Act respecting workers’ compensation, in this section and in section 87 called a “workers’ compensation body”, rank as unsecured claims.

(3) [Exceptions] Subsection (1) does not affect the operation of

(a) subsections 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act*;

(b) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts; or

(c) any provision of provincial legislation that has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

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

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

86. (1) [Réclamations de la Couronne] Dans le cadre d’une faillite ou d’une proposition, les réclamations prouvables — y compris les réclamations garanties — de Sa Majesté du chef du Canada ou d’une province ou d’un organisme compétent au titre d’une loi sur les accidents du travail prennent rang comme réclamations non garanties.

(3) [Effet] Le paragraphe (1) n’a pas pour effet de porter atteinte à l’application des dispositions suivantes :

a) les paragraphes 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*;

b) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents;

c) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d’une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection,

and for the purpose of paragraph (c), the provision of provincial legislation is, despite any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(i), or as subsection 23(2) of the *Canada Pension Plan* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(ii), and in respect of any related interest, penalties or other amounts.

Appeal allowed with costs, ABELLA J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Fraser Milner Casgrain, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Vancouver.

(ii) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe.

Pour l’application de l’alinéa c), la disposition législative provinciale en question est réputée avoir, à l’encontre de tout créancier et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(i), ou que le paragraphe 23(2) du *Régime de pensions du Canada* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(ii), et quant aux intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

Pourvoi accueilli avec dépens, la juge ABELLA est dissidente.

Procureurs de l’appelante : Fraser Milner Casgrain, Vancouver.

Procureur de l’intimé : Procureur général du Canada, Vancouver.

TAB 3



Province of Alberta

JUDICATURE ACT

ALBERTA RULES OF COURT

Alberta Regulation 124/2010

With amendments up to and including Alberta Regulation 158/2025

Current as of June 25, 2025

Office Consolidation

© Published by Alberta King's Printer

Alberta King's Printer
Suite 700, Park Plaza
10611 - 98 Avenue
Edmonton, AB T5K 2P7
Phone: 780-427-4952

E-mail: kings-printer@gov.ab.ca
Shop on-line at kings-printer.alberta.ca

Inspection or examination of property

6.26 On application, the Court may make one or more of the following orders:

- (a) an order to inspect property, including an inspection by a judge or jury, or both, at trial, if the inspection is advisable to decide a question in dispute in an action, application or proceeding;
- (b) an order to take samples, make observations or undertake experiments for the purpose of obtaining information or evidence, or both;
- (c) an order to enter land or premises for the purpose of carrying out an order under this rule.

Notice before disposing of anything held by the Court

6.27(1) On application, the Court may direct that money or other personal property held by the Court not be paid out or disposed of without notice being served on the applicant.

(2) The applicant must be a person who

- (a) is interested in the money or other personal property held by the Court, or
- (b) is seeking to have the money or personal property applied to satisfy a judgment or order or a writ of enforcement against the person on whose behalf the money or personal property is held.

(3) The applicant

- (a) must file an affidavit verifying the facts relied on in the application, and
- (b) may make the application without serving notice of the application on any other person.

Division 4
Restriction on Media Reporting and
Public Access to Court Proceedings

Application of this Division

6.28 Unless an enactment otherwise provides or the Court otherwise orders, this Division applies to an application for an order

- (a) to ban publication of court proceedings,

- (b) to seal or partially seal a court file,
- (c) permitting a person to give evidence in a way that prevents that person or another person from being identified,
- (d) for a hearing from which the public is excluded, or
- (e) for use of a pseudonym.

Restricted court access applications and orders

6.29 An application under this Division is to be known as a restricted court access application and an order made under this Division is to be known as a restricted court access order.

When restricted court access application may be filed

6.30 A person may file a restricted court access application only if the Court has authority to make a restricted court access order under an enactment or at common law.

AR 124/2010 s6.30;194/2020

Timing of application and service

6.31 An applicant for a restricted court access order must, 5 days or more before the date scheduled for the hearing, trial or proceeding in respect of which the order is sought,

- (a) file the application in Form 32, and
- (b) unless the Court otherwise orders, serve every party and any other person named or described by the Court.

Notice to media

6.32 When a restricted court access application is filed, a copy of it must be served on the court clerk, who must, in accordance with the direction of the Chief Justice, give notice of the application to

- (a) the electronic and print media identified or described by the Chief Justice, and
- (b) any other person named by the Court.

AR 124/2010 s6.32;163/2010

Judge or applications judge assigned to application

6.33 A restricted court access application must be heard and decided by

TAB 4

**Estate of Bernard Sherman and
Trustees of the Estate and
Estate of Honey Sherman and
Trustees of the Estate** *Appellants*

v.

**Kevin Donovan and
Toronto Star Newspapers Ltd.** *Respondents*

and

**Attorney General of Ontario,
Attorney General of British Columbia,
Canadian Civil Liberties Association,
Income Security Advocacy Centre,
Ad IDEM/Canadian Media Lawyers
Association,
Postmedia Network Inc., CTV, a Division
of Bell Media Inc.,
Global News, a division of Corus Television
Limited Partnership,
The Globe and Mail Inc.,
Citytv, a division of Rogers Media Inc.,
British Columbia Civil Liberties Association,
HIV & AIDS Legal Clinic Ontario,
HIV Legal Network and
Mental Health Legal Committee** *Interveners*

INDEXED AS: SHERMAN ESTATE v. DONOVAN

2021 SCC 25

File No.: 38695.

2020: October 6; 2021: June 11.

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

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

*Courts — Open court principle — Sealing orders —
Discretionary limits on court openness — Important public*

**Succession de Bernard Sherman et
fiduciaires de la succession et
Succession de Honey Sherman et
fiduciaires de la succession** *Appelants*

c.

**Kevin Donovan et
Toronto Star Newspapers Ltd.** *Intimés*

et

**Procureur général de l'Ontario,
procureur général de la Colombie-
Britannique,
Association canadienne des libertés civiles,
Centre d'action pour la sécurité du revenu,
Ad IDEM/Canadian Media Lawyers
Association,
Postmedia Network Inc., CTV, une division
de Bell Média inc.,
Global News, a division of Corus Television
Limited Partnership,
The Globe and Mail Inc.,
Citytv, a division of Rogers Media Inc.,
British Columbia Civil Liberties Association,
HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Réseau
juridique VIH et
Mental Health Legal Committee** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : SHERMAN (SUCCESSION) c.
DONOVAN**

2021 CSC 25

N° du greffe : 38695.

2020 : 6 octobre; 2021 : 11 juin.

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

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

*Tribunaux — Principe de la publicité des débats judi-
ciaires — Ordonnances de mise sous scellés — Limites*

interest — Privacy — Dignity — Physical safety — Unexplained deaths of prominent couple generating intense public scrutiny and prompting trustees of estates to apply for sealing of probate files — Whether privacy and physical safety concerns advanced by estate trustees amount to important public interests at such serious risk to justify issuance of sealing orders.

A prominent couple was found dead in their home. Their deaths had no apparent explanation and generated intense public interest. To this day, the identity and motive of those responsible remain unknown, and the deaths are being investigated as homicides. The estate trustees sought to stem the intense press scrutiny prompted by the events by seeking sealing orders of the probate files. Initially granted, the sealing orders were challenged by a journalist who had reported on the couple's deaths, and by the newspaper for which he wrote. The application judge sealed the probate files, concluding that the harmful effects of the sealing orders were substantially outweighed by the salutary effects on privacy and physical safety interests. The Court of Appeal unanimously allowed the appeal and lifted the sealing orders. It concluded that the privacy interest advanced lacked a public interest quality, and that there was no evidence of a real risk to anyone's physical safety.

Held: The appeal should be dismissed.

The estate trustees have failed to establish a serious risk to an important public interest under the test for discretionary limits on court openness. As such, the sealing orders should not have been issued. Open courts can be a source of inconvenience and embarrassment, but this discomfort is not, as a general matter, enough to overturn the strong presumption of openness. That said, personal information disseminated in open court can be more than a source of discomfort and may result in an affront to a person's dignity. Insofar as privacy serves to protect individuals from this affront, it is an important public interest and a court can make an exception to the open court principle if it is at

discretionnaires à la publicité des débats judiciaires — Intérêt public important — Vie privée — Dignité — Sécurité physique — Décès inexpliqué d'un couple important suscitant une vive attention chez le public et amenant les fiduciaires des successions à demander la mise sous scellés des dossiers d'homologation — Les préoccupations en matière de vie privée et de sécurité physique soulevées par les fiduciaires des successions constituent-elles des intérêts publics importants qui sont à ce point sérieusement menacés qu'ils justifient le prononcé d'ordonnances de mise sous scellés?

Un couple important a été retrouvé mort dans sa résidence. Les décès apparemment inexpliqués ont suscité un vif intérêt chez le public. À ce jour, l'identité et le mobile des personnes responsables demeurent inconnus, et les décès font l'objet d'une enquête pour homicides. Les fiduciaires des successions ont cherché à réfréner l'attention médiatique intense provoquée par les événements en sollicitant des ordonnances visant à mettre sous scellés les dossiers d'homologation. Les ordonnances de mise sous scellés ont au départ été accordées, puis ont été contestées par un journaliste qui avait rédigé des articles sur le décès du couple, ainsi que par le journal pour lequel il écrivait. Le juge de première instance a fait placer sous scellés les dossiers d'homologation, concluant que les effets bénéfiques des ordonnances de mise sous scellés sur les intérêts en matière de vie privée et de sécurité physique l'emportaient sensiblement sur leurs effets préjudiciables. La Cour d'appel à l'unanimité a accueilli l'appel et levé les ordonnances de mise sous scellés. Elle a conclu que l'intérêt en matière de vie privée qui avait été soulevé ne comportait pas la qualité d'intérêt public, et qu'il n'y avait aucun élément de preuve d'un risque réel pour la sécurité physique de quiconque.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les fiduciaires des successions n'ont pas établi l'existence d'un risque sérieux pour un intérêt public important en vertu du test applicable en matière de limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires. Par conséquent, les ordonnances de mise sous scellés n'auraient pas dû être rendues. La publicité des débats judiciaires peut être source d'inconvénients et d'embarras, mais ce désagrément n'est pas, en règle générale, suffisant pour permettre de réfuter la forte présomption de publicité des débats. Cela dit, la diffusion de renseignements personnels dans le cadre de débats judiciaires publics peut être plus qu'une source de désagrément et peut aussi entraîner une atteinte

serious risk. In this case, the risks to privacy and physical safety cannot be said to be sufficiently serious.

Court proceedings are presumptively open to the public. Court openness is protected by the constitutional guarantee of freedom of expression and is essential to the proper functioning of Canadian democracy. Reporting on court proceedings by a free press is often said to be inseparable from the principle of open justice. The open court principle is engaged by all judicial proceedings, whatever their nature. Matters in a probate file are not quintessentially private or fundamentally administrative. Obtaining a certificate of appointment of estate trustee in Ontario is a court proceeding engaging the fundamental rationale for openness — discouraging mischief and ensuring confidence in the administration of justice through transparency — such that the strong presumption of openness applies.

The test for discretionary limits on court openness is directed at maintaining the presumption while offering sufficient flexibility for courts to protect other public interests where they arise. In order to succeed, the person asking a court to exercise discretion in a way that limits the open court presumption must establish that (1) court openness poses a serious risk to an important public interest; (2) the order sought is necessary to prevent this serious risk to the identified interest because reasonably alternative measures will not prevent this risk; and (3) as a matter of proportionality, the benefits of the order outweigh its negative effects.

The recognized scope of what interests might justify a discretionary exception to open courts has broadened over time and now extends generally to important public interests. The breadth of this category transcends the interests of the parties to the dispute and provides significant flexibility to address harm to fundamental values in our society that unqualified openness could cause. While there is no closed list of important public interests, courts must be cautious and alive to the fundamental importance of the open court rule when they are identifying them.

à la dignité d'une personne. Dans la mesure où elle sert à protéger les personnes contre une telle atteinte, la vie privée constitue un intérêt public important et un tribunal peut faire une exception au principe de la publicité des débats judiciaires si elle est sérieusement menacée. Dans la présente affaire, on ne peut pas dire que le risque pour la vie privée et pour la sécurité physique est suffisamment sérieux.

Les procédures judiciaires sont présumées accessibles au public. La publicité des débats judiciaires, qui est protégée par la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression, est essentielle au bon fonctionnement de la démocratie canadienne. On dit souvent de la liberté de la presse de rendre compte des procédures judiciaires qu'elle est indissociable du principe de publicité. Le principe de la publicité des débats judiciaires s'applique dans toutes les procédures judiciaires, quelle que soit leur nature. Les questions soulevées dans un dossier d'homologation ne sont pas typiquement de nature privée ou fondamentalement de nature administrative. L'obtention d'un certificat de nomination à titre de fiduciaire d'une succession en Ontario est une procédure judiciaire qui met en cause la raison d'être fondamentale de la publicité des débats — décourager les actes malveillants et garantir la confiance dans l'administration de la justice par la transparence —, de sorte que la forte présomption de publicité s'applique.

Le test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires vise à maintenir la présomption tout en offrant suffisamment de souplesse aux tribunaux pour leur permettre de protéger d'autres intérêts publics lorsqu'ils entrent en jeu. Pour obtenir gain de cause, la personne qui demande au tribunal d'exercer son pouvoir discrétionnaire de façon à limiter la présomption de publicité doit établir ce qui suit : (1) la publicité des débats judiciaires pose un risque sérieux pour un intérêt public important; (2) l'ordonnance sollicitée est nécessaire pour écarter ce risque sérieux pour l'intérêt mis en évidence, car d'autres mesures raisonnables ne permettront pas d'écarter ce risque; et (3) du point de vue de la proportionnalité, les avantages de l'ordonnance l'emportent sur ses effets négatifs.

La portée reconnue des intérêts qui pourraient justifier une exception discrétionnaire à la publicité des débats judiciaires s'est élargie au fil du temps et s'étend désormais en général aux intérêts publics importants. L'étendue de cette catégorie transcende les intérêts des parties au litige et offre une grande souplesse pour remédier à l'atteinte aux valeurs fondamentales de notre société qu'une publicité absolue des procédures judiciaires pourrait causer. Bien qu'il n'y ait aucune liste exhaustive des intérêts publics importants, les tribunaux doivent faire preuve de prudence

Determining what is an important public interest can be done in the abstract at the level of general principles that extend beyond the parties to the particular dispute. By contrast, whether that interest is at serious risk is a fact-based finding that is necessarily made in context. The identification of an important interest and the seriousness of the risk to that interest are thus theoretically separate and qualitatively distinct operations.

Privacy has been championed as a fundamental consideration in a free society, and its public importance has been recognized in various settings. Though an individual's privacy will be pre-eminently important to that individual, the protection of privacy is also in the interest of society as a whole. Privacy therefore cannot be rejected as a mere personal concern: some personal concerns relating to privacy overlap with public interests.

However, cast too broadly, the recognition of a public interest in privacy could threaten the strong presumption of openness. The privacy of individuals will be at risk in many court proceedings. Furthermore, privacy is a complex and contextual concept, making it difficult for courts to measure. Recognizing an important interest in privacy generally would accordingly be unworkable.

Instead, the public character of the privacy interest involves protecting individuals from the threat to their dignity. Dignity in this sense involves the right to present core aspects of oneself to others in a considered and controlled manner; it is an expression of an individual's unique personality or personhood. This interest is consistent with the Court's emphasis on the importance of privacy, but is tailored to preserve the strong presumption of openness.

Privacy as predicated on dignity will be at serious risk in limited circumstances. Neither the sensibilities of individuals nor the fact that openness is disadvantageous, embarrassing or distressing to certain individuals will generally on their own warrant interference with court openness. Dignity will be at serious risk only where the information that would be disseminated as a result of court openness is sufficiently sensitive or private such that openness can be shown to meaningfully strike at the individual's biographical core in a manner that threatens their

et avoir pleinement conscience de l'importance fondamentale de la règle de la publicité des débats judiciaires lorsqu'ils les constatent. Déterminer ce qu'est un intérêt public important peut se faire dans l'abstrait sur le plan des principes généraux qui vont au-delà des parties à un litige donné. En revanche, la conclusion sur la question de savoir si un risque sérieux menace cet intérêt est une conclusion factuelle qui est nécessairement prise eu égard au contexte. Le fait de constater un intérêt important et celui de constater le caractère sérieux du risque auquel cet intérêt est exposé sont donc en théorie des opérations séparées et qualitativement distinctes.

La vie privée a été défendue en tant que considération fondamentale d'une société libre et son importance pour le public a été reconnue dans divers contextes. Bien que la vie privée d'une personne soit d'une importance primordiale pour celle-ci, la protection de la vie privée est également dans l'intérêt de la société dans son ensemble. La vie privée ne saurait donc être rejetée en tant que simple préoccupation personnelle : il y a chevauchement entre certaines préoccupations personnelles relatives à la vie privée et les intérêts du public.

Cependant, si la vie privée est définie trop largement, la reconnaissance d'un intérêt public en matière de vie privée pourrait menacer la forte présomption de publicité. La vie privée des personnes sera menacée dans de nombreuses procédures judiciaires. De plus, la vie privée est une notion complexe et contextuelle, de sorte qu'il est difficile pour les tribunaux de la mesurer. La reconnaissance d'un intérêt important à l'égard de la notion générale de vie privée serait donc irréalisable.

Le caractère public de l'intérêt en matière de vie privée consiste plutôt à protéger les gens contre la menace à leur dignité. La dignité en ce sens comporte le droit de présenter des aspects fondamentaux de soi-même aux autres de manière réfléchie et contrôlée; il s'agit de l'expression de la personnalité ou de l'identité unique d'une personne. Cet intérêt est conforme à l'accent mis par la Cour sur l'importance de la vie privée, tout en permettant de maintenir la forte présomption de publicité des débats.

Se fondant sur la dignité, la vie privée sera sérieusement menacée dans des circonstances limitées. Ni la susceptibilité des gens ni le fait que la publicité soit désavantageuse, embarrassante ou pénible pour certaines personnes ne justifieront généralement, à eux seuls, une atteinte à la publicité des débats judiciaires. La dignité ne sera sérieusement menacée que lorsque les renseignements qui seraient diffusés en raison de la publicité des débats sont suffisamment sensibles ou privés pour que l'on puisse démontrer que la publicité porte atteinte de

integrity. The question is whether the information reveals something intimate and personal about the individual, their lifestyle or their experiences.

In cases where the information is sufficiently sensitive to strike at an individual's biographical core, a court must then ask whether a serious risk to the interest is made out in the full factual context of the case. The seriousness of the risk may be affected by the extent to which information is disseminated and already in the public domain, and the probability of the dissemination actually occurring. The burden is on the applicant to show that privacy, understood in reference to dignity, is at serious risk; this erects a fact-specific threshold consistent with the presumption of openness.

There is also an important public interest in protecting individuals from physical harm, but a discretionary order limiting court openness can only be made where there is a serious risk to this important public interest. Direct evidence is not necessarily required to establish a serious risk to an important public interest, as objectively discernable harm may be identified on the basis of logical inferences. But this process of inferential reasoning is not a licence to engage in impermissible speculation. It is not just the probability of the feared harm, but also the gravity of the harm itself that is relevant to the assessment of serious risk. Where the feared harm is particularly serious, the probability that this harm materialize need not be shown to be likely, but must still be more than negligible, fanciful or speculative. Mere assertions of grave physical harm are therefore insufficient.

In addition to a serious risk to an important interest, it must be shown that the particular order sought is necessary to address the risk and that the benefits of the order outweigh its negative effects as a matter of proportionality. This contextual balancing, informed by the importance of the open court principle, presents a final barrier to those seeking a discretionary limit on court openness for the purposes of privacy protection.

façon significative au cœur même des renseignements biographiques de la personne d'une manière qui menace son intégrité. Il faut se demander si les renseignements révèlent quelque chose d'intime et de personnel sur la personne, son mode de vie ou ses expériences.

Dans les cas où les renseignements sont suffisamment sensibles pour toucher au cœur même des renseignements biographiques d'une personne, le tribunal doit alors se demander si le contexte factuel global de l'affaire permet d'établir l'existence d'un risque sérieux pour l'intérêt en cause. La mesure dans laquelle les renseignements sont diffusés et font déjà partie du domaine public, ainsi que la probabilité que la diffusion se produise réellement, peuvent avoir une incidence sur le caractère sérieux du risque. Il incombe au demandeur de démontrer que la vie privée, considérée au regard de la dignité, est sérieusement menacée; cela permet d'établir un seuil, tributaire des faits, compatible avec la présomption de publicité des débats.

Il existe également un intérêt public important dans la protection des personnes contre un préjudice physique, mais une ordonnance discrétionnaire ayant pour effet de limiter la publicité des débats judiciaires ne peut être rendue qu'en présence d'un risque sérieux pour cet intérêt public important. Une preuve directe n'est pas nécessairement exigée pour démontrer qu'un intérêt public important est sérieusement menacé, car il est possible d'établir l'existence d'un préjudice objectivement discernable sur la base d'inférences logiques. Or, ce raisonnement inférentiel ne permet pas de se livrer à des conjectures inadmissibles. Ce n'est pas seulement la probabilité du préjudice appréhendé qui est pertinente lorsqu'il s'agit d'évaluer si un risque est sérieux, mais également la gravité du préjudice lui-même. Lorsque le préjudice appréhendé est particulièrement sérieux, il n'est pas nécessaire de démontrer que la probabilité que ce préjudice se matérialise est vraisemblable, mais elle doit tout de même être plus que négligeable, fantaisiste ou conjecturale. Le simple fait d'invoquer un préjudice physique grave n'est donc pas suffisant.

Il faut démontrer, outre un risque sérieux pour un intérêt important, que l'ordonnance particulière demandée est nécessaire pour écarter le risque et que, du point de vue de la proportionnalité, les avantages de l'ordonnance l'emportent sur ses effets négatifs. Cette pondération contextuelle, éclairée par l'importance du principe de la publicité des débats judiciaires, constitue un dernier obstacle sur la route de ceux qui cherchent à faire limiter de façon discrétionnaire la publicité des débats judiciaires aux fins de la protection de la vie privée.

In the present case, the risk to the important public interest in privacy, defined in reference to dignity, is not serious. The information contained in the probate files does not reveal anything particularly private or highly sensitive. It has not been shown that it would strike at the biographical core of the affected individuals in a way that would undermine their control over the expression of their identities. Furthermore, the record does not show a serious risk of physical harm. The estate trustees asked the application judge to infer not only the fact that harm would befall the affected individuals, but also that a person or persons exist who wish to harm them. To infer all this on the basis of the deaths and the association of the affected individuals with the deceased is not a reasonable inference but is speculation.

Even if the estate trustees had succeeded in showing a serious risk to privacy, a publication ban — less constraining on openness than the sealing orders — would have likely been sufficient as a reasonable alternative to prevent this risk. As a final barrier, the estate trustees would have had to show that the benefits of any order necessary to protect from a serious risk to the important public interest outweighed the harmful effects of the order.

Cases Cited

Applied: *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522; **referred to:** *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332; *Khuja v. Times Newspapers Ltd.*, [2017] UKSC 49, [2019] A.C. 161; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442; *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; *R. v. Henry*, 2009 BCCA 86, 270 B.C.A.C. 5; *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *A.B. v. Bragg Communications Inc.*, 2012 SCC 46, [2012] 2 S.C.R. 567; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario*, 2005 SCC 41, [2005] 2 S.C.R. 188; *Re Southam Inc. and The Queen (No.1)* (1983), 41 O.R. (2d) 11; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Otis v. Otis* (2004), 7 E.T.R.

En l'espèce, le risque pour l'intérêt public important en matière de vie privée, défini au regard de la dignité, n'est pas sérieux. Les renseignements contenus dans les dossiers d'homologation ne révèlent rien de particulièrement privé ni de très sensible. Il n'a pas été démontré qu'ils toucheraient au cœur même des renseignements biographiques des personnes touchées d'une manière qui minerait leur contrôle sur l'expression de leur identité. De plus, le dossier ne démontre pas l'existence d'un risque sérieux de préjudice physique. Les fiduciaires des successions ont demandé au juge de première instance d'inférer non seulement le fait qu'un préjudice serait causé aux personnes touchées, mais également qu'il existe une ou des personnes qui souhaitent leur faire du mal. Déduire tout cela en se fondant sur les décès et sur les liens unissant les personnes touchées aux défunts ne constitue pas une inférence raisonnable, mais une conjecture.

Même si les fiduciaires des successions avaient réussi à démontrer l'existence d'un risque sérieux pour la vie privée, une interdiction de publication — moins contraignante à l'égard de la publicité des débats que les ordonnances de mise sous scellés — aurait probablement été suffisante en tant qu'autre option raisonnable pour écarter ce risque. Comme dernier obstacle, les fiduciaires des successions auraient eu à démontrer que les avantages de toute ordonnance nécessaire à la protection contre un risque sérieux pour l'intérêt public important l'emportaient sur ses effets préjudiciables.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522; **arrêts mentionnés :** *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332; *Khuja c. Times Newspapers Ltd.*, [2017] UKSC 49, [2019] A.C. 161; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442; *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; *R. c. Henry*, 2009 BCCA 86, 270 B.C.A.C. 5; *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *A.B. c. Bragg Communications Inc.*, 2012 CSC 46, [2012] 2 R.C.S. 567; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, 2005 CSC 41, [2005] 2 R.C.S. 188; *Re Southam Inc. and The Queen (No.1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113; *R. c. Oakes*,

(3d) 221; *H. (M.E.) v. Williams*, 2012 ONCA 35, 108 O.R. (3d) 321; *F.N. (Re)*, 2000 SCC 35, [2000] 1 S.C.R. 880; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733; *Toronto Star Newspaper Ltd. v. R.*, 2012 ONCJ 27, 289 C.C.C. (3d) 549; *Douez v. Facebook, Inc.*, 2017 SCC 33, [2017] 1 S.C.R. 751; *R. v. Paterson* (1998), 102 B.C.A.C. 200; *S. v. Lamontagne*, 2020 QCCA 663; *Himel v. Greenberg*, 2010 ONSC 2325, 93 R.F.L. (6th) 357; *A.B. v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 629; *R. v. Pickton*, 2010 BCSC 1198; *Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 SCC 51, [2001] 2 S.C.R. 743; *3834310 Canada inc. v. Chamberland*, 2004 CanLII 4122; *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212; *Coltsfoot Publishing Ltd. v. Foster-Jacques*, 2012 NSCA 83, 320 N.S.R. (2d) 166; *Goulet v. Transamerica Life Insurance Co. of Canada*, 2002 SCC 21, [2002] 1 S.C.R. 719; *Godbout v. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561, aff'd [1997] 3 S.C.R. 844; *A. v. B.*, 1990 CanLII 3132; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34; *Work Safe Twerk Safe v. Her Majesty the Queen in Right of Ontario*, 2021 ONSC 1100; *Fedeli v. Brown*, 2020 ONSC 994; *R. v. Marakah*, 2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608; *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390; *R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584; *R. v. Chanmany*, 2016 ONCA 576, 352 O.A.C. 121; *X. v. Y.*, 2011 BCSC 943, 21 B.C.L.R. (5th) 410; *R. v. Esseghaier*, 2017 ONCA 970, 356 C.C.C. (3d) 455.

Statutes and Regulations Cited

Bill C-11, *An Act to enact the Consumer Privacy Protection Act and the Personal Information and Data Protection Tribunal Act and to make consequential and related amendments to other Acts*, 2nd Sess., 43rd Parl., 2020.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 8.

Charter of Human Rights and Freedoms, CQLR, c. C-12, s. 5.

Civil Code of Québec, arts. 35 to 41.

Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25.01, art. 12.

Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F31.

Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5.

Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21.

[1986] 1 R.C.S. 103; *Otis c. Otis* (2004), 7 E.T.R. (3d) 221; *H. (M.E.) c. Williams*, 2012 ONCA 35, 108 O.R. (3d) 321; *F.N. (Re)*, 2000 CSC 35, [2000] 1 R.C.S. 880; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733; *Toronto Star Newspaper Ltd. c. R.*, 2012 ONCJ 27, 289 C.C.C. (3d) 549; *Douez c. Facebook, Inc.*, 2017 CSC 33, [2017] 1 R.C.S. 751; *R. c. Paterson* (1998), 102 B.C.A.C. 200; *S. c. Lamontagne*, 2020 QCCA 663; *Himel c. Greenberg*, 2010 ONSC 2325, 93 R.F.L. (6th) 357; *A.B. c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 629; *R. c. Pickton*, 2010 BCSC 1198; *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 CSC 51, [2001] 2 R.C.S. 743; *3834310 Canada inc. c. Chamberland*, 2004 CanLII 4122; *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212; *Coltsfoot Publishing Ltd. c. Foster-Jacques*, 2012 NSCA 83, 320 N.S.R. (2d) 166; *Goulet c. Cie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada*, 2002 CSC 21, [2002] 1 R.C.S. 719; *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561, conf. par [1997] 3 R.C.S. 844; *A. c. B.*, 1990 CanLII 3132; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34; *Work Safe Twerk Safe c. Her Majesty the Queen in Right of Ontario*, 2021 ONSC 1100; *Fedeli c. Brown*, 2020 ONSC 994; *R. c. Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608; *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390; *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584; *R. c. Chanmany*, 2016 ONCA 576, 352 O.A.C. 121; *X. c. Y.*, 2011 BCSC 943, 21 B.C.L.R. (5th) 410; *R. c. Esseghaier*, 2017 ONCA 970, 356 C.C.C. (3d) 455.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 8.

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12, art. 5.

Code civil du Québec, art. 35 à 41.

Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25.01, art. 12.

Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, c. F31.

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, c. P-21.

Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, c. 5.

Projet de loi C-11, *Loi édictant la Loi sur la protection de la vie privée des consommateurs et la Loi sur le Tribunal de la protection des renseignements personnels et des données et apportant des modifications corrélatives et connexes à d'autres lois*, 2^e sess., 43^e lég., 2020.

Authors Cited

- Ardia, David S. "Privacy and Court Records: Online Access and the Loss of Practical Obscurity" (2017), 4 *U. Ill. L. Rev.* 1385.
- Austin, Lisa M. "Re-reading Westin" (2019), 20 *Theor. Inq. L.* 53.
- Bailey, Jane, and Jacquelyn Burkell. "Revisiting the Open Court Principle in an Era of Online Publication: Questioning Presumptive Public Access to Parties' and Witnesses' Personal Information" (2016), 48 *Ottawa L. Rev.* 143.
- Cockfield, Arthur J. "Protecting the Social Value of Privacy in the Context of State Investigations Using New Technologies" (2007), 40 *U.B.C. L. Rev.* 41.
- Eltis, Karen. *Courts, Litigants, and the Digital Age*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2016.
- Eltis, Karen. "The Judicial System in the Digital Age: Revisiting the Relationship between Privacy and Accessibility in the Cyber Context" (2011), 56 *McGill L.J.* 289.
- Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 6^e éd. Montréal: Yvon Blais, 2020.
- Gewirtz, Paul. "Privacy and Speech", [2001] *Sup. Ct. Rev.* 139.
- Guillemard, Sylvette, et Séverine Menétrey. *Comprendre la procédure civile québécoise*, 2^e éd. Montréal: Yvon Blais, 2017.
- Hughes, Kirsty. "A Behavioural Understanding of Privacy and its Implications for Privacy Law" (2012), 75 *Mod. L. Rev.* 806.
- Matheson, David. "Dignity and Selective Self-Presentation", in Ian Kerr, Valerie Steeves and Carole Lucock, eds., *Lessons from the Identity Trail: Anonymity, Privacy and Identity in a Networked Society*. New York: Oxford University Press, 2009, 319.
- McIsaac, Barbara, Kris Klein, and Shaun Brown. *The Law of Privacy in Canada*, vol. 1. Toronto: Thomson Reuters, 2000 (loose-leaf updated 2020, release 11).
- McLachlin, Beverley. "Courts, Transparency and Public Confidence – To the Better Administration of Justice" (2003), 8 *Deakin L. Rev.* 1.
- Paton-Simpson, Elizabeth. "Privacy and the Reasonable Paranoid: The Protection of Privacy in Public Places" (2000), 50 *U.T.L.J.* 305.
- Perell, Paul M., and John W. Morden. *The Law of Civil Procedure in Ontario*, 4th ed. Toronto: LexisNexis, 2020.
- Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires de la ministre de la Justice: Code de procédure civile, chapitre C-25.01*. Montréal: SOQUIJ, 2015.

Doctrines et autres documents cités

- Ardia, David S. « Privacy and Court Records : Online Access and the Loss of Practical Obscurity » (2017), 4 *U. Ill. L. Rev.* 1385.
- Austin, Lisa M. « Re-reading Westin » (2019), 20 *Theor. Inq. L.* 53.
- Bailey, Jane, and Jacquelyn Burkell. « Revisiting the Open Court Principle in an Era of Online Publication : Questioning Presumptive Public Access to Parties' and Witnesses' Personal Information » (2016), 48 *R.D. Ottawa* 143.
- Cockfield, Arthur J. « Protecting the Social Value of Privacy in the Context of State Investigations Using New Technologies » (2007), 40 *U.B.C. L. Rev.* 41.
- Eltis, Karen. *Courts, Litigants, and the Digital Age*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2016.
- Eltis, Karen. « The Judicial System in the Digital Age : Revisiting the Relationship between Privacy and Accessibility in the Cyber Context » (2011), 56 *R.D. McGill* 289.
- Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 6^e éd., Montréal, Yvon Blais, 2020.
- Gewirtz, Paul. « Privacy and Speech », [2001] *Sup. Ct. Rev.* 139.
- Guillemard, Sylvette, et Séverine Menétrey. *Comprendre la procédure civile québécoise*, 2^e éd., Montréal, Yvon Blais, 2017.
- Hughes, Kirsty. « A Behavioural Understanding of Privacy and its Implications for Privacy Law » (2012), 75 *Mod. L. Rev.* 806.
- Matheson, David. « Dignity and Selective Self-Presentation », in Ian Kerr, Valerie Steeves and Carole Lucock, eds., *Lessons from the Identity Trail : Anonymity, Privacy and Identity in a Networked Society*, New York, Oxford University Press, 2009, 319.
- McIsaac, Barbara, Kris Klein, and Shaun Brown. *The Law of Privacy in Canada*, vol. 1, Toronto, Thomson Reuters, 2000 (loose-leaf updated 2020, release 11).
- McLachlin, Beverley. « Courts, Transparency and Public Confidence – To the Better Administration of Justice » (2003), 8 *Deakin L. Rev.* 1.
- Paton-Simpson, Elizabeth. « Privacy and the Reasonable Paranoid : The Protection of Privacy in Public Places » (2000), 50 *U.T.L.J.* 305.
- Perell, Paul M., and John W. Morden. *The Law of Civil Procedure in Ontario*, 4th ed., Toronto, LexisNexis, 2020.
- Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires de la ministre de la Justice : Code de procédure civile, chapitre C-25.01*, Montréal, SOQUIJ, 2015.

Rochette, Sébastien, et Jean-François Côté. “Article 12”, dans Luc Chamberland, dir. *Le grand collectif: Code de procédure civile — Commentaires et annotations*, vol. 1, 5^e éd. Montréal: Yvon Blais, 2020.

Rossiter, James. *Law of Publication Bans, Private Hearings and Sealing Orders*. Toronto: Thomson Reuters, 2006 (loose-leaf updated 2020, release 2).

Solove, Daniel J. “Conceptualizing Privacy” (2002), 90 *Cal. L. Rev.* 1087.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Rouleau and Hourigan JJ.A.), 2019 ONCA 376, 47 E.T.R. (4th) 1, [2019] O.J. No. 2373 (QL), 2019 CarswellOnt 6867 (WL Can.), setting aside a decision of Dunphy J., 2018 ONSC 4706, 417 C.R.R. (2d) 321, 41 E.T.R. (4th) 126, 28 C.P.C. (8th) 102, [2018] O.J. No. 4121 (QL), 2018 CarswellOnt 13017 (WL Can.). Appeal dismissed.

Chantelle Cseh and Timothy Youdan, for the appellants.

Iris Fischer and Skye A. Sepp, for the respondents.

Peter Scrutton, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Jaqueline Hughes, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Ryder Gilliland, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Ewa Krajewska, for the intervener the Income Security Advocacy Centre.

Robert S. Anderson, Q.C., for the interveners Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Postmedia Network Inc., CTV, a Division of Bell Media Inc., Global News, a division of Corus Television Limited Partnership, The Globe and Mail Inc. and Citytv, a division of Rogers Media Inc.

Adam Goldenberg, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Khalid Janmohamed, for the interveners the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, the HIV Legal Network and the Mental Health Legal Committee.

Rochette, Sébastien, et Jean-François Côté. « Article 12 », dans Luc Chamberland, dir. *Le grand collectif : Code de procédure civile — Commentaires et annotations*, vol. 1, 5^e éd., Montréal, Yvon Blais, 2020.

Rossiter, James. *Law of Publication Bans, Private Hearings and Sealing Orders*, Toronto, Thomson Reuters, 2006 (loose-leaf updated 2020, release 2).

Solove, Daniel J. « Conceptualizing Privacy » (2002), 90 *Cal. L. Rev.* 1087.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Doherty, Rouleau et Hourigan), 2019 ONCA 376, 47 E.T.R. (4th) 1, [2019] O.J. No. 2373 (QL), 2019 CarswellOnt 6867 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Dunphy, 2018 ONSC 4706, 417 C.R.R. (2d) 321, 41 E.T.R. (4th) 126, 28 C.P.C. (8th) 102, [2018] O.J. No. 4121 (QL), 2018 CarswellOnt 13017 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Chantelle Cseh et Timothy Youdan, pour les appelants.

Iris Fischer et Skye A. Sepp, pour les intimés.

Peter Scrutton, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Jaqueline Hughes, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Ryder Gilliland, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Ewa Krajewska, pour l’intervenant le Centre d’action pour la sécurité du revenu.

Robert S. Anderson, c.r., pour les intervenants Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Postmedia Network Inc., CTV, une division de Bell Média inc., Global News, a division of Corus Television Limited Partnership, The Globe and Mail Inc. and Citytv, a division of Rogers Media Inc.

Adam Goldenberg, pour l’intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

Khalid Janmohamed, pour les intervenants HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, le Réseau juridique VIH et Mental Health Legal Committee.

The judgment of the Court was delivered by

KASIRER J. —

I. Overview

[1] This Court has been resolute in recognizing that the open court principle is protected by the constitutionally-entrenched right of freedom of expression and, as such, it represents a central feature of a liberal democracy. As a general rule, the public can attend hearings and consult court files and the press — the eyes and ears of the public — is left free to inquire and comment on the workings of the courts, all of which helps make the justice system fair and accountable.

[2] Accordingly, there is a strong presumption in favour of open courts. It is understood that this allows for public scrutiny which can be the source of inconvenience and even embarrassment to those who feel that their engagement in the justice system brings intrusion into their private lives. But this discomfort is not, as a general matter, enough to overturn the strong presumption that the public can attend hearings and that court files can be consulted and reported upon by the free press.

[3] Notwithstanding this presumption, exceptional circumstances do arise where competing interests justify a restriction on the open court principle. Where a discretionary court order limiting constitutionally-protected openness is sought — for example, a sealing order, a publication ban, an order excluding the public from a hearing, or a redaction order — the applicant must demonstrate, as a threshold requirement, that openness presents a serious risk to a competing interest of public importance. That this requirement is considered a high bar serves to maintain the strong presumption of open courts. Moreover, the protection of open courts does not stop there. The applicant must still show that the order is necessary to prevent the risk and that, as a matter of

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE KASIRER —

I. Survol

[1] La Cour a toujours fermement reconnu que le principe de la publicité des débats judiciaires est protégé par le droit constitutionnel à la liberté d'expression, et qu'il représente à ce titre un élément fondamental d'une démocratie libérale. En règle générale, le public peut assister aux audiences et consulter les dossiers judiciaires, et les médias — les yeux et les oreilles du public — sont libres de poser des questions et de formuler des commentaires sur les activités des tribunaux, ce qui contribue à rendre le système judiciaire équitable et responsable.

[2] Par conséquent, il existe une forte présomption en faveur de la publicité des débats judiciaires. Il est entendu que cela permet un examen public minutieux qui peut être source d'inconvénients, voire d'embarras, pour ceux qui estiment que leur implication dans le système judiciaire entraîne une atteinte à leur vie privée. Cependant, ce désagrément n'est pas, en règle générale, suffisant pour permettre de réfuter la forte présomption voulant que le public puisse assister aux audiences, et que les dossiers judiciaires puissent être consultés et leur contenu rapporté par une presse libre.

[3] Malgré cette présomption, il se présente des circonstances exceptionnelles où des intérêts opposés justifient de restreindre le principe de la publicité des débats judiciaires. Lorsqu'un demandeur sollicite une ordonnance judiciaire discrétionnaire limitant le principe constitutionnalisé de la publicité des procédures judiciaires — par exemple, une ordonnance de mise sous scellés, une interdiction de publication, une ordonnance excluant le public d'une audience ou une ordonnance de caviardage —, il doit démontrer, comme condition préliminaire, que la publicité des débats en cause présente un risque sérieux pour un intérêt opposé qui revêt une importance pour le public. Le fait que cette condition soit considérée comme un seuil élevé vise à assurer

proportionality, the benefits of that order restricting openness outweigh its negative effects.

[4] This appeal turns on whether concerns advanced by persons seeking an exception to the ordinarily open court file in probate proceedings — the concerns for privacy of the affected individuals and their physical safety — amount to important public interests that are at such serious risk that the files should be sealed. The parties to this appeal agree that physical safety is an important public interest that could justify a sealing order but disagree as to whether that interest would be at serious risk, in the circumstances of this case, should the files be unsealed. They further disagree whether privacy is in itself an important interest that could justify a sealing order. The appellants say that privacy is a public interest of sufficient import that can justify limits on openness, especially in light of the threats individuals face as technology facilitates widespread dissemination of personally sensitive information. They argue that the Court of Appeal was mistaken to say that personal concerns for privacy, without more, lack the public interest component that is properly the subject-matter of a sealing order.

[5] This Court has, in different settings, consistently championed privacy as a fundamental consideration in a free society. Pointing to cases decided in other contexts, the appellants contend that privacy should be recognized here as a public interest that, on the facts of this case, substantiates their plea for orders sealing the probate files. The respondents resist,

le maintien de la forte présomption de publicité des débats judiciaires. En outre, la protection accordée à la publicité des débats ne s'arrête pas là. Le demandeur doit encore démontrer que l'ordonnance est nécessaire pour écarter le risque et que, du point de vue de la proportionnalité, les avantages de cette ordonnance restreignant la publicité l'emportent sur ses effets négatifs.

[4] Le présent pourvoi porte sur la question de savoir si les préoccupations soulevées par les personnes qui demandent qu'une exception soit faite à la publicité habituelle des dossiers judiciaires dans le cadre de procédures d'homologation successorale — à savoir les préoccupations concernant la vie privée et la sécurité physique des personnes touchées — constituent des intérêts publics importants qui sont à ce point sérieusement menacés que les dossiers devraient être mis sous scellés. Les parties au présent pourvoi conviennent que la sécurité physique constitue un intérêt public important qui pourrait justifier une ordonnance de mise sous scellés, mais elles ne s'entendent pas sur la question de savoir si cet intérêt serait sérieusement menacé, dans les circonstances de l'espèce, advenant la levée des scellés. Elles sont également en désaccord sur la question de savoir si la vie privée constitue en elle-même un intérêt important qui pourrait justifier une ordonnance de mise sous scellés. Les appelants affirment que la vie privée est un intérêt public suffisamment important pouvant justifier l'imposition de limites à la publicité des débats judiciaires, plus particulièrement à la lumière des menaces auxquelles les gens sont exposés dans un contexte où la technologie facilite la diffusion à grande échelle de renseignements personnels sensibles. Ils font valoir que la Cour d'appel a eu tort d'affirmer que les préoccupations personnelles en matière de vie privée, à elles seules, ne comportent pas l'élément d'intérêt public qui relève à juste titre d'une ordonnance de mise sous scellés.

[5] Notre Cour a, dans différents contextes, défendu de manière constante la vie privée en tant que considération fondamentale d'une société libre. Invoquant des arrêts rendus dans d'autres contextes, les appelants soutiennent que la vie privée devrait être reconnue en l'espèce comme un intérêt public qui, au vu des faits de la présente affaire, étaye leur

recalling that privacy has generally been seen as a poor justification for an exception to openness. After all, they say, virtually every court proceeding entails some disquiet for the lives of those concerned and these intrusions on privacy must be tolerated because open courts are essential to a healthy democracy.

[6] This appeal offers, then, an occasion to decide whether privacy can amount to a public interest in the open court jurisprudence and, if so, whether openness puts privacy at serious risk here so as to justify the kind of orders sought by the appellants.

[7] For the reasons that follow, I propose to recognize an aspect of privacy as an important public interest for the purposes of the relevant test from *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522. Proceedings in open court can lead to the dissemination of highly sensitive personal information that would result not just in discomfort or embarrassment, but in an affront to the affected person's dignity. Where this narrower dimension of privacy, rooted in what I see as the public interest in protecting human dignity, is shown to be at serious risk, an exception to the open court principle may be justified.

[8] In this case, and with this interest in mind, it cannot be said that the risk to privacy is sufficiently serious to overcome the strong presumption of openness. The same is true of the risk to physical safety here. The Court of Appeal was right in the circumstances to set aside the sealing orders and I would therefore dismiss the appeal.

plaidoyer en faveur du prononcé d'ordonnances de mise sous scellés des dossiers d'homologation. Les intimés s'opposent à ce que de telles ordonnances soient rendues, rappelant que la protection de la vie privée est généralement considérée comme une faible justification à une exception à la publicité des débats. Ils affirment qu'après tout, presque chaque procédure judiciaire entraîne un certain dérangement dans la vie des personnes concernées et que ces atteintes à la vie privée doivent être tolérées parce que la publicité des débats judiciaires est essentielle à une saine démocratie.

[6] Le présent pourvoi offre donc l'occasion de trancher la question de savoir si la vie privée peut constituer un intérêt public suivant la jurisprudence relative à la publicité des débats judiciaires et, dans l'affirmative, si la publicité des débats menace sérieusement la vie privée en l'espèce au point de justifier le type d'ordonnances demandé par les appelants.

[7] Pour les motifs qui suivent, je propose de reconnaître qu'un aspect de la vie privée constitue un intérêt public important pour l'application du test pertinent énoncé dans l'arrêt *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522. La tenue de procédures judiciaires publiques peut mener à la diffusion de renseignements personnels très sensibles, laquelle entraînerait non seulement un désagrément ou de l'embarras pour la personne touchée, mais aussi une atteinte à sa dignité. Dans les cas où il est démontré que cette dimension plus restreinte de la vie privée, qui me semble tirer son origine de l'intérêt du public à la protection de la dignité humaine, est sérieusement menacée, une exception au principe de la publicité des débats judiciaires peut être justifiée.

[8] Dans la présente affaire, et en gardant cet intérêt à l'esprit, on ne peut pas dire que le risque pour la vie privée est suffisamment sérieux pour permettre de réfuter la forte présomption de publicité des débats judiciaires. Il en est de même du risque pour la sécurité physique en l'espèce. Dans les circonstances, la Cour d'appel a eu raison d'annuler les ordonnances de mise sous scellés et je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Background

[9] Prominent in business and philanthropic circles, Bernard Sherman and Honey Sherman were found dead in their Toronto home in December of 2017. Their deaths had no apparent explanation and generated intense public interest and press scrutiny. In January of the following year, the Toronto Police Service announced that the deaths were being investigated as homicides. As the present matter came before the courts, the identity and motive of those responsible remained unknown.

[10] The couple's estates and estate trustees (collectively the "Trustees")¹ sought to stem the intense press scrutiny prompted by the events. The Trustees hoped to see to the orderly transfer of the couple's property, at arm's length from what they saw as the public's morbid interest in the unexplained deaths and the curiosity around apparently great sums of money involved.

[11] When the time came to obtain certificates of appointment of estate trustee from the Superior Court of Justice, the Trustees sought a sealing order so that the estate trustees and beneficiaries ("affected individuals") might be spared any further intrusions into their privacy and be protected from what was alleged to be a risk to their safety. The Trustees argued that if the information in the court files was revealed to the public, the safety of the affected individuals would be at risk and their privacy compromised as long as the deaths were unexplained and those responsible for the tragedy remained at large. In support of their request, they argued that there was a real and substantial risk that the affected individuals would suffer serious harm from the public exposure of the materials in the circumstances.

¹ As noted in the title of proceedings, the appellants in this matter have been referred to consistently as the "Estate of Bernard Sherman and Trustees of the Estate and Estate of Honey Sherman and Trustees of the Estate". In these reasons the appellants are referred to throughout as the "Trustees" for convenience.

II. Contexte

[9] Bernard Sherman et Honey Sherman, figures importantes du monde des affaires et de la philanthropie, ont été retrouvés morts dans leur résidence de Toronto en décembre 2017. Leur décès apparemment inexpliqué a suscité un vif intérêt chez le public et une attention médiatique intense. En janvier de l'année suivante, le service de police de Toronto a annoncé que les décès faisaient l'objet d'une enquête pour homicides. Au moment où l'affaire a été portée devant les tribunaux, l'identité et le mobile des personnes responsables demeuraient inconnus.

[10] Les successions du couple et les fiduciaires des successions (collectivement les « fiduciaires »)¹ ont cherché à réfréner l'attention médiatique intense provoquée par les événements. Les fiduciaires souhaitaient veiller au transfert harmonieux des biens du couple, à distance de ce qu'ils percevaient comme un intérêt morbide du public pour les décès inexpliqués et la curiosité suscitée par les importantes sommes d'argent apparemment en jeu.

[11] Quand le temps est venu d'obtenir auprès de la Cour supérieure de justice leurs certificats de nomination à titre de fiduciaires des successions, les fiduciaires ont sollicité une ordonnance de mise sous scellés dans le but d'épargner aux fiduciaires des successions et aux bénéficiaires (« personnes touchées ») de nouvelles atteintes à leur vie privée, et de les protéger contre ce qui, selon les allégations, aurait constitué un risque pour leur sécurité. Les fiduciaires ont soutenu que, si les renseignements contenus dans les dossiers judiciaires étaient révélés au public, la sécurité des personnes touchées serait menacée et leur vie privée compromise tant et aussi longtemps que les décès demeureraient inexpliqués et que les personnes responsables de la tragédie seraient en liberté. À l'appui de leur demande, ils ont fait valoir qu'il existait un risque réel et important que les personnes touchées subissent un préjudice sérieux en raison de la diffusion publique des documents dans les circonstances.

¹ Comme l'indique l'intitulé de la cause, les appelants en l'espèce ont, tout au long des procédures, été désignés comme suit : « succession de Bernard Sherman et fiduciaires de la succession et succession de Honey Sherman et fiduciaires de la succession ». Dans les présents motifs, les appelants sont appelés les « fiduciaires » par souci de commodité.

[12] Initially granted, the sealing orders were challenged by Kevin Donovan, a journalist who had written a series of articles on the couple's deaths, and Toronto Star Newspapers Ltd., for which he wrote (collectively the "Toronto Star").² The Toronto Star said the orders violated its constitutional rights of freedom of expression and freedom of the press, as well as the attending principle that the workings of the courts should be open to the public as a means of guaranteeing the fair and transparent administration of justice.

III. Proceedings Below

A. *Ontario Superior Court of Justice, 2018 ONSC 4706, 41 E.T.R. (4th) 126 (Dunphy J.)*

[13] In addressing whether the circumstances warranted interference with the open court principle, the application judge relied on this Court's judgment in *Sierra Club*. He noted that a confidentiality order should only be granted when: "(1) such an order is necessary . . . to prevent a serious risk to an important interest because reasonable alternative measures will not prevent the risk; and (2) the salutary effects of the confidentiality order outweigh its deleterious effects, including the effects on the right to free expression and the public interest in open and accessible court proceedings" (para. 13(d)).

[14] The application judge considered whether the Trustees' interests would be served by granting the sealing orders. In his view, the Trustees had correctly identified two legitimate interests in support of making an exception to the open court principle: "protecting the privacy and dignity of victims of crime and their loved ones" and "a reasonable apprehension

² The use of "Toronto Star" as a collective term referring to both respondents should not be taken to suggest that only Toronto Star Newspapers Ltd. is participating in this appeal. Mr. Donovan is the only respondent to have been a party throughout. Toronto Star Newspapers Ltd. was a party in first instance, but was removed as a party on consent at the Court of Appeal. By order of Karakatsanis J. dated March 25, 2020, Toronto Star Newspapers Ltd. was added as a respondent in this Court.

[12] Les ordonnances de mise sous scellés ont au départ été accordées, puis ont été contestées par Kevin Donovan, un journaliste qui avait rédigé une série d'articles sur le décès du couple, ainsi que par Toronto Star Newspapers Ltd., le journal pour lequel il écrivait (collectivement le « Toronto Star »)². Le Toronto Star a affirmé que les ordonnances portaient atteinte à ses droits constitutionnels à la liberté d'expression et à la liberté de la presse, ainsi qu'au principe corollaire selon lequel les activités des tribunaux devraient être accessibles au public comme moyen de garantir l'équité et la transparence de l'administration de la justice.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario, 2018 ONSC 4706, 41 E.T.R. (4th) 126 (le juge Dunphy)*

[13] Examinant la question de savoir si les circonstances justifiaient une atteinte au principe de la publicité des débats judiciaires, le juge de première instance s'est appuyé sur l'arrêt *Sierra Club* de notre Cour. Il a souligné qu'une ordonnance de confidentialité ne devrait être accordée que si [TRADUCTION] : « (1) elle est nécessaire [. . .] pour écarter un risque sérieux pour un intérêt important en l'absence d'autres options raisonnables pour écarter ce risque, et (2) ses effets bénéfiques l'emportent sur ses effets préjudiciables, y compris ses effets sur la liberté d'expression et l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires » (par. 13(d)).

[14] Le juge de première instance a examiné la question de savoir si les intérêts des fiduciaires seraient servis par l'octroi des ordonnances de mise sous scellés. À son avis, les fiduciaires avaient correctement mis en évidence deux intérêts légitimes à l'appui d'une exception au principe de la publicité des débats judiciaires, à savoir [TRADUCTION] « la

² L'utilisation du terme « Toronto Star » pour désigner collectivement les deux intimés ne devrait pas être interprétée comme indiquant que seule la société Toronto Star Newspapers Ltd. participe au présent pourvoi. Monsieur Donovan est le seul intimé à avoir été une partie devant toutes les cours. Toronto Star Newspapers Ltd. a participé à la première instance, mais, sur consentement, elle a été retirée comme partie à la Cour d'appel. Par une ordonnance de la juge Karakatsanis datée du 25 mars 2020, Toronto Star Newspapers Ltd. a été ajoutée en tant qu'intimée devant notre Cour.

of risk on behalf of those known to have an interest in receiving or administering the assets of the deceased” (paras. 22-25). With respect to the first interest, the application judge found that “[t]he degree of intrusion on that privacy and dignity has already been extreme and . . . excruciating” (para. 23). For the second interest, although he noted that “it would have been preferable to include objective evidence of the gravity of that risk from, for example, the police responsible for the investigation”, he concluded that “the lack of such evidence is not fatal” (para. 24). Rather, the necessary inferences could be drawn from the circumstances notably the “willingness of the perpetrator(s) of the crimes to resort to extreme violence to pursue whatever motive existed” (*ibid.*). He concluded that the “current uncertainty” was the source of a reasonable apprehension of the risk of harm and, further, that the foreseeable harm was “grave” (*ibid.*).

[15] The application judge ultimately accepted the Trustees’ submission that these interests “very strongly outweigh” what he called the proportionately narrow public interest in the “essentially administrative files” at issue (paras. 31 and 33). He therefore concluded that the harmful effects of the sealing orders were substantially outweighed by the salutary effects on the rights and interests of the affected individuals.

[16] Finally, the application judge considered what order would protect the affected individuals while infringing upon the open court principle to the minimum extent possible. He decided no meaningful part of either file could be disclosed if one were to make the redactions necessary to protect the interests he had identified. Open-ended sealing orders did not, however, sit well with him. The application judge therefore sealed the files for an initial period of two years, with the possibility of renewal.

protection de la vie privée et de la dignité des victimes d’actes criminels ainsi que de leurs êtres chers », et « une crainte raisonnable d’un risque de préjudice chez les personnes connues comme ayant un intérêt à recevoir ou à administrer les biens des défunts » (par. 22-25). S’agissant du premier intérêt, le juge de première instance a conclu que [TRADUCTION] « le degré d’atteinte à cette vie privée et à cette dignité est déjà extrême et [. . .] insoutenable » (par. 23). En ce qui a trait au deuxième intérêt, bien qu’il ait souligné qu’« il aurait été préférable d’inclure des éléments de preuve objectifs de la gravité de ce risque, obtenus, par exemple, auprès des policiers responsables de l’enquête », il a conclu que « l’absence de tels éléments de preuve n’est pas fatale » (par. 24). Les inférences nécessaires pouvaient plutôt être tirées des circonstances, notamment [TRADUCTION] « la volonté de la personne ou des personnes ayant perpétré les crimes de recourir à une violence extrême pour obéir à un mobile quelconque » (*ibid.*). Il a conclu que [TRADUCTION] « l’incertitude actuelle » était source d’une crainte raisonnable du risque de préjudice, et qu’en outre, le préjudice prévisible était « grave » (*ibid.*).

[15] Le juge de première instance a finalement accepté l’argument des fiduciaires selon lequel ces intérêts [TRADUCTION] « l’emportent très fortement » sur ce qu’il a qualifié d’intérêt public proportionnellement restreint à l’égard des « dossiers essentiellement administratifs » en cause (par. 31 et 33). Il a donc conclu que les effets bénéfiques des ordonnances de mise sous scellés sur les droits et les intérêts des personnes touchées l’emportaient sensiblement sur leurs effets préjudiciables.

[16] Enfin, le juge de première instance a examiné la question de savoir quelle ordonnance protégerait les personnes touchées tout en portant le moins possible atteinte au principe de la publicité des débats judiciaires. Il a décidé que, si l’on devait apporter aux deux dossiers le caviardage nécessaire à la protection des intérêts qu’il avait constatés, il n’en resterait plus aucun passage digne d’intérêt susceptible d’être divulgué. Des ordonnances de mise sous scellés d’une durée indéterminée ne lui semblaient toutefois pas une bonne solution. Le juge de première instance a donc fait placer sous scellés les dossiers pour une période initiale de deux ans, avec possibilité de renouvellement.

B. *Court of Appeal for Ontario, 2019 ONCA 376, 47 E.T.R. (4th) 1 (Doherty, Rouleau and Hourigan J.J.A.)*

[17] The Toronto Star’s appeal was allowed, unanimously, and the sealing orders were lifted.

[18] The Court of Appeal considered the two interests advanced before the application judge in support of the orders to seal the probate files. As to the need to protect the privacy and dignity of the victims of violent crime and their loved ones, it recalled that the kind of interest that is properly protected by a sealing order must have a public interest component. Citing *Sierra Club*, the Court of Appeal wrote that “[p]ersonal concerns cannot, without more, justify an order sealing material that would normally be available to the public under the open court principle” (para. 10). It concluded that the privacy interest for which the Trustees sought protection lacked this quality of public interest.

[19] While it recognized the personal safety of individuals as an important public interest generally, the Court of Appeal wrote that there was no evidence in this case that could warrant a finding that disclosure of the contents of the estate files posed a real risk to anyone’s physical safety. The application judge had erred on this point: “the suggestion that the beneficiaries and trustees are somehow at risk because the Shermans were murdered is not an inference, but is speculation. It provides no basis for a sealing order” (para. 16).

[20] The Court of Appeal concluded that the Trustees had failed the first stage of the test for obtaining orders sealing the probate files. It therefore allowed the appeal and set aside the orders.

B. *Cour d’appel de l’Ontario, 2019 ONCA 376, 47 E.T.R. (4th) 1 (les juges Doherty, Rouleau et Hourigan)*

[17] L’appel interjeté par le Toronto Star a été accueilli à l’unanimité et les ordonnances de mise sous scellés ont été levées.

[18] La Cour d’appel a examiné les deux intérêts qui avaient été soulevés devant le juge de première instance au soutien des ordonnances visant à mettre sous scellés les dossiers d’homologation. En ce qui concerne la nécessité de protéger la vie privée et la dignité des victimes de crimes violents et de leurs êtres chers, elle a rappelé que le type d’intérêt qui est à juste titre protégé par une ordonnance de mise sous scellés doit comporter un élément d’intérêt public. Citant l’arrêt *Sierra Club*, la Cour d’appel a écrit que [TRADUCTION] « [d]es préoccupations personnelles ne peuvent à elles seules justifier une ordonnance de mise sous scellés de documents qui seraient normalement accessibles au public en vertu du principe de la publicité des débats judiciaires » (par. 10). Elle a conclu que l’intérêt en matière de vie privée à l’égard duquel les fiduciaires sollicitaient une protection ne comportait pas cette qualité d’intérêt public.

[19] Bien qu’elle ait reconnu que la sécurité personnelle des gens constituait, de manière générale, un intérêt public important, la Cour d’appel a écrit qu’il n’y avait aucun élément de preuve en l’espèce permettant de conclure que la divulgation du contenu des dossiers de succession posait un risque réel pour la sécurité physique de quiconque. Le juge de première instance avait commis une erreur sur ce point : [TRADUCTION] « l’idée selon laquelle les bénéficiaires et les fiduciaires sont en quelque sorte en danger parce que les Sherman ont été assassinés n’est pas une inférence, mais une conjecture. Elle ne justifie aucunement l’octroi d’une ordonnance de mise sous scellés » (par. 16).

[20] La Cour d’appel a conclu que les fiduciaires n’avaient pas franchi la première étape du test relatif à l’obtention d’ordonnances de mise sous scellés des dossiers d’homologation. Elle a donc accueilli l’appel et annulé les ordonnances.

C. *Subsequent Proceedings*

[21] The Court of Appeal's order setting aside the sealing orders has been stayed pending the disposition of this appeal. The Toronto Star brought a motion to adduce new evidence on this appeal, comprised of land titles documents, transcripts of the cross-examination of a detective on the murder investigation, and various news articles. This evidence, it says, supports the conclusion that the sealing orders should be lifted. The motion was referred to this panel.

IV. Submissions

[22] The Trustees have appealed to this Court seeking to restore the sealing orders made by the application judge. In addition to contesting the motion for new evidence, they maintain that the orders are necessary to prevent a serious risk to the privacy and physical safety of the affected individuals and that the salutary effects of sealing the court probate files outweigh the harmful effects of limiting court openness. The Trustees argue that two legal errors led the Court of Appeal to conclude otherwise.

[23] First, they submit the Court of Appeal erred in holding that privacy is a personal concern that cannot, without more, constitute an important interest under *Sierra Club*. The Trustees say the application judge was right to characterize privacy and dignity as an important public interest which, as it was subject to a serious risk, justified the orders. They ask this Court to recognize that privacy in itself is an important public interest for the purposes of the analysis.

[24] Second, the Trustees submit that the Court of Appeal erred in overturning the application judge's conclusion that there was a serious risk of physical

C. *Procédures subséquentes*

[21] L'ordonnance de la Cour d'appel annulant les ordonnances de mise sous scellés a été suspendue en attendant l'issue du présent pourvoi. Le Toronto Star a présenté une requête pour être autorisé à déposer de nouveaux éléments de preuve dans le cadre du pourvoi, éléments de preuve qui comprennent des documents d'enregistrement des droits immobiliers, des transcriptions du contre-interrogatoire d'un détective sur l'enquête relative aux meurtres ainsi que divers articles de presse. Ces éléments de preuve, affirme-t-il, étayaient la conclusion selon laquelle les ordonnances de mise sous scellés devraient être levées. La requête a été renvoyée à notre formation.

IV. Moyens

[22] Les fiduciaires ont interjeté appel devant notre Cour pour demander le rétablissement des ordonnances de mise sous scellés rendues par le juge de première instance. En plus de contester la requête en production de nouveaux éléments de preuve, ils soutiennent que les ordonnances sont nécessaires pour écarter un risque sérieux pour la vie privée et la sécurité physique des personnes touchées, et que les effets bénéfiques de la mise sous scellés des dossiers d'homologation judiciaire l'emportent sur les effets préjudiciables du fait de limiter la publicité des débats judiciaires. Les fiduciaires soutiennent que deux erreurs de droit ont amené la Cour d'appel à conclure autrement.

[23] Premièrement, ils soutiennent que la Cour d'appel a conclu à tort que la vie privée est une préoccupation personnelle qui ne peut, à elle seule, constituer un intérêt important suivant l'arrêt *Sierra Club*. Les fiduciaires affirment que le juge de première instance a qualifié à bon droit la vie privée et la dignité comme un intérêt public important qui, étant exposé à un risque sérieux, justifiait les ordonnances. Ils demandent à notre Cour de reconnaître que la vie privée constitue en elle-même un intérêt public important pour les besoins de l'analyse.

[24] Deuxièmement, les fiduciaires avancent que la Cour d'appel a commis une erreur en infirmant la conclusion du juge de première instance selon

harm. They argue that the Court of Appeal failed to recognize that courts have the ability to draw reasonable inferences by applying reason and logic even in the absence of specific evidence of the alleged risk.

[25] The Trustees say that these errors led the Court of Appeal to mistakenly set aside the sealing orders. In answer to questions at the hearing, the Trustees acknowledged that an order redacting certain documents in the file or a publication ban could assist in addressing some of their concerns, but maintained neither is a reasonable alternative to the sealing orders in the circumstances.

[26] The Trustees submit further that the protection of these interests outweighs the deleterious effects of the orders. They argue that the importance of the open court principle is attenuated by the nature of these probate proceedings. Given that it is non-contentious and not strictly speaking necessary for the transfer of property at death, probate is a court proceeding of an “administrative” character, which diminishes the imperative of applying the open court principle here (paras. 113-14).

[27] The Toronto Star takes the position that the Court of Appeal made no mistake in setting aside the sealing orders and that the appeal should be dismissed. In the Toronto Star’s view, while privacy can be an important interest where it evinces a public component, the Trustees have only identified a subjective desire for the affected individuals in this case to avoid further publicity, which is not inherently harmful. According to the Toronto Star and some of the interveners, the Trustees’ position would allow that measure of inconvenience and embarrassment that arises in every court proceeding to take precedence over the interest in court openness protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in which all of society has a stake. The Toronto Star argues further that the information in the court files

laquelle il y avait un risque sérieux de préjudice physique. Ils font valoir que la Cour d’appel n’a pas reconnu que les tribunaux sont habilités à tirer des inférences raisonnables sur le fondement de la raison et de la logique, même en l’absence d’éléments de preuve précis du risque allégué.

[25] Les fiduciaires affirment que ces erreurs ont amené la Cour d’appel à annuler à tort les ordonnances de mise sous scellés. En réponse aux questions qui leur ont été posées à l’audience, les fiduciaires ont reconnu qu’une ordonnance de caviardage de certains documents dans le dossier ou encore une interdiction de publication pourrait contribuer à apaiser certaines de leurs préoccupations, mais ils ont maintenu qu’aucune de ces mesures ne constituait une solution de rechange raisonnable aux ordonnances de mise sous scellés dans les circonstances.

[26] Les fiduciaires font également valoir que la protection de ces intérêts l’emporte sur les effets préjudiciables des ordonnances. Ils soutiennent que la nature des procédures d’homologation successorale dans la présente affaire atténue l’importance du principe de la publicité des débats judiciaires. Étant donné qu’elle n’est ni contentieuse ni, à proprement parler, nécessaire au transfert des biens au décès, l’homologation est une procédure judiciaire de nature [TRADUCTION] « administrative », ce qui réduit la nécessité d’appliquer le principe de la publicité des débats judiciaires à l’espèce (par. 113-114).

[27] Le Toronto Star soutient pour sa part que la Cour d’appel n’a commis aucune erreur en annulant les ordonnances de mise sous scellés et que l’appel devrait être rejeté. Selon le Toronto Star, bien que la vie privée puisse constituer un intérêt important quand elle révèle la présence d’un élément public, les fiduciaires ont seulement fait état d’un désir subjectif de la part des personnes touchées en l’espèce d’éviter toute publicité supplémentaire, laquelle n’est pas préjudiciable en soi. De l’avis du Toronto Star et de certains des intervenants, la position des fiduciaires reviendrait à permettre à cette part d’inconvénients et d’embarras propre à toute instance judiciaire à avoir préséance sur l’intérêt dans la publicité des débats judiciaires, un principe qui est garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés* et dans

is not highly sensitive. On the issue of whether the sealing orders were necessary to protect the affected individuals from physical harm, the Toronto Star submits that the Court of Appeal was right to conclude that the Trustees had failed to establish a serious risk to this interest.

[28] In the alternative, even if there were a serious risk to one or another important interest, the Toronto Star says the sealing orders are not necessary because the risk could be addressed by an alternative, less onerous order. Furthermore, it says the orders are not proportionate. In seeking to minimize the importance of openness in probate proceedings, the Trustees invite an inflexible approach to balancing the effects of the order that is incompatible with the principle that openness applies to all court proceedings. In any event, there is a public interest in openness specifically here, given that the certificates sought can affect the rights of third parties and that openness ensures the fairness of the proceedings, whether they are contested or not.

V. Analysis

[29] The outcome of the appeal turns on whether the application judge should have made the sealing orders pursuant to the test for discretionary limits on court openness from this Court's decision in *Sierra Club*.

[30] Court openness is protected by the constitutional guarantee of freedom of expression and is essential to the proper functioning of our democracy (*Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at para. 23; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332, at paras. 23-26). Reporting on court proceedings by a free press is often said to be inseparable from the

lequel toute la société a un intérêt. Le Toronto Star soutient également que les renseignements contenus dans les dossiers judiciaires ne sont pas de nature très sensible. En ce qui a trait à la question de savoir si les ordonnances de mise sous scellés étaient nécessaires pour protéger les personnes touchées d'un préjudice physique, le Toronto Star fait valoir que la Cour d'appel a eu raison de conclure que les fiduciaires n'avaient pas établi l'existence d'un risque sérieux pour cet intérêt.

[28] Subsidiairement, le Toronto Star affirme que, même s'il existe un risque sérieux pour un intérêt important quelconque, les ordonnances de mise sous scellés ne sont pas nécessaires, car le risque pourrait être écarté par une autre ordonnance moins sévère. De plus, il soutient que les ordonnances ne sont pas proportionnées. En cherchant à minimiser l'importance de la publicité des débats judiciaires dans les procédures d'homologation, les fiduciaires invitent à adopter, à l'égard de la pondération des effets de l'ordonnance, une approche inflexible, incompatible avec le principe de la publicité qui s'applique à toutes les procédures judiciaires. Quoi qu'il en soit, il existe précisément un intérêt public à l'égard de la publicité des débats dans la présente affaire, étant donné que les certificats demandés peuvent avoir une incidence sur les droits de tiers et que la publicité des débats garantit l'équité des procédures, qu'elles soient contestées ou non.

V. Analyse

[29] L'issue du pourvoi dépend de la question de savoir si le juge de première instance aurait dû rendre les ordonnances de mise sous scellés conformément au test applicable en matière de limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires, test établi par notre Cour dans l'arrêt *Sierra Club*.

[30] La publicité des débats judiciaires, qui est protégée par la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression, est essentielle au bon fonctionnement de notre démocratie (*Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, par. 23; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332, par. 23-26). On dit souvent de la liberté de la presse de rendre compte

principle of open justice. “In reporting what has been said and done at a public trial, the media serve as the eyes and ears of a wider public which would be absolutely entitled to attend but for purely practical reasons cannot do so” (*Khuja v. Times Newspapers Ltd.*, [2017] UKSC 49, [2019] A.C. 161, at para. 16, citing *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at pp. 1339-40, per Cory J.). Limits on openness in service of other public interests have been recognized, but sparingly and always with an eye to preserving a strong presumption that justice should proceed in public view (*Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 878; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442, at paras. 32-39; *Sierra Club*, at para. 56). The test for discretionary limits on court openness is directed at maintaining this presumption while offering sufficient flexibility for courts to protect these other public interests where they arise (*Mentuck*, at para. 33). The parties agree that this is the appropriate framework of analysis for resolving this appeal.

[31] The parties and the courts below disagree, however, about how this test applies to the facts of this case and this calls for clarification of certain points of the *Sierra Club* analysis. Most centrally, there is disagreement about how an important interest in the protection of privacy could be recognized such that it would justify limits on openness, and in particular when privacy can be a matter of public concern. The parties bring two settled principles of this Court’s jurisprudence to bear in support of their respective positions. First, this Court has often observed that privacy is a fundamental value necessary to the preservation of a free and democratic society (*Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773, at para. 25; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at paras. 65-66, per La Forest J. (dissenting but not on this point); *New Brunswick*, at para. 40). Courts have invoked privacy, in some instances, as the basis for an exception to openness under the *Sierra*

des procédures judiciaires qu’elle est indissociable du principe de publicité. [TRADUCTION] « En rendant compte de ce qui a été dit et fait dans un procès public, les médias sont les yeux et les oreilles d’un public plus large qui aurait parfaitement le droit d’y assister, mais qui, pour des raisons purement pratiques, ne peut le faire » (*Khuja c. Times Newspapers Ltd.*, [2017] UKSC 49, [2019] A.C. 161, par. 16, citant *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1339-1340, le juge Cory). Le pouvoir d’imposer des limites à la publicité des débats judiciaires afin de servir d’autres intérêts publics est reconnu, mais il doit être exercé avec modération et en veillant toujours à maintenir la forte présomption selon laquelle la justice doit être rendue au vu et au su du public (*Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 878; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442, par. 32-39; *Sierra Club*, par. 56). Le test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires vise à maintenir cette présomption tout en offrant suffisamment de souplesse aux tribunaux pour leur permettre de protéger ces autres intérêts publics lorsqu’ils entrent en jeu (*Mentuck*, par. 33). Les parties conviennent qu’il s’agit du cadre d’analyse approprié à appliquer pour trancher le présent pourvoi.

[31] Les parties et les tribunaux d’instance inférieure ne s’entendent pas, cependant, sur la façon dont ce test s’applique aux faits de la présente affaire et cela nécessite des éclaircissements sur certains points de l’analyse établie dans l’arrêt *Sierra Club*. Plus fondamentalement, il y a désaccord sur la façon dont un intérêt important à la protection de la vie privée pourrait être reconnu de telle sorte qu’il justifierait des limites à la publicité des débats, et en particulier lorsque la vie privée peut constituer une question d’intérêt public. Les parties font valoir deux principes établis dans la jurisprudence de la Cour à l’appui de leur position respective. Tout d’abord, notre Cour a souvent fait observer que la vie privée est une valeur fondamentale nécessaire au maintien d’une société libre et démocratique (*Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773, par. 25; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, par. 65-66, le juge La Forest (dissident, mais non sur ce point); *Nouveau-Brunswick*, par. 40).

Club test (see, e.g., *R. v. Henry*, 2009 BCCA 86, 270 B.C.A.C. 5, at paras. 11 and 17). At the same time, the jurisprudence acknowledges that some degree of privacy loss — resulting in inconvenience, even in upset or embarrassment — is inherent in any court proceeding open to the public (*New Brunswick*, at para. 40). Accordingly, upholding the presumption of openness has meant recognizing that neither individual sensibilities nor mere personal discomfort associated with participating in judicial proceedings are likely to justify the exclusion of the public from court (*Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, at p. 185; *New Brunswick*, at para. 41). Determining the role of privacy in the *Sierra Club* analysis requires reconciling these two ideas, which is the nub of the disagreement between the parties. The right of privacy is not absolute; the open court principle is not without exceptions.

Dans certains cas, les tribunaux ont invoqué la vie privée pour justifier l'application d'une exception à la publicité des débats judiciaires conformément au test établi dans *Sierra Club* (voir, p. ex., *R. c. Henry*, 2009 BCCA 86, 270 B.C.A.C. 5, par. 11 et 17). En même temps, la jurisprudence reconnaît qu'un certain degré d'atteinte à la vie privée — qui entraîne des inconvénients, voire de la contrariété ou de l'embarras — est inhérent à toute instance judiciaire accessible au public (*Nouveau-Brunswick*, par. 40). Par conséquent, le maintien de la présomption de la publicité des débats judiciaires signifie reconnaître que ni la susceptibilité individuelle ni le simple désagrément personnel découlant de la participation à des procédures judiciaires ne sont susceptibles de justifier l'exclusion du public des tribunaux (*Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, p. 185; *Nouveau-Brunswick*, par. 41). Déterminer le rôle de la vie privée dans le cadre de l'analyse prévue dans l'arrêt *Sierra Club* exige de concilier ces deux idées, et c'est là le nœud du désaccord entre les parties. Le droit à vie privée n'est pas absolu et le principe de la publicité des débats judiciaires n'est pas sans exception.

[32] For the reasons that follow, I disagree with the Trustees that the ostensibly unbounded privacy interest they invoke qualifies as an important public interest within the meaning of *Sierra Club*. Their broad claim fails to focus on the elements of privacy that are deserving of public protection in the open court context. That is not to say, however, that privacy can never ground an exceptional measure such as the sealing orders sought in this case. While the mere embarrassment caused by the dissemination of personal information through the open court process does not rise to the level justifying a limit on court openness, circumstances do exist where an aspect of a person's private life has a plain public interest dimension.

[32] Pour les motifs qui suivent, je ne suis pas d'accord avec les fiduciaires pour dire que l'intérêt en matière de vie privée apparemment illimité qu'ils invoquent constitue un intérêt public important au sens de *Sierra Club*. Leur revendication large n'est pas axée sur les éléments de la vie privée qui méritent une protection publique dans le contexte de la publicité des débats judiciaires. Cela ne veut pas dire, cependant, que la protection de la vie privée ne peut jamais justifier une mesure exceptionnelle comme les ordonnances de mise sous scellés sollicitées en l'espèce. Bien que le simple embarras causé par la diffusion de renseignements personnels dans le cadre d'une procédure judiciaire publique ne suffise pas à justifier une limite à la publicité des débats judiciaires, il existe des circonstances où un aspect de la vie privée d'une personne revêt une dimension d'intérêt public manifeste.

[33] Personal information disseminated in open court can be more than a source of discomfort and may result in an affront to a person's dignity. Insofar as privacy serves to protect individuals from this

[33] La diffusion de renseignements personnels dans le cadre de débats judiciaires publics peut être plus qu'une source de désagrément et peut aussi entraîner une atteinte à la dignité d'une personne.

affront, it is an important public interest relevant under *Sierra Club*. Dignity in this sense is a related but narrower concern than privacy generally; it transcends the interests of the individual and, like other important public interests, is a matter that concerns the society at large. A court can make an exception to the open court principle, notwithstanding the strong presumption in its favour, if the interest in protecting core aspects of individuals' personal lives that bear on their dignity is at serious risk by reason of the dissemination of sufficiently sensitive information. The question is not whether the information is "personal" to the individual concerned, but whether, because of its highly sensitive character, its dissemination would occasion an affront to their dignity that society as a whole has a stake in protecting.

[34] This public interest in privacy appropriately focuses the analysis on the impact of the dissemination of sensitive personal information, rather than the mere fact of this dissemination, which is frequently risked in court proceedings and is necessary in a system that privileges court openness. It is a high bar — higher and more precise than the sweeping privacy interest relied upon here by the Trustees. This public interest will only be seriously at risk where the information in question strikes at what is sometimes said to be the core identity of the individual concerned: information so sensitive that its dissemination could be an affront to dignity that the public would not tolerate, even in service of open proceedings.

[35] I hasten to say that applicants for an order making exception to the open court principle cannot content themselves with an unsubstantiated claim that this public interest in dignity is compromised any more than they could by an unsubstantiated claim that their physical integrity is endangered. Under *Sierra Club*, the applicant must show on the facts of the case that, as an important interest, this

Dans la mesure où elle sert à protéger les personnes contre une telle atteinte, la vie privée constitue un intérêt public important qui est pertinent selon *Sierra Club*. La dignité en ce sens est une préoccupation connexe à la vie privée en général, mais elle est plus restreinte que celle-ci; elle transcende les intérêts individuels et, comme d'autres intérêts publics importants, c'est une question qui concerne la société en général. Un tribunal peut faire une exception au principe de la publicité des débats judiciaires, malgré la forte présomption en faveur de son application, si l'intérêt à protéger les aspects fondamentaux de la vie personnelle des individus qui se rapportent à leur dignité est sérieusement menacé par la diffusion de renseignements suffisamment sensibles. La question est de savoir non pas si les renseignements sont « personnels » pour la personne concernée, mais si, en raison de leur caractère très sensible, leur diffusion entraînerait une atteinte à sa dignité que la société dans son ensemble a intérêt à protéger.

[34] Cet intérêt du public à l'égard de la vie privée axe à juste titre l'analyse sur l'incidence de la diffusion de renseignements personnels sensibles, plutôt que sur le simple fait de cette diffusion, intérêt qui est fréquemment menacé dans les procédures judiciaires et qui est nécessaire dans un système qui privilégie la publicité des débats judiciaires. Il s'agit d'un seuil élevé — plus élevé et plus précis que le vaste intérêt en matière de vie privée invoqué en l'espèce par les fiduciaires. Cet intérêt public ne sera sérieusement menacé que lorsque les renseignements en question portent atteinte à ce que l'on considère parfois comme l'identité fondamentale de la personne concernée : des renseignements si sensibles que leur diffusion pourrait porter atteinte à la dignité de la personne d'une manière que le public ne tolérerait pas, pas même au nom du principe de la publicité des débats judiciaires.

[35] Je m'empresse de dire que la personne qui demande une ordonnance visant à faire exception au principe de la publicité des débats judiciaires ne peut se contenter d'affirmer sans fondement que cet intérêt du public à l'égard de la dignité est compromis, pas plus qu'elle ne le pourrait si c'était son intégrité physique qui était menacée. Selon *Sierra Club*, le demandeur doit démontrer, au vu des faits de l'affaire,

dignity dimension of their privacy is at “serious risk”. For the purposes of the test for discretionary limits on court openness, this requires the applicant to show that the information in the court file is sufficiently sensitive such that it can be said to strike at the biographical core of the individual and, in the broader circumstances, that there is a serious risk that, without an exceptional order, the affected individual will suffer an affront to their dignity.

[36] In the present case, the information in the court files was not of this highly sensitive character that it could be said to strike at the core identity of the affected persons; the Trustees have failed to show how the lifting of the sealing orders engages the dignity of the affected individuals. I am therefore not convinced that the intrusion on their privacy raises a serious risk to an important public interest as required by *Sierra Club*. Moreover, as I shall endeavour to explain, there was no serious risk of physical harm to the affected individuals by lifting the sealing orders. Accordingly, this is not an appropriate case in which to make sealing orders, or any order limiting access to these court files. In the circumstances, the admissibility of the Toronto Star’s new evidence is moot. I propose to dismiss the appeal.

A. *The Test for Discretionary Limits on Court Openness*

[37] Court proceedings are presumptively open to the public (*MacIntyre*, at p. 189; *A.B. v. Bragg Communications Inc.*, 2012 SCC 46, [2012] 2 S.C.R. 567, at para. 11).

[38] The test for discretionary limits on presumptive court openness has been expressed as a two-step inquiry involving the necessity and proportionality of the proposed order (*Sierra Club*, at para. 53). Upon examination, however, this test rests upon three core prerequisites that a person seeking such a limit must show. Recasting the test around these three

qu’il y a un « risque sérieux » pour cette dimension de sa vie privée liée à sa dignité. Pour l’application du test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaire, le demandeur doit donc démontrer que les renseignements contenus dans le dossier judiciaire sont suffisamment sensibles pour que l’on puisse dire qu’ils touchent au cœur même des renseignements biographiques de la personne et, dans un contexte plus large, qu’il existe un risque sérieux d’atteinte à la dignité de la personne concernée si une ordonnance exceptionnelle n’est pas rendue.

[36] En l’espèce, les renseignements contenus dans les dossiers judiciaires ne revêtent pas ce caractère si sensible qu’on pourrait dire qu’ils touchent à l’identité fondamentale des personnes concernées; les fiduciaires n’ont pas démontré en quoi la levée des ordonnances de mise sous scellés met en jeu la dignité des personnes touchées. Je ne suis donc pas convaincu que l’atteinte à leur vie privée soulève un risque sérieux pour un intérêt public important, comme l’exige *Sierra Club*. De plus, comme je tenterai de l’expliquer, il n’y avait pas de risque sérieux que les personnes visées subissent un préjudice physique en raison de la levée des ordonnances de mise sous scellés. Par conséquent, la présente affaire n’est pas un cas où il convient de rendre des ordonnances de mise sous scellés ni aucune ordonnance limitant l’accès aux dossiers judiciaires en cause. Dans les circonstances, la question de l’admissibilité des nouveaux éléments de preuve du Toronto Star est théorique. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

A. *Le test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires*

[37] Les procédures judiciaires sont présumées accessibles au public (*MacIntyre*, p. 189; *A.B. c. Bragg Communications Inc.*, 2012 CSC 46, [2012] 2 R.C.S. 567, par. 11).

[38] Le test des limites discrétionnaires à la publicité présumée des débats judiciaires a été décrit comme une analyse en deux étapes, soit l’étape de la nécessité et celle de la proportionnalité de l’ordonnance proposée (*Sierra Club*, par. 53). Après un examen, cependant, je constate que ce test repose sur trois conditions préalables fondamentales dont une

prerequisites, without altering its essence, helps to clarify the burden on an applicant seeking an exception to the open court principle. In order to succeed, the person asking a court to exercise discretion in a way that limits the open court presumption must establish that:

- (1) court openness poses a serious risk to an important public interest;
- (2) the order sought is necessary to prevent this serious risk to the identified interest because reasonably alternative measures will not prevent this risk; and,
- (3) as a matter of proportionality, the benefits of the order outweigh its negative effects.

Only where all three of these prerequisites have been met can a discretionary limit on openness — for example, a sealing order, a publication ban, an order excluding the public from a hearing, or a redaction order — properly be ordered. This test applies to all discretionary limits on court openness, subject only to valid legislative enactments (*Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario*, 2005 SCC 41, [2005] 2 S.C.R. 188, at paras. 7 and 22).

[39] The discretion is structured and controlled in this way to protect the open court principle, which is understood to be constitutionalized under the right to freedom of expression at s. 2(b) of the Charter (*New Brunswick*, at para. 23). Sustained by freedom of expression, the open court principle is one of the foundations of a free press given that access to courts is fundamental to newsgathering. This Court has often highlighted the importance of open judicial proceedings to maintaining the independence and impartiality of the courts, public confidence and understanding of their work and ultimately the legitimacy of the process (see, e.g., *Vancouver Sun*,

personne cherchant à faire établir une telle limite doit démontrer le respect. La reformulation du test autour de ces trois conditions préalables, sans en modifier l'essence, aide à clarifier le fardeau auquel doit satisfaire la personne qui sollicite une exception au principe de la publicité des débats judiciaires. Pour obtenir gain de cause, la personne qui demande au tribunal d'exercer son pouvoir discrétionnaire de façon à limiter la présomption de publicité doit établir que :

- (1) la publicité des débats judiciaires pose un risque sérieux pour un intérêt public important;
- (2) l'ordonnance sollicitée est nécessaire pour écarter ce risque sérieux pour l'intérêt mis en évidence, car d'autres mesures raisonnables ne permettront pas d'écarter ce risque; et
- (3) du point de vue de la proportionnalité, les avantages de l'ordonnance l'emportent sur ses effets négatifs.

Ce n'est que lorsque ces trois conditions préalables sont remplies qu'une ordonnance discrétionnaire ayant pour effet de limiter la publicité des débats judiciaires — par exemple une ordonnance de mise sous scellés, une interdiction de publication, une ordonnance excluant le public d'une audience ou une ordonnance de caviardage — pourra dûment être rendue. Ce test s'applique à toutes les limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires, sous réserve uniquement d'une loi valide (*Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, 2005 CSC 41, [2005] 2 R.C.S. 188, par. 7 et 22).

[39] Le pouvoir discrétionnaire est ainsi structuré et contrôlé de manière à protéger le principe de la publicité des débats judiciaires, qui est considéré comme étant constitutionnalisé sous le régime du droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b) de la *Charte* (*Nouveau-Brunswick*, par. 23). Reposant sur la liberté d'expression, le principe de la publicité des débats judiciaires est l'un des fondements de la liberté de la presse étant donné que l'accès aux tribunaux est un élément essentiel de la collecte d'information. Notre Cour a souvent souligné l'importance de la publicité pour maintenir l'indépendance et l'impartialité des tribunaux, la confiance du

at paras. 23-26). In *New Brunswick*, La Forest J. explained the presumption in favour of court openness had become “one of the hallmarks of a democratic society” (citing *Re Southam Inc. and The Queen (No.1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113 (C.A.), at p. 119), that “acts as a guarantee that justice is administered in a non-arbitrary manner, according to the rule of law . . . thereby fostering public confidence in the integrity of the court system and understanding of the administration of justice” (para. 22). The centrality of this principle to the court system underlies the strong presumption — albeit one that is rebuttable — in favour of court openness (para. 40; *Mentuck*, at para. 39).

[40] The test ensures that discretionary orders are subject to no lower standard than a legislative enactment limiting court openness would be (*Mentuck*, at para. 27; *Sierra Club*, at para. 45). To that end, this Court developed a scheme of analysis by analogy to the *Oakes* test, which courts use to understand whether a legislative limit on a right guaranteed under the *Charter* is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society (*Sierra Club*, at para. 40, citing *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; see also *Dagenais*, at p. 878; *Vancouver Sun*, at para. 30).

[41] The recognized scope of what interests might justify a discretionary exception to open courts has broadened over time. In *Dagenais*, Lamer C.J. spoke of a requisite risk to the “fairness of the trial” (p. 878). In *Mentuck*, Iacobucci J. extended this to a risk affecting the “proper administration of justice” (para. 32). Finally, in *Sierra Club*, Iacobucci J., again writing for a unanimous Court, restated the test to capture any serious risk to an “important interest, including a commercial interest, in the context of litigation” (para. 53). He simultaneously clarified that the important interest must be expressed as a public interest. For example, on the facts of that

public à l’égard de leur travail et sa compréhension de celui-ci, et, au bout du compte, la légitimité du processus (voir, p. ex., *Vancouver Sun*, par. 23-26). Dans l’arrêt *Nouveau-Brunswick*, le juge La Forest a expliqué que la présomption en faveur de la publicité des débats judiciaires était devenue « [TRADUCTION] “l’une des caractéristiques d’une société démocratique” » (citant *Re Southam Inc. and The Queen (No.1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113 (C.A.), p. 119), qui « fait en sorte que la justice est administrée de manière non arbitraire, conformément à la primauté du droit [. . .], situation qui favorise la confiance du public dans la probité du système judiciaire et la compréhension de l’administration de la justice » (par. 22). Le caractère fondamental de ce principe pour le système judiciaire sous-tend la forte présomption — quoique réfutable — en faveur de la tenue de procédures judiciaires publiques (par. 40; *Mentuck*, par. 39).

[40] Le test fait en sorte que les ordonnances discrétionnaires ne soient pas assujetties à une norme moins exigeante que la norme à laquelle seraient assujetties des dispositions législatives qui limiteraient la publicité des débats judiciaires (*Mentuck*, par. 27; *Sierra Club*, par. 45). À cette fin, la Cour a élaboré un cadre d’analyse par analogie avec le test de l’arrêt *Oakes*, que les tribunaux utilisent pour déterminer si une limite imposée par un texte de loi à un droit garanti par la *Charte* est raisonnable et si sa justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique (*Sierra Club*, par. 40, citant *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; voir également *Dagenais*, p. 878; *Vancouver Sun*, par. 30).

[41] La portée reconnue des intérêts qui pourraient justifier une exception discrétionnaire à la publicité des débats judiciaires s’est élargie au fil du temps. Dans l’arrêt *Dagenais*, le juge en chef Lamer a parlé de la nécessité d’un risque « que le procès soit inéquitable » (p. 878). Dans *Mentuck*, le juge Iacobucci a étendu cette condition à un risque « pour la bonne administration de la justice » (par. 32). Enfin, dans *Sierra Club*, le juge Iacobucci, s’exprimant encore une fois au nom de la Cour à l’unanimité, a reformulé le test de manière à englober tout risque sérieux pour un « intérêt important, y compris un intérêt commercial, dans le contexte d’un litige » (par. 53). Il a en

case, a harm to a particular business interest would not have been sufficient, but the “general commercial interest of preserving confidential information” was an important interest because of its public character (para. 55). This is consistent with the fact that this test was developed in reference to the *Oakes* jurisprudence that focuses on the “pressing and substantial” objective of legislation of general application (*Oakes*, at pp. 138-39; see also *Mentuck*, at para. 31). The term “important interest” therefore captures a broad array of public objectives.

[42] While there is no closed list of important public interests for the purposes of this test, I share Iacobucci J.’s sense, explained in *Sierra Club*, that courts must be “cautious” and “alive to the fundamental importance of the open court rule” even at the earliest stage when they are identifying important public interests (para. 56). Determining what is an important public interest can be done in the abstract at the level of general principles that extend beyond the parties to the particular dispute (para. 55). By contrast, whether that interest is at “serious risk” is a fact-based finding that, for the judge considering the appropriateness of an order, is necessarily made in context. In this sense, the identification of, on the one hand, an important interest and, on the other, the seriousness of the risk to that interest are, theoretically at least, separate and qualitatively distinct operations. An order may therefore be refused simply because a valid important public interest is not at serious risk on the facts of a given case or, conversely, that the identified interests, regardless of whether they are at serious risk, do not have the requisite important public character as a matter of general principle.

[43] The test laid out in *Sierra Club* continues to be an appropriate guide for judicial discretion in cases like this one. The breadth of the category of

même temps précisé que l’intérêt important doit être exprimé en tant qu’intérêt public. Par exemple, à la lumière des faits de cette affaire, le préjudice causé à un intérêt commercial particulier n’aurait pas été suffisant, mais « l’intérêt commercial général dans la protection des renseignements confidentiels » constituait un intérêt important en raison de son caractère public (par. 55). Cette conclusion est compatible avec le fait que ce test a été élaboré à l’égard de la jurisprudence relative à l’arrêt *Oakes*, laquelle met l’accent sur l’objectif « urgen[t] et rée[l] » d’un texte de loi d’application générale (*Oakes*, p. 138-139; voir également *Mentuck*, par. 31). L’expression « intérêt important » vise donc un large éventail d’objectifs d’intérêt public.

[42] Bien qu’il n’y ait aucune liste exhaustive des intérêts publics importants pour l’application de ce test, je partage l’opinion du juge Iacobucci, exprimée dans *Sierra Club*, selon laquelle les tribunaux doivent faire preuve de « prudence » et « avoir pleinement conscience de l’importance fondamentale de la règle de la publicité des débats judiciaires », même à la toute première étape lorsqu’ils constatent les intérêts publics importants (par. 56). Déterminer ce qu’est un intérêt public important peut se faire dans l’abstrait sur le plan des principes généraux qui vont au-delà des parties à un litige donné (par. 55). En revanche, la conclusion sur la question de savoir si un « risque sérieux » menace cet intérêt est une conclusion factuelle qui, pour le juge qui examine le caractère approprié d’une ordonnance, est nécessairement prise eu égard au contexte. En ce sens, le fait de constater, d’une part, un intérêt important et celui de constater, d’autre part, le caractère sérieux du risque auquel cet intérêt est exposé sont, en théorie du moins, des opérations séparées et qualitativement distinctes. Une ordonnance peut donc être refusée du simple fait qu’un intérêt public important valide n’est pas sérieusement menacé au vu des faits de l’affaire ou, à l’inverse, parce que les intérêts constatés, qu’ils soient ou non sérieusement menacés, ne présentent pas le caractère public important requis sur le plan des principes généraux.

[43] Le test énoncé dans *Sierra Club* continue d’être un guide approprié en ce qui a trait à l’exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux dans des

“important interest” transcends the interests of the parties to the dispute and provides significant flexibility to address harm to fundamental values in our society that unqualified openness could cause (see, e.g., P. M. Perell and J. W. Morden, *The Law of Civil Procedure in Ontario* (4th ed. 2020), at para. 3.185; J. Bailey and J. Burkell, “Revisiting the Open Court Principle in an Era of Online Publication: Questioning Presumptive Public Access to Parties’ and Witnesses’ Personal Information” (2016), 48 *Ottawa L. Rev.* 143, at pp. 154-55). At the same time, however, the requirement that a serious risk to an important interest be demonstrated imposes a meaningful threshold necessary to maintain the presumption of openness. Were it merely a matter of weighing the benefits of the limit on court openness against its negative effects, decision-makers confronted with concrete impacts on the individuals appearing before them may struggle to put adequate weight on the less immediate negative effects on the open court principle. Such balancing could be evasive of effective appellate review. To my mind, the structure provided by *Dagenais*, *Mentuck*, and *Sierra Club* remains appropriate and should be affirmed.

[44] Finally, I recall that the open court principle is engaged by all judicial proceedings, whatever their nature (*MacIntyre* at pp. 185-86; *Vancouver Sun*, at para. 31). To the extent the Trustees suggested, in their arguments about the negative effects of the sealing orders, that probate in Ontario does not engage the open court principle or that the openness of these proceedings has no public value, I disagree. The certificates the Trustees sought from the court are issued under the seal of that court, thereby bearing the imprimatur of the court’s authority. The court’s decision, even if rendered in a non-contentious setting, will have an impact on third parties, for example by establishing the testamentary paper that constitutes a valid will (see *Otis v. Otis* (2004), 7 E.T.R. (3d) 221 (Ont. S.C.), at paras. 23-24). Contrary to what the Trustees argue, the matters in a probate file are not quintessentially private or fundamentally administrative. Obtaining a certificate of appointment of

affaires comme en l’espèce. L’étendue de la catégorie d’« intérêt important » transcende les intérêts des parties au litige et offre une grande souplesse pour remédier à l’atteinte aux valeurs fondamentales de notre société qu’une publicité absolue des procédures judiciaires pourrait causer (voir, p. ex., P. M. Perell et J. W. Morden, *The Law of Civil Procedure in Ontario* (4^e éd. 2020), par. 3.185; J. Bailey et J. Burkell, « Revisiting the Open Court Principle in an Era of Online Publication : Questioning Presumptive Public Access to Parties’ and Witnesses’ Personal Information » (2016), 48 *R.D. Ottawa* 143, p. 154-155). Parallèlement, cependant, l’obligation de démontrer l’existence d’un risque sérieux pour un intérêt important établit un seuil valable nécessaire au maintien de la présomption de publicité des débats. S’ils devaient tout simplement mettre en balance les avantages et les effets négatifs de l’imposition d’une limite à la publicité des débats judiciaires, les décideurs appelés à examiner les incidences concrètes pour les personnes qui comparaissent devant eux pourraient avoir du mal à accorder un poids suffisant aux effets négatifs moins immédiats sur le principe de la publicité des débats. Une telle pondération pourrait échapper à un contrôle efficace en appel. À mon avis, le cadre d’analyse fourni par les arrêts *Dagenais*, *Mentuck* et *Sierra Club* demeure approprié et devrait être confirmé.

[44] Enfin, je rappelle que le principe de la publicité des débats judiciaires s’applique dans toutes les procédures judiciaires, quelle que soit leur nature (*MacIntyre*, p. 185-186; *Vancouver Sun*, par. 31). Je suis en désaccord avec les fiduciaires dans la mesure où ils affirment, dans leurs arguments sur les effets négatifs des ordonnances de mise sous scellés, que l’homologation successorale en Ontario ne fait pas intervenir le principe de la publicité des procédures judiciaires ou que la publicité de ces procédures n’a pas de valeur pour le public. Les certificats que les fiduciaires ont demandés au tribunal sont délivrés sous le sceau de ce tribunal, portant ainsi l’imprimatur du pouvoir judiciaire. La décision du tribunal, même si elle est rendue dans un contexte non contentieux, aura une incidence sur des tiers, par exemple en déterminant l’écrit testamentaire qui constitue un testament valide (voir *Otis c. Otis* (2004), 7 E.T.R. (3d) 221 (C.S. Ont.), par. 23-24). Contrairement

estate trustee in Ontario is a court proceeding and the fundamental rationale for openness — discouraging mischief and ensuring confidence in the administration of justice through transparency — applies to probate proceedings and thus to the transfer of property under court authority and other matters affected by that court action.

[45] It is true that other non-probate estate planning mechanisms may allow for the transfer of wealth outside the ordinary avenues of testate or intestate succession — that is the case, for instance, for certain insurance and pension benefits, and for certain property held in co-ownership. But this does not change the necessarily open court character of probate proceedings. That non-probate transfers keep certain information related to the administration of an estate out of public view does not mean that the Trustees here, by seeking certificates from the court, somehow do not engage this principle. The Trustees seek the benefits that flow from the public judicial probate process: transparency ensures that the probate court's authority is administered fairly and efficiently (*Vancouver Sun*, at para. 25; *New Brunswick*, at para. 22). The strong presumption in favour of openness plainly applies to probate proceedings and the Trustees must satisfy the test for discretionary limits on court openness.

B. *The Public Importance of Privacy*

[46] As mentioned, I disagree with the Trustees that an unbounded interest in privacy qualifies as an important public interest under the test for discretionary limits on court openness. Yet in some of its

à ce que les fiduciaires soutiennent, les questions soulevées dans un dossier d'homologation ne sont pas typiquement de nature privée ou fondamentalement de nature administrative. L'obtention d'un certificat de nomination à titre de fiduciaire d'une succession en Ontario est une procédure judiciaire, et la raison d'être fondamentale de la publicité des débats — décourager les actes malveillants et garantir la confiance dans l'administration de la justice par la transparence — s'applique aux procédures d'homologation et donc au transfert de biens sous l'autorité d'un tribunal ainsi qu'à d'autres questions touchées par ce recours judiciaire.

[45] Il est vrai que d'autres mécanismes de planification successorale non assujettis à une procédure d'homologation peuvent permettre que le transfert du patrimoine soit effectué en dehors des voies ordinaires de la succession testamentaire ou *ab intestat* — c'est le cas, par exemple, de certaines assurances et prestations de retraite, et de certains biens détenus en copropriété. Cependant, cela ne change rien au caractère nécessairement public des procédures d'homologation. Le fait que les transferts non assujettis à une procédure d'homologation soustraient aux regards du public certains renseignements se rapportant à l'administration d'une succession ne signifie pas que les fiduciaires en l'espèce, en demandant au tribunal de leur délivrer des certificats, ne font pas d'une façon ou d'une autre intervenir ce principe. Les fiduciaires sollicitent les avantages qui découlent de la procédure judiciaire publique d'homologation : la transparence garantit que le tribunal successoral exerce son pouvoir de manière équitable et efficace (*Vancouver Sun*, par. 25; *Nouveau-Brunswick*, par. 22). La forte présomption en faveur de la publicité des débats judiciaires s'applique manifestement aux procédures d'homologation et les fiduciaires doivent satisfaire au test des limites discrétionnaires à cette publicité.

B. *L'importance pour le public de la protection de la vie privée*

[46] Comme il a été mentionné précédemment, je ne suis pas d'accord avec les fiduciaires pour dire qu'un intérêt illimité en matière de vie privée constitue un intérêt public important au sens du test des

manifestations, privacy does have social importance beyond the person most immediately concerned. On that basis, it cannot be excluded as an interest that could justify, in the right circumstances, a limit to court openness. Indeed, the public importance of privacy has been recognized by this Court in various settings, and this sheds light on why the narrower aspect of privacy related to the protection of dignity is an important public interest.

[47] I respectfully disagree with the manner in which the Court of Appeal disposed of the claim by the Trustees that there is a serious risk to the interest in protecting personal privacy in this case. For the appellate judges, the privacy concerns raised by the Trustees amounted to “[p]ersonal concerns” which cannot, “without more”, satisfy the requirement from *Sierra Club* that an important interest be framed as a public interest (para. 10). The Court of Appeal in our case relied, at para. 10, on *H. (M.E.) v. Williams*, 2012 ONCA 35, 108 O.R. (3d) 321, in which it was held that “[p]urely personal interests cannot justify non-publication or sealing orders” (para. 25). Citing as authority judgments of this Court in *MacIntyre* and *Sierra Club*, the court continued by observing that “personal concerns of a litigant, including concerns about the very real emotional distress and embarrassment that can be occasioned to litigants when justice is done in public, will not, standing alone, satisfy the necessity branch of the test” (para. 25). Respectfully stated, the emphasis that the Court of Appeal placed on personal concerns as a means of deciding that the sealing orders failed to meet the necessity requirement in this case and in *Williams* is, I think, mistaken. Personal concerns that relate to aspects of the privacy of an individual who is before the courts can coincide with a public interest in confidentiality.

limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires. Pourtant, dans certaines de ses manifestations, la vie privée revêt une importance sociale allant au-delà de la personne la plus immédiatement touchée. Sur ce fondement, elle ne peut être exclue en tant qu’intérêt qui pourrait justifier, dans les circonstances appropriées, une limite à la publicité des débats judiciaires. En fait, la Cour a dans divers contextes reconnu l’importance pour le public de la vie privée, ce qui permet de mieux comprendre pourquoi l’aspect plus restreint de la vie privée lié à la protection de la dignité constitue un intérêt public important.

[47] Soit dit en tout respect, je ne puis souscrire à la manière dont la Cour d’appel a statué sur l’allégation des fiduciaires selon laquelle il existe un risque sérieux pour l’intérêt à la protection de la vie privée personnelle dans la présente affaire. Pour les juges d’appel, les préoccupations en matière de vie privée soulevées par les fiduciaires équivalent à des [TRADUCTION] « [p]réoccupations personnelles » qui ne peuvent, « à elles seules », satisfaire à l’exigence énoncée dans *Sierra Club* voulant qu’un intérêt important soit exprimé en tant qu’intérêt public (par. 10). Au paragraphe 10 de ses motifs dans l’affaire qui nous occupe, la Cour d’appel s’est appuyée sur l’arrêt *H. (M.E.) c. Williams*, 2012 ONCA 35, 108 O.R. (3d) 321, où il a été conclu que [TRADUCTION] « [d]es intérêts purement personnels ne peuvent justifier des ordonnances de non-publication ou de mise sous scellés » (par. 25). Citant les arrêts *MacIntyre* et *Sierra Club* de notre Cour comme des décisions faisant autorité à cet égard, la cour a poursuivi en soulignant que « les préoccupations personnelles d’une partie, y compris les préoccupations relatives à la détresse émotionnelle et à l’embarras bien réels que peuvent subir les parties quand la justice est rendue en public, ne satisferont pas à elle seules au volet nécessité du test » (par. 25). En toute déférence, j’estime que la Cour d’appel a eu tort de mettre l’accent sur les préoccupations personnelles pour décider que les ordonnances de mise sous scellés ne satisfaisaient pas à l’exigence de la nécessité dans la présente affaire et dans *Williams*. Les préoccupations personnelles qui s’attachent à des aspects de la vie privée de la personne qui comparaît devant les tribunaux peuvent coïncider avec un intérêt public à la confidentialité.

[48] Like the Court of Appeal, I do agree with the view expressed particularly in the pre-*Charter* case of *MacIntyre*, that where court openness results in an intrusion on privacy which disturbs the “sensibilities of the individuals involved” (p. 185), that concern is generally insufficient to justify a sealing or like order and does not amount to an important public interest under *Sierra Club*. But I disagree with the Court of Appeal in this case and in *Williams* that this is because the intrusion only occasions “personal concerns”. Certain personal concerns — even “without more” — can coincide with important public interests within the meaning of *Sierra Club*. To invoke the expression of Binnie J. in *F.N. (Re)*, 2000 SCC 35, [2000] 1 S.C.R. 880, at para. 10, there is a “public interest in confidentiality” that is felt, first and foremost, by the person involved and is most certainly a personal concern. Even in *Williams*, the Court of Appeal was careful to note that where, without privacy protection, an individual would face “a substantial risk of serious debilitating emotional . . . harm”, an exception to openness should be available (paras. 29-30). The means of discerning whether a privacy interest reflects a “public interest in confidentiality” is therefore not whether the interest reflects or is rooted in “personal concerns” for the privacy of the individuals involved. Some personal concerns relating to privacy overlap with public interests in confidentiality. These interests in privacy can be, in my view, important public interests within the meaning of *Sierra Club*. It is true that an individual’s privacy is pre-eminently important to that individual. But this Court has also long recognized that the protection of privacy is, in a variety of settings, in the interest of society as a whole.

[49] The proposition that privacy is important, not only to the affected individual but to our society, has deep roots in the jurisprudence of this Court outside the context of the test for discretionary limits on

[48] À l’instar de la Cour d’appel, je souscris à l’opinion exprimée en particulier dans *MacIntyre*, une affaire antérieure à la *Charte*, selon laquelle lorsque la publicité des débats judiciaires entraîne une atteinte à la vie privée qui perturbe « la susceptibilité des personnes en cause » (p. 185), cette préoccupation est généralement insuffisante pour justifier une ordonnance de mise sous scellés ou une ordonnance semblable et ne constitue pas un intérêt public important suivant l’arrêt *Sierra Club*. Cependant, je ne suis pas d’accord avec la Cour d’appel dans la présente affaire et dans *Williams* pour dire que c’est parce que l’atteinte n’occasionne que des [TRADUCTION] « préoccupations personnelles ». Certaines préoccupations personnelles — même « à elles seules » — peuvent coïncider avec des intérêts publics importants au sens de *Sierra Club*. Pour reprendre l’expression du juge Binnie dans *F.N. (Re)*, 2000 CSC 35, [2000] 1 R.C.S. 880, par. 10, il y a un « droit du public à la confidentialité » qui touche, d’abord et avant tout, la personne concernée et qui est très certainement une préoccupation personnelle. Même dans *Williams*, la Cour d’appel a pris soin de souligner que lorsque, sans protection de la vie privée, une personne serait exposée à [TRADUCTION] « un risque important de préjudice émotionnel [. . .] débilisant », une exception à la publicité des débats devrait être permise (par. 29-30). Pour savoir si un intérêt en matière de vie privée reflète un « droit du public à la confidentialité », il ne s’agit donc pas de se demander si l’intérêt est le reflet ou tire sa source de « préoccupations personnelles » relatives à la vie privée des personnes concernées. Il y a chevauchement entre certaines préoccupations personnelles relatives à la vie privée et les intérêts du public en matière de confidentialité. Ces intérêts relatifs à la vie privée peuvent, à mon avis, être des intérêts publics importants au sens de *Sierra Club*. Il est vrai que la vie privée d’une personne est d’une importance primordiale pour celle-ci. Cependant, notre Cour reconnaît depuis longtemps que la protection de la vie privée est, dans divers contextes, dans l’intérêt de la société dans son ensemble.

[49] La proposition selon laquelle la vie privée est importante, non seulement pour la personne touchée, mais également pour notre société, est profondément enracinée dans la jurisprudence de la Cour en dehors

court openness. This background helps explain why privacy cannot be rejected as a mere personal concern. However, the key differences in these contexts are such that the public importance of privacy cannot be transposed to open courts without adaptation. Only specific aspects of privacy interests can qualify as important public interests under *Sierra Club*.

du contexte du test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires. Cela aide à expliquer pourquoi la vie privée ne saurait être rejetée en tant que simple préoccupation personnelle. Cependant, les différences clés dans ces contextes sont telles que l'importance pour le public de la vie privée ne saurait être transposée sans adaptation dans le contexte de la publicité des débats judiciaires. Seuls certains aspects particuliers des intérêts en matière de vie privée peuvent constituer des intérêts publics importants suivant l'arrêt *Sierra Club*.

[50] In the context of s. 8 of the *Charter* and public sector privacy legislation, La Forest J. cited American privacy scholar Alan F. Westin for the proposition that privacy is a fundamental value of the modern state, first in *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 427-28 (concurring), and then in *Dagg*, at para. 65 (dissenting but not on this point). In the latter case, La Forest J. wrote: “The protection of privacy is a fundamental value in modern, democratic states. An expression of an individual’s unique personality or personhood, privacy is grounded on physical and moral autonomy — the freedom to engage in one’s own thoughts, actions and decisions” (para. 65 (citations omitted)). That statement was endorsed unanimously by this Court in *Lavigne*, at para. 25.

[50] Dans le contexte de l’art. 8 de la *Charte* et des mesures législatives sur la protection de la vie privée dans le secteur public, le juge La Forest a cité un universitaire américain spécialiste de la vie privée, Alan F. Westin, à l’appui de la thèse selon laquelle la vie privée est une valeur fondamentale de l’État moderne; il l’a fait d’abord dans *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 427-428 (motifs concordants), puis dans *Dagg*, par. 65 (dissident, mais non sur ce point). Dans ce dernier arrêt, le juge La Forest a écrit : « La protection de la vie privée est une valeur fondamentale des États démocratiques modernes. Étant l’expression de la personnalité ou de l’identité unique d’une personne, la notion de vie privée repose sur l’autonomie physique et morale — la liberté de chacun de penser, d’agir et de décider pour lui-même » (par. 65 (références omises)). Notre Cour a entériné à l’unanimité cette déclaration dans *Lavigne*, par. 25.

[51] Further, in *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733 (“*UFCW*”), decided in the context of a statute regulating the use of information by organizations, the objective of providing an individual with some control over their information was recognized as “intimately connected to individual autonomy, dignity and privacy, self-evidently significant social values” (para. 24). The importance of privacy, its “quasi-constitutional status” and its role in protecting moral autonomy continues to find expression in our recent jurisprudence (see, e.g., *Lavigne*, at para. 24; *Bragg*, at para. 18, per Abella J., citing *Toronto Star Newspaper Ltd. v. R.*, 2012 ONCJ 27, 289 C.C.C. (3d) 549, at paras. 40-41 and 44; *Douez v. Facebook, Inc.*, 2017 SCC 33, [2017] 1 S.C.R. 751, at para. 59).

[51] De plus, dans l’arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l’alimentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733 (« *TTUAC* »), qui a été jugé dans le contexte d’une loi régissant l’utilisation de renseignements par des organisations, il a été reconnu que l’objectif de fournir à une personne un certain droit de regard sur les renseignements la concernant était « intimement lié à son autonomie, à sa dignité et à son droit à la vie privée, des valeurs sociales dont l’importance va de soi » (par. 24). L’importance de la vie privée, son « caractère quasi constitutionnel » et son rôle dans la protection de l’autonomie morale continuent de trouver écho dans notre jurisprudence récente (voir, p. ex., *Lavigne*, par. 24; *Bragg*, par. 18, la juge Abella, citant *Toronto Star Newspaper Ltd. c. R.*,

In *Douez*, Karakatsanis, Wagner (as he then was) and Gascon JJ. underscored this same point, adding that “the growth of the Internet, virtually timeless with pervasive reach, has exacerbated the potential harm that may flow from incursions to a person’s privacy interests” (para. 59).

[52] Privacy as a public interest is underlined by specific aspects of privacy protection present in legislation at the federal and provincial levels (see, e.g., *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21; *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5 (“PIPEDA”); *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31; *Charter of Human Rights and Freedoms*, CQLR, c. C-12, s. 5; *Civil Code of Québec*, arts. 35 to 41).³ Further, in assessing the constitutionality of a legislative exception to the open court principle, this Court has recognized that the protection of individual privacy can be a pressing and substantial objective (*Edmonton Journal*, at p. 1345, per Cory J.; see also the concurring reasons of Wilson J., at p. 1354, in which “the public interest in protecting the privacy of litigants generally in matrimonial cases against the public interest in an open court process” was explicitly noted). There is also continued support for the social and public importance of individual privacy in the academic literature (see, e.g., A. J. Cockfield, “Protecting the Social Value of Privacy in the Context of State Investigations Using New Technologies” (2007), 40 *U.B.C. L. Rev.* 41, at p. 41; K. Hughes, “A Behavioural Understanding of Privacy and its Implications for Privacy Law” (2012), 75 *Mod. L. Rev.* 806, at p. 823; P. Gewirtz, “Privacy and Speech” (2001), *Sup. Ct. Rev.* 139, at p. 139). It is therefore inappropriate, in my respectful view, to dismiss the public interest in protecting privacy as merely a personal concern. This does not mean,

2012 ONCJ 27, 289 C.C.C. (3d) 549, par. 40-41 et 44; *Douez c. Facebook, Inc.*, 2017 CSC 33, [2017] 1 R.C.S. 751, par. 59). Dans l’arrêt *Douez*, les juges Karakatsanis, Wagner (maintenant juge en chef) et Gascon ont insisté sur le même point, ajoutant que « la croissance d’Internet — un réseau quasi atemporel au rayonnement infini — a exacerbé le préjudice susceptible d’être infligé à une personne par une atteinte à son droit à la vie privée » (par. 59).

[52] La protection de la vie privée en tant qu’intérêt public est mise en évidence par des aspects particuliers de cette protection présents dans les lois fédérales et provinciales (voir, p. ex., *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, c. P-21; *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5 (« LPRPDE »); *Loi sur l’accès à l’information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, c. F.31; *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 5; *Code civil du Québec*, art. 35 à 41)³. En outre, en examinant la constitutionnalité d’une exception législative au principe de la publicité des débats judiciaires, notre Cour a reconnu que la protection de la vie privée de la personne pouvait constituer un objectif urgent et réel (*Edmonton Journal*, p. 1345, le juge Cory; voir également les motifs concordants de la juge Wilson, à la p. 1354, dans lesquels a explicitement été souligné « l’intérêt public à la protection de la vie privée de l’ensemble des parties aux affaires matrimoniales par rapport à l’intérêt public à la publicité du processus judiciaire »). L’importance sociale et publique de la vie privée de la personne trouve également un appui continu dans la doctrine (voir, p. ex., A. J. Cockfield, « Protecting the Social Value of Privacy in the Context of State Investigations Using New Technologies » (2007), 40 *U.B.C. L. Rev.* 41, p. 41; K. Hughes, « A Behavioural Understanding of Privacy and its Implications for Privacy Law » (2012), 75 *Mod. L. Rev.* 806, p. 823; P. Gewirtz,

³ At the time of writing the House of Commons is considering a bill that would replace part one of PIPEDA: Bill C-11, *An Act to enact the Consumer Privacy Protection Act and the Personal Information and Data Protection Tribunal Act and to make consequential and related amendments to other Acts*, 2nd Sess., 43rd Parl., 2020.

³ Au moment de la rédaction des présents motifs, la Chambre des communes étudiait un projet de loi destiné à remplacer la première partie de la LPRPDE : le projet de loi C-11, *Loi édictant la Loi sur la protection de la vie privée des consommateurs et la Loi sur le Tribunal de la protection des renseignements personnels et des données et apportant des modifications corrélatives et connexes à d’autres lois*, 2^e sess., 43^e lég., 2020.

however, that privacy generally is an important public interest in the context of limits on court openness.

[53] The fact that the case before the application judge concerned individuals who were advancing their own privacy interests, which were undeniably important to them as individuals, does not mean that there is no public interest at stake. In *F.N. (Re)*, this was the personal interest that young offenders had in remaining anonymous in court proceedings as a means of encouraging their personal rehabilitation (para. 11). All of society had a stake, according to Binnie J., in the young person's personal prospect for rehabilitation. This same idea from *F.N. (Re)* was cited in support of finding the interest in *Sierra Club* to be a public interest. That interest, rooted first in an agreement of personal concern to the contracting parties involved, was a private matter that evinced, alongside its personal interest to the parties, a "public interest in confidentiality" (*Sierra Club*, at para. 55). Similarly, while the Trustees have a personal interest in preserving their privacy, this does not mean that the public has no stake in this same interest because — as this Court has made clear — it is related to moral autonomy and dignity which are pressing and substantial concerns.

[54] In this appeal, the Toronto Star suggests that legitimate privacy concerns would be effectively protected by a discretionary order where there is "something more" to elevate them beyond personal concerns and sensibilities (*R.F.*, at para. 73). The Income Security Advocacy Centre, by way of example, submits that privacy serves the public interests of preventing harm and of ensuring individuals are not dissuaded from accessing the courts. I agree that these concepts are related, but in my view care must be taken not to conflate the public importance of

« Privacy and Speech », [2001] *Sup. Ct. Rev.* 139, p. 139). Il est donc inapproprié, en toute déférence, de rejeter l'intérêt du public à la protection de la vie privée au motif qu'il s'agit d'une simple préoccupation personnelle. Cela ne signifie pas, cependant, que la vie privée est, de façon générale, un intérêt public important dans le contexte de l'imposition de limites à la publicité des débats judiciaires.

[53] Le fait que l'affaire dont était saisi le juge de première instance concernait des personnes défendant leurs propres intérêts en matière de vie privée, intérêts qui étaient indéniablement importants pour elles en tant qu'individus, ne signifie pas qu'il n'y a aucun intérêt public en jeu. Dans *F.N. (Re)*, il était question de l'intérêt personnel que les jeunes contrevenants avaient à garder l'anonymat dans les procédures judiciaires afin de favoriser leur réadaptation personnelle (par. 11). Selon le juge Binnie, la société dans son ensemble avait un intérêt dans les perspectives personnelles de réadaptation de l'adolescent visé. Cette même idée exposée dans *F.N. (Re)* a été citée à l'appui de la conclusion selon laquelle l'intérêt en cause dans *Sierra Club* était un intérêt public. Cet intérêt, qui prenait tout d'abord sa source dans une entente touchant personnellement les parties contractantes concernées, était une question de nature privée qui, en plus de son intérêt personnel pour les parties, faisait état d'un « intérêt public à la confidentialité » (*Sierra Club*, par. 55). De même, si les fiduciaires ont un intérêt personnel à protéger leur vie privée, cela ne signifie pas que le public n'a pas un intérêt à cet égard, car — comme l'a clairement souligné la Cour —, cet intérêt est lié à l'autonomie morale et à la dignité, lesquelles constituent des préoccupations urgentes et réelles.

[54] Dans le présent pourvoi, le Toronto Star avance que les préoccupations légitimes en matière de vie privée seraient efficacement protégées par une ordonnance discrétionnaire dans le cas où il y aurait [TRADUCTION] « quelque chose de plus » pour les élever au-delà des préoccupations et de la susceptibilité personnelles (m.i., par. 73). Le Centre d'action pour la sécurité du revenu, par exemple, soutient que la protection de la vie privée sert les intérêts du public qui consistent à prévenir les préjudices et à faire en sorte que les particuliers ne soient pas

privacy with that of other interests; aspects of privacy, such as dignity, may constitute important public interests in and of themselves. A risk to personal privacy may be tied to a risk to psychological harm, as it was in *Bragg* (para. 14; see also J. Rossiter, *Law of Publication Bans, Private Hearings, and Sealing Orders* (loose-leaf), s. 2.4.1). But concerns for privacy may not always coincide with a desire to avoid psychological harm, and may focus instead, for example, on protecting one's professional standing (see, e.g., *R. v. Paterson* (1998), 102 B.C.A.C. 200, at paras. 76, 78 and 87-88). Similarly, there may be circumstances where the prospect of surrendering the personal information necessary to pursue a legal claim may deter an individual from bringing that claim (see *S. v. Lamontagne*, 2020 QCCA 663, at paras. 34-35 (CanLII)). In the same way, the prospect of surrendering sensitive commercial information would have impaired the conduct of the party's defence in *Sierra Club* (at para. 71), or could pressure an individual into settling a dispute prematurely (K. Eltis, *Courts, Litigants and the Digital Age* (2nd ed. 2016), at p. 86). But this does not necessarily mean that a public interest in privacy is wholly subsumed by such concerns. I note, for example, that access to justice concerns do not apply where the privacy interest to be protected is that of a third party to the litigation, such as a witness, whose access to the courts is not at stake and who has no choice available to terminate the litigation and avoid any privacy impacts (see, e.g., *Himel v. Greenberg*, 2010 ONSC 2325, 93 R.F.L. (6th) 357, at para. 58; see also Rossiter, s. 2.4.2(2)). In any event, the recognition of these related and valid important public interests does not answer the question as to whether aspects of privacy in and of themselves are important public interests and does not diminish the distinctive public character of privacy, considered above.

dissuadés de recourir aux tribunaux. Je reconnais que ces notions sont liées, mais il faut, à mon avis, prendre soin de ne pas confondre l'importance pour le public de la vie privée avec l'importance pour le public d'autres intérêts; des aspects de la vie privée, comme la dignité, peuvent constituer des intérêts publics importants en soi. Un risque pour la vie privée personnelle peut être lié à un risque de préjudice psychologique, comme c'était le cas dans l'affaire *Bragg* (par. 14; voir également J. Rossiter, *Law of Publication Bans, Private Hearings and Sealing Orders* (feuilles mobiles), section 2.4.1). Cependant, il se peut que les préoccupations relatives à la vie privée ne coïncident pas toujours avec le désir d'éviter un préjudice psychologique et soient plutôt axées, par exemple, sur la protection de la réputation professionnelle d'une personne (voir, p. ex., *R. c. Paterson* (1998), 102 B.C.A.C. 200, par. 76, 78 et 87-88). De même, il peut y avoir des circonstances où la perspective de devoir communiquer les renseignements personnels nécessaires à la poursuite d'une action en justice peut dissuader une personne d'intenter cette action (voir *S. c. Lamontagne*, 2020 QCCA 663, par. 34-35 (CanLII)). De la même manière, la perspective de devoir communiquer des renseignements commerciaux sensibles aurait nui à la conduite de la défense d'une partie dans *Sierra Club* (par. 71), ou pourrait inciter une personne à régler un litige prématurément (K. Eltis, *Courts, Litigants, and the Digital Age* (2^e éd. 2016), p. 86). Cependant, cela ne signifie pas nécessairement qu'un intérêt public en matière de vie privée est entièrement subsumé dans de telles préoccupations. Je tiens à souligner, par exemple, que les préoccupations relatives à l'accès à la justice ne s'appliquent pas lorsque l'intérêt à protéger en matière de vie privée est celui d'un tiers au litige, comme un témoin, dont l'accès aux tribunaux n'est pas en cause et à qui il n'est pas loisible de mettre fin au litige et d'éviter toute incidence sur sa vie privée (voir, p. ex., *Himel c. Greenberg*, 2010 ONSC 2325, 93 R.F.L. (6th) 357, par. 58; voir également Rossiter, section 2.4.2(2)). En tout état de cause, la reconnaissance de ces importants intérêts publics connexes et valides ne permet pas de savoir si certains aspects de la vie privée constituent en eux-mêmes des intérêts publics importants et ne diminue en rien le caractère public distinctif de la vie privée, examiné précédemment.

[55] Indeed, the specific harms to privacy occasioned by open courts have not gone unnoticed nor been discounted as merely personal concerns. Courts have exercised their discretion to limit court openness in order to protect personal information from publicity, including to prevent the disclosure of sexual orientation (see, e.g., *Paterson*, at paras. 76, 78 and 87-88), HIV status (see, e.g., *A.B. v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 629, at para. 9 (CanLII)), and a history of substance abuse and criminality (see, e.g., *R. v. Pickton*, 2010 BCSC 1198, at paras. 11 and 20 (CanLII)). This need to reconcile the public interest in privacy with the open court principle has been highlighted by this Court (see, e.g., *Edmonton Journal*, at p. 1353, per Wilson J.). Writing extra-judicially, McLachlin C.J. explained that “[i]f we are serious about peoples’ private lives, we must preserve a modicum of privacy. Equally, if we are serious about our justice system, we must have open courts. The question is how to reconcile these dual imperatives in a fair and principled way” (“Courts, Transparency and Public Confidence – To the Better Administration of Justice” (2003), 8 *Deakin L. Rev.* 1, at p. 4). In seeking that reconciliation, the question becomes whether the relevant dimension of privacy amounts to an important public interest that, when seriously at risk, would justify rebutting the strong presumption favouring open courts.

C. *The Important Public Interest in Privacy Bears on the Protection of Individual Dignity*

[56] While the public importance of privacy has clearly been recognized by this Court in various settings, caution is required in deploying this concept in the test for discretionary limits on court openness. It is a matter of settled law that open court proceedings by their nature can be a source of discomfort and embarrassment and these intrusions on privacy

[55] En fait, les atteintes particulières à la vie privée ayant été occasionnées par la publicité des débats judiciaires ne sont pas passées inaperçues et n’ont pas non plus été écartées au motif qu’il s’agissait de simples préoccupations personnelles. Les tribunaux ont exercé leur pouvoir discrétionnaire de limiter la publicité des débats judiciaires afin de protéger les renseignements personnels de la publicité, y compris pour empêcher que soient divulgués l’orientation sexuelle d’une personne (voir, p. ex., *Paterson*, par. 76, 78 et 87-88), sa séropositivité (voir, p. ex., *A.B. c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 629, par. 9 (CanLII)), et ses antécédents de toxicomanie et de criminalité (voir, p. ex., *R. c. Pickton*, 2010 BCSC 1198, par. 11 et 20 (CanLII)). Notre Cour a souligné cette nécessité de concilier l’intérêt du public à l’égard de la vie privée et le principe de la publicité des débats judiciaires (voir, p. ex., *Edmonton Journal*, p. 1353, la juge Wilson). Dans un article de doctrine, la juge en chef McLachlin a expliqué que [TRADUCTION] « [s]i nous nous préoccupons sérieusement de la vie intime des gens, nous devons protéger un minimum de vie privée. De même, si nous nous préoccupons sérieusement de notre système judiciaire, les débats judiciaires doivent être publics. La question est de savoir comment concilier ces deux impératifs d’une manière qui soit équitable et raisonnée » (« Courts, Transparency and Public Confidence – To the Better Administration of Justice » (2003), 8 *Deakin L. Rev.* 1, p. 4). En cherchant à concilier ces deux impératifs, il faut alors se demander si la dimension de la vie privée en cause constitue un intérêt public important qui, lorsqu’il est sérieusement menacé, justifierait de réfuter la forte présomption en faveur de la publicité des débats judiciaires.

C. *L’intérêt public important en matière de vie privée se rapporte à la protection de la dignité de la personne*

[56] Bien que l’importance pour le public de la protection de la vie privée ait clairement été reconnue par la Cour dans divers contextes, la prudence est de mise lorsqu’il s’agit d’utiliser cette notion dans le cadre du test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires. Il est bien établi en droit que les procédures judiciaires publiques, de par leur

are generally seen as of insufficient importance to overcome the presumption of openness. The Toronto Star has raised the concern that recognizing privacy as an important public interest will lower the burden for applicants because the privacy of litigants will, in some respects, always be at risk in court proceedings. I agree that the requirement to show a serious risk to an important interest is a key threshold component of the analysis that must be preserved in order to protect the open court principle. The recognition of a public interest in privacy could threaten the strong presumption of openness if privacy is cast too broadly without a view to its public character.

[57] Privacy poses challenges in the test for discretionary limits on court openness because of the necessary dissemination of information that openness implies. It bears recalling that when Dickson J., as he then was, wrote in *MacIntyre* that “covertness is the exception and openness the rule”, he was explicitly treating a privacy argument, returning to and dismissing the view, urged many times before, “that the ‘privacy’ of litigants requires that the public be excluded from court proceedings” (p. 185 (emphasis added)). Dickson J. rejected the view that personal privacy concerns require closed courtroom doors, explaining that “[a]s a general rule the sensibilities of the individuals involved are no basis for exclusion of the public from judicial proceedings” (*ibid.*).

[58] Though writing before *Dagenais*, and therefore not commenting on the specific steps of the analysis as we now understand them, to my mind, Dickson J. was right to recognize that the open court principle brings necessary limits to the right to privacy. While individuals may have an expectation that information about them will not be revealed in judicial proceedings, the open court principle stands presumptively in opposition to that expectation. For

nature, peuvent être une source de désagrément et d’embarras, et l’on considère généralement que ces atteintes à la vie privée ne sont pas suffisamment importantes pour réfuter la présomption de publicité des débats. Le Toronto Star a exprimé la crainte que la reconnaissance de la vie privée en tant qu’intérêt public important n’allège le fardeau de preuve incombant aux demandeurs, car la vie privée des parties à un litige sera, à certains égards, toujours menacée dans les procédures judiciaires. Je conviens que l’exigence de démontrer l’existence d’un risque sérieux pour un intérêt important est un élément préliminaire clé de l’analyse qui doit être maintenu afin de protéger le principe de la publicité des débats judiciaires. La reconnaissance d’un intérêt public en matière de vie privée pourrait menacer la forte présomption de publicité si la vie privée est définie trop largement sans tenir compte de son caractère public.

[57] La vie privée pose des défis dans l’application du test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires en raison de la diffusion nécessaire de renseignements que supposent des procédures publiques. Il convient de rappeler que lorsqu’il a écrit, dans l’arrêt *MacIntyre*, que « le secret est l’exception et que la publicité est la règle », le juge Dickson, plus tard juge en chef, examinait explicitement un argument relatif à la vie privée en revenant sur un point de vue préconisé maintes fois auparavant devant les tribunaux selon lequel « le droit des parties au litige de jouir de leur vie privée exige des audiences à huis clos » (p. 185 (je souligne)), et en rejetant celui-ci. Le juge Dickson a rejeté l’opinion selon laquelle les préoccupations personnelles en matière de vie privée exigent des audiences à huis clos, expliquant qu’« [e]n règle générale, la susceptibilité des personnes en cause ne justifie pas qu’on exclut le public des procédures judiciaires » (*ibid.*).

[58] Bien qu’il ait rendu sa décision avant le prononcé de l’arrêt *Dagenais* et qu’il ne commente donc pas les étapes précises de l’analyse telles que nous les comprenons aujourd’hui, j’estime que le juge Dickson a, à juste titre, reconnu que le principe de la publicité des débats judiciaires apporte des limites nécessaires au droit à la vie privée. Quoique les particuliers puissent s’attendre à ce que les renseignements qui les concernent ne soient pas révélés

example, in *Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 SCC 51, [2001] 2 S.C.R. 743, LeBel J. held that “a party who institutes a legal proceeding waives his or her right to privacy, at least in part” (para. 42). *MacIntyre* and cases like it recognize — in stating that openness is the rule and covertness the exception — that the right to privacy, however defined, in some measure gives way to the open court ideal. I share the view that the open court principle presumes that this limit on the right to privacy is justified.

[59] The *Toronto Star* is therefore right to say that the privacy of individuals will very often be at some risk in court proceedings. Disputes between and concerning individuals that play out in open court necessarily reveal information that may have otherwise remained out of public view. Indeed, much like the Court of Appeal in this case, courts have explicitly adverted to this concern when concluding that mere inconvenience is insufficient to cross the initial threshold of the test (see, e.g., *3834310 Canada inc. v. Chamberland*, 2004 CanLII 4122 (Que. C.A.), at para. 30). Saying that any impact on individual privacy is sufficient to establish a serious risk to an important public interest for the purposes of the test for discretionary limits on court openness could render this initial requirement moot. Many cases would turn on the balancing at the proportionality stage. Such a development would amount to a departure from *Sierra Club*, which is the appropriate framework and one which must be preserved.

[60] Further, recognizing an important interest in privacy generally could prove to be too open-ended and difficult to apply. Privacy is a complex and contextual concept (*Dagg*, at para. 67; see also B. McIsaac, K. Klein and S. Brown, *The Law of Privacy in Canada* (loose-leaf), vol. 1, at pp. 1-4; D. J. Solove, “Conceptualizing Privacy” (2002), 90

dans le cadre de procédures judiciaires, le principe de la publicité des débats judiciaires s’oppose par présomption à cette attente. Par exemple, dans l’arrêt *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 CSC 51, [2001] 2 R.C.S. 743, le juge LeBel a conclu que la « partie qui engage un débat judiciaire renonce, à tout le moins en partie, à la protection de sa vie privée » (par. 42). L’arrêt *MacIntyre* et les jugements similaires reconnaissent — en affirmant que la publicité est la règle et le secret, l’exception — que le droit à la vie privée, quelle qu’en soit la définition, cède le pas, dans une certaine mesure, à l’idéal de la publicité des débats judiciaires. Je partage le point de vue selon lequel le principe de la publicité des débats suppose que cette limite au droit à la vie privée est justifiée.

[59] Le *Toronto Star* a donc raison d’affirmer que la vie privée des personnes sera très souvent en quelque sorte menacée dans les procédures judiciaires. Les litiges entre et concernant des particuliers qui se déroulent dans le cadre de débats judiciaires publics révèlent nécessairement des renseignements qui pourraient autrement être restés à l’abri des regards du public. En fait, tout comme la Cour d’appel en l’espèce, les tribunaux ont explicitement fait mention de cette préoccupation lorsqu’ils ont conclu que de simples inconvénients ne suffisaient pas à franchir le seuil initial du test (voir, p. ex., *3834310 Canada inc. c. Chamberland*, 2004 CanLII 4122 (C.A. Qc), par. 30). Affirmer que toute incidence sur la vie privée d’une personne suffit à établir un risque sérieux pour un intérêt public important pour l’application du test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires pourrait rendre cette exigence préliminaire théorique. Le sort de nombreuses causes dépendrait de la pondération à l’étape de la proportionnalité. Une telle évolution reviendrait à déroger à l’arrêt *Sierra Club*, qui constitue le cadre approprié à appliquer, lequel doit être maintenu.

[60] De plus, la reconnaissance d’un intérêt important à l’égard de la notion générale de vie privée pourrait s’avérer trop indéterminée et difficile à appliquer. La vie privée est une notion complexe et contextuelle (*Dagg*, par. 67; voir également B. McIsaac, K. Klein et S. Brown, *The Law of Privacy in Canada* (feuilles mobiles), vol. 1, p. 1-4; D. J.

Cal. L. Rev. 1087, at p. 1090). Indeed, this Court has described the nature of limits of privacy as being in a state of “theoretical disarray” (*R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212, at para. 35). Much turns on the context in which privacy is invoked. I agree with the *Toronto Star* that a bald recognition of privacy as an important interest in the context of the test for discretionary limits on court openness, as the Trustees advance here, would invite considerable confusion. It would be difficult for courts to measure a serious risk to such an interest because of its multifaceted nature.

[61] While I acknowledge these concerns have merit, I disagree that they require that privacy never be considered in determining whether there is a serious risk to an important public interest. I reach this conclusion for two reasons. First, the problem of privacy’s complexity can be attenuated by focusing on the purpose underlying the public protection of privacy as it is relevant to the judicial process, in order to fix precisely on that aspect which transcends the interests of the parties in this context. That narrower dimension of privacy is the protection of dignity, an important public interest that can be threatened by open courts. Indeed, rather than attempting to apply a single unwieldy concept of privacy in all contexts, this Court has generally fixed on more specific privacy interests tailored to the particular situation (*Spencer*, at para. 35; *Edmonton Journal*, at p. 1362, per Wilson J.). That is what must be done here, with a view to identifying the public aspect of privacy that openness might inappropriately undermine.

[62] Second, I recall that in order to pass the first stage of the analysis one must not simply invoke an important interest, but must also overcome the presumption of openness by showing a serious risk to this interest. The burden of showing a risk to such

Solove, « Conceptualizing Privacy » (2002), 90 *Cal. L. Rev.* 1087, p. 1090). En fait, notre Cour a décrit la nature des limites à la vie privée comme étant dans un état de « confusion [. . .] sur le plan théorique » (*R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212, par. 35). Cela dépend en grande partie du contexte dans lequel la vie privée est invoquée. Je suis d’accord avec le *Toronto Star* pour dire que la reconnaissance de la vie privée, sans nuances, comme un intérêt important dans le contexte du test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires, ainsi que le revendiquent les fiduciaires en l’espèce, susciterait énormément de confusion. Il serait difficile pour les tribunaux de mesurer un risque sérieux pour un tel intérêt, en raison de ses multiples facettes.

[61] Bien que je reconnaisse la validité de ces préoccupations, je ne suis pas d’accord pour dire qu’elles exigent que la vie privée ne soit jamais prise en considération lorsqu’il s’agit de décider s’il existe un risque sérieux pour un intérêt public important. J’arrive à cette conclusion pour deux raisons. Premièrement, il est possible d’atténuer le problème de la complexité de la vie privée en se concentrant sur l’objectif qui sous-tend la protection publique de la vie privée, lequel est pertinent dans le cadre du processus judiciaire, de manière à s’en tenir précisément à l’aspect qui transcende les intérêts des parties dans ce contexte. Cette dimension plus restreinte de la vie privée est la protection de la dignité, un intérêt public important qui peut être menacé par la publicité des débats judiciaires. D’ailleurs, plutôt que d’essayer d’appliquer une notion unique et complexe de la vie privée à tous les contextes, notre Cour s’est généralement arrêtée sur des intérêts plus précis en matière de vie privée adaptés à la situation particulière en cause (*Spencer*, par. 35; *Edmonton Journal*, p. 1362, la juge Wilson). C’est ce qu’il faut faire en l’espèce, en vue de cerner l’aspect public de la vie privée que la publicité des débats risque de miner indûment.

[62] Deuxièmement, je rappelle que, pour franchir la première étape de l’analyse, il ne suffit pas d’invoquer un intérêt important, mais il faut aussi réfuter la présomption de publicité des débats en démontrant l’existence d’un risque sérieux pour cet intérêt. Le

an interest on the facts of a given case constitutes the true initial threshold on the person seeking to restrict openness. It is never sufficient to plead a recognized important public interest on its own. The demonstration of a serious risk to this interest is still required. What is important is that the interest be accurately defined to capture only those aspects of privacy that engage legitimate public objectives such that showing a serious risk to that interest remains a high bar. In this way, courts can effectively maintain the guarantee of presumptive openness.

[63] Specifically, in order to preserve the integrity of the open court principle, an important public interest concerned with the protection of dignity should be understood to be seriously at risk only in limited cases. Nothing here displaces the principle that covertness in court proceedings must be exceptional. Neither the sensibilities of individuals nor the fact that openness is disadvantageous, embarrassing or distressing to certain individuals will generally on their own warrant interference with court openness (*MacIntyre*, at p. 185; *New Brunswick*, at para. 40; *Williams*, at para. 30; *Coltsfoot Publishing Ltd. v. Foster-Jacques*, 2012 NSCA 83, 320 N.S.R. (2d) 166, at para. 97). These principles do not preclude recognizing the public character of a privacy interest as important when it is related to the protection of dignity. They merely require that a serious risk be shown to exist in respect of this interest in order to justify, exceptionally, a limit on openness, as is the case with any important public interest under *Sierra Club*. As Professors Sylvette Guillemard and Séverine Menétrey explain, [TRANSLATION] “[t]he confidentiality of the proceedings may be justified, in particular, in order to protect the parties’ privacy However, the jurisprudence indicates that embarrassment or shame is not a sufficient reason to order that proceedings be held *in camera* or to impose a publication ban” (*Comprendre la procédure civile québécoise* (2nd ed. 2017), at p. 57).

fardeau d’établir l’existence d’un risque pour un tel intérêt au vu des faits d’une affaire donnée constitue le véritable seuil initial à franchir pour la personne cherchant à restreindre la publicité. Il n’est jamais suffisant d’alléguer la seule existence d’un intérêt public important reconnu. Démontrer l’existence d’un risque sérieux pour cet intérêt demeure toujours nécessaire. Ce qui importe, c’est que l’intérêt soit précisément défini de manière à ce qu’il n’englobe que les aspects de la vie privée qui font entrer en jeu des objectifs publics légitimes, de sorte que le seuil à franchir pour établir l’existence d’un risque sérieux pour cet intérêt demeure élevé. De cette manière, les tribunaux peuvent efficacement maintenir la garantie de la présomption de publicité des débats.

[63] Plus particulièrement, pour maintenir l’intégrité du principe de la publicité des débats judiciaires, un intérêt public important à l’égard de la protection de la dignité devrait être considéré sérieusement menacé seulement dans des cas limités. Rien en l’espèce n’écarte le principe selon lequel le secret en matière de procédures judiciaires doit être exceptionnel. Ni la susceptibilité des gens ni le fait que la publicité soit désavantageuse, embarrassante ou pénible pour certaines personnes ne justifieront généralement, à eux seuls, une atteinte au principe de la publicité des débats judiciaires (*MacIntyre*, p. 185; *Nouveau-Brunswick*, par. 40; *Williams*, par. 30; *Coltsfoot Publishing Ltd. c. Foster-Jacques*, 2012 NSCA 83, 320 N.S.R. (2d) 166, par. 97). Ces principes n’empêchent pas de reconnaître l’importance du caractère public d’un intérêt en matière de vie privée quand celui-ci est lié à la protection de la dignité. Ils obligent simplement à faire la preuve de l’existence d’un risque sérieux pour cet intérêt de manière à justifier, à titre exceptionnel, une restriction à la publicité des débats, comme c’est le cas pour tout intérêt public important au regard de l’arrêt *Sierra Club*. Comme l’expliquent les professeurs Sylvette Guillemard et Séverine Menétrey, « [l]a confidentialité des débats peut se justifier notamment pour protéger la vie privée des parties [. . .] La jurisprudence affirme cependant que l’embarras ou la honte ne sont pas des motifs suffisants pour ordonner le huis clos ou la non-publication » (*Comprendre la procédure civile québécoise* (2^e éd. 2017), p. 57).

[64] How should the privacy interest at issue be understood as raising an important public interest relevant to the test for discretionary limits on court openness in this context? It is helpful to recall that the orders below were sought to limit access to documents and information in the court files. The Trustees' argument on this point focused squarely on the risk of immediate and widespread dissemination of the personally identifying and other sensitive information contained in the sealed materials by the *Toronto Star*. The Trustees submit that this dissemination would constitute an unwarranted intrusion into the privacy of the affected individuals beyond the upset they have already suffered as a result of the publicity associated with the death of the Shermans.

[65] In my view, there is value in leaving individuals free to restrict when, how and to what extent highly sensitive information about them is communicated to others in the public sphere, because choosing how we present ourselves in public preserves our moral autonomy and dignity as individuals. This Court has had occasion to underscore the connection between the privacy interest engaged by open courts and the protection of dignity specifically. For example, in *Edmonton Journal*, Wilson J. noted that the impugned provision which would limit publication about matrimonial proceedings addressed "a somewhat different aspect of privacy, one more closely related to the protection of one's dignity . . . namely the personal anguish and loss of dignity that may result from having embarrassing details of one's private life printed in the newspapers" (pp. 1363-64). In *Bragg*, as a further example, the protection of a young person's ability to control sensitive information was said to foster respect for "dignity, personal integrity and autonomy" (para. 18, citing *Toronto Star Newspaper Ltd.*, at para. 44).

[64] Comment devrait-on considérer que l'intérêt en matière de vie privée en cause soulève un intérêt public important qui est pertinent pour les besoins du test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires dans le présent contexte? Il est utile de rappeler que les ordonnances rendues en première instance avaient été demandées pour limiter l'accès aux documents et aux renseignements figurant dans les dossiers judiciaires. L'argument des fiduciaires sur ce point était directement axé sur le risque de diffusion immédiate et à grande échelle, par le *Toronto Star*, de renseignements permettant d'identifier des personnes ainsi que d'autres renseignements sensibles contenus dans les documents placés sous scellés. Les fiduciaires soutiennent que cette diffusion constituerait une atteinte injustifiée à la vie privée des personnes touchées, qui s'ajouterait à la contrariété qu'elles ont déjà subie en raison de la publicité ayant entouré le décès des Sherman.

[65] À mon avis, il est bon de laisser les personnes libres de fixer des limites quant à savoir à quel moment les renseignements très sensibles les concernant seront communiqués à d'autres personnes dans la sphère publique, et de quelle manière et dans quelle mesure ils le seront. En effet, en choisissant la manière dont on se présente en public, on protège son autonomie morale et sa dignité en tant que personne. La Cour a eu l'occasion de faire ressortir le lien entre l'intérêt en matière de vie privée mis en jeu par la tenue de procédures judiciaires publiques et la protection de la dignité plus particulièrement. Par exemple, dans l'arrêt *Edmonton Journal*, la juge Wilson a souligné que la disposition contestée, qui devait avoir pour effet de limiter la publication de détails sur des procédures matrimoniales, portait sur « un aspect un peu différent de la vie privée, un aspect qui se rapproche davantage de la protection de la dignité personnelle [. . .], c'est-à-dire l'angoisse et la perte de dignité personnelle qui peuvent résulter de la publication dans les journaux de détails gênants de la vie privée d'une personne » (p. 1363-1364). Citons comme autre exemple l'affaire *Bragg*, dans laquelle la protection de la capacité des jeunes à contrôler des renseignements sensibles avait été considérée comme favorisant le respect [TRADUCTION] « de leur dignité, de leur intégrité personnelle et de leur autonomie » (par. 18, citant *Toronto Star Newspaper Ltd.*, par. 44).

[66] Consistent with this jurisprudence, I note by way of example that the Quebec legislature expressly highlighted the preservation of dignity when the *Sierra Club* test was codified in the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01 (“C.C.P.”), art. 12 (see also Ministère de la Justice, *Commentaires de la ministre de la Justice: Code de procédure civile, chapitre C-25.01* (2015), art. 12). Under art. 12 C.C.P., a discretionary exception to the open court principle can be made by the court if “public order, in particular the preservation of the dignity of the persons involved or the protection of substantial and legitimate interests”, requires it.

[67] The concept of public order evidences flexibility analogous to the concept of an important public interest under *Sierra Club* yet it recalls that the interest invoked transcends, in importance and consequence, the purely subjective sensibilities of the persons affected. Like the “important public interest” that must be at serious risk to justify the sealing orders in the present appeal, public order encompasses a wide array of general principles and imperative norms identified by a legislature and the courts as fundamental to a given society (see *Goulet v. Transamerica Life Insurance Co. of Canada*, 2002 SCC 21, [2002] 1 S.C.R. 719, at paras. 42-44, citing *Godbout v. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561 (C.A.), at p. 2570, aff’d [1997] 3 S.C.R. 844). As one Quebec judge wrote, referring to *Sierra Club* prior to the enactment of art. 12 C.C.P., the interest must be understood as defined [TRANSLATION] “in terms of a public interest in confidentiality” (see 3834310 *Canada inc.*, at para. 24, per Gendreau J.A. for the Court of appeal). From among the various considerations that make up the concept of public order and other legitimate interests to which art. 12 C.C.P. alludes, it is significant that dignity, and not an untailored reference to either privacy, harm or access to justice, was given pride of place. Indeed, it is that narrow aspect of privacy considered to be a fundamental right that courts had fixed upon before the enactment of art. 12 C.C.P. — [TRANSLATION] “what is part of one’s personal life, in short, what constitutes a minimum personal sphere” (*Godbout*, at p. 2569, per Baudouin J.A.; see also *A. v. B.*, 1990

[66] Conformément à cette jurisprudence, je relève, par exemple, que le législateur québécois a expressément fait ressortir la protection de la dignité lorsque le test énoncé dans l’arrêt *Sierra Club* a été codifié dans le *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01 (« C.p.c. »), art. 12 (voir Ministère de la Justice, *Commentaires de la ministre de la Justice : Code de procédure civile, chapitre C-25.01* (2015), art. 12). Selon l’art. 12 C.p.c., un tribunal peut faire exception de façon discrétionnaire au principe de la publicité si « l’ordre public, notamment la protection de la dignité des personnes concernées par une demande, ou la protection d’intérêts légitimes importants » l’exige.

[67] La notion d’ordre public témoigne d’une souplesse analogue à la notion d’intérêt public important suivant l’arrêt *Sierra Club*; elle rappelle pourtant que l’intérêt invoqué transcende, en ce qui a trait à son importance et à ses conséquences, la susceptibilité purement subjective des personnes touchées. Tout comme l’« intérêt public important » qui doit être sérieusement menacé pour justifier des ordonnances de mise sous scellés dans le présent pourvoi, l’ordre public englobe un large éventail de principes généraux et de normes impératives qu’un législateur et les tribunaux considèrent comme fondamentaux pour une société donnée (voir *Goulet c. Cie d’Assurance-Vie Transamerica du Canada*, 2002 CSC 21, [2002] 1 R.C.S. 719, par. 42-44, citant *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561 (C.A.), p. 2570, conf. par [1997] 3 R.C.S. 844). Comme l’a écrit un juge québécois en renvoyant à l’arrêt *Sierra Club* avant l’adoption de l’art. 12 C.p.c., l’intérêt doit être considéré comme étant défini « en termes d’intérêt public à la confidentialité » (voir 3834310 *Canada inc.*, par. 24, le juge Gendreau s’exprimant au nom de la Cour d’appel). Parmi les diverses considérations qui composent la notion d’ordre public et d’autres intérêts légitimes évoqués par l’art. 12 C.p.c., il est significatif que la dignité, et non une référence générale à la vie privée, au préjudice ou à l’accès à la justice, se soit vu accorder une place de choix. En effet, c’est cet aspect restreint de la vie privée considéré comme un droit fondamental que les tribunaux ont retenu avant l’adoption de l’art. 12 C.p.c. — « ce qui fait partie de la vie intime de la personne, bref ce qui constitue un

CanLII 3132 (Que. C.A.), at para. 20, per Rothman J.A.).

[68] The “preservation of the dignity of the persons involved” is now consecrated as the archetypal public order interest in art. 12 *C.C.P.* It is the exemplar of the *Sierra Club* important public interest in confidentiality that stands as justification for an exception to openness (S. Rochette and J.-F. Côté, “Article 12”, in L. Chamberland, ed., *Le grand collectif: Code de procédure civile — Commentaires et annotations* (5th ed. 2020), vol. 1, at p. 102; D. Ferland and B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (6th ed. 2020), vol. 1, at para. 1-111). Dignity gives concrete expression to this public order interest because all of society has a stake in its preservation, notwithstanding its personal connections to the individuals concerned. This codification of *Sierra Club*’s notion of important public interest highlights the superordinate importance of human dignity and the appropriateness of limiting court openness on this basis as against an overbroad understanding of privacy that might be otherwise unsuitable to the open court context.

[69] Consistent with this idea, understanding privacy as predicated on dignity has been advanced as useful in connection with challenges brought by digital communications (K. Eltis, “The Judicial System in the Digital Age: Revisiting the Relationship between Privacy and Accessibility in the Cyber Context” (2011), 56 *McGill L.J.* 289, at p. 314).

[70] It is also significant, in my view, that the application judge in this case explicitly recognized, in response to the relevant arguments from the Trustees, an interest in “protecting the privacy and dignity of victims of crime and their loved ones” (para. 23 (emphasis added)). This elucidates that the central concern for the affected individuals on this point is not merely protecting their privacy for its own sake but privacy where it coincides with the public character of the dignity interests of these individuals.

cercle personnel irréductible » (*Godbout*, p. 2569, le juge Baudouin; voir également *A. c. B.*, 1990 CanLII 3132 (C.A. Qc), par. 20, le juge Rothman).

[68] La « protection de la dignité des personnes concernées » est désormais consacrée comme l’archétype de l’intérêt d’ordre public à l’art. 12 *C.p.c.* C’est le modèle de l’intérêt public important à la confidentialité de *Sierra Club* qui sert à justifier une exception à la publicité des débats (S. Rochette et J.-F. Côté, « Article 12 », dans L. Chamberland, dir., *Le grand collectif: Code de procédure civile — Commentaires et annotations* (5^e éd. 2020), vol. 1, p. 102; D. Ferland et B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (6^e éd. 2020), vol. 1, par. 1-111). La dignité donne une expression concrète à cet intérêt d’ordre public parce que toute la société a intérêt à ce qu’elle soit protégée, malgré ses liens personnels avec les personnes touchées. Cette codification de la notion d’intérêt public important de *Sierra Club* souligne l’importance primordiale de la dignité humaine et la pertinence de limiter la publicité des débats judiciaires sur ce fondement au lieu de donner une interprétation trop large à la vie privée qui pourrait par ailleurs ne pas convenir au contexte de la publicité des débats.

[69] Dans le même ordre d’idée, on a fait valoir qu’il est utile de considérer que la vie privée se fonde sur la dignité dans le contexte des défis que posent les communications numériques (K. Eltis, « The Judicial System in the Digital Age : Revisiting the Relationship between Privacy and Accessibility in the Cyber Context » (2011), 56 *R.D. McGill* 289, p. 314).

[70] Il est également significatif, à mon avis, que le juge de première instance en l’espèce ait explicitement reconnu, en réponse aux arguments pertinents des fiduciaires, un intérêt à [TRADUCTION] « la protection de la vie privée et de la dignité des victimes d’actes criminels ainsi que de leurs êtres chers » (par. 23 (je souligne)). Cela montre clairement que la préoccupation centrale des personnes touchées à cet égard n’est pas simplement de protéger leur vie privée en tant que telle, mais bien de protéger leur vie privée là où elle coïncide avec le caractère public de leurs intérêts en matière de dignité.

[71] Violations of privacy that cause a loss of control over fundamental personal information about oneself are damaging to dignity because they erode one's ability to present aspects of oneself to others in a selective manner (D. Matheson, "Dignity and Selective Self-Presentation", in I. Kerr, V. Steeves and C. Lucock, eds., *Lessons from the Identity Trail: Anonymity, Privacy and Identity in a Networked Society* (2009), 319, at pp. 327-28; L. M. Austin, "Re-reading Westin" (2019), 20 *Theor. Inq. L.* 53, at pp. 66-68; Eltis (2016), at p. 13). Dignity, used in this context, is a social concept that involves presenting core aspects of oneself to others in a considered and controlled manner (see generally Matheson, at pp. 327-28; Austin, at pp. 66-68). Dignity is eroded where individuals lose control over this core identity-giving information about themselves, because a highly sensitive aspect of who they are that they did not consciously decide to share is now available to others and may shape how they are seen in public. This was even alluded to by La Forest J., dissenting but not on this point, in *Dagg*, where he referred to privacy as "[a]n expression of an individual's unique personality or personhood" (para. 65).

[72] Where dignity is impaired, the impact on the individual is not theoretical but could engender real human consequences, including psychological distress (see generally *Bragg*, at para. 23). La Forest J., concurring, observed in *Dyment* that privacy is essential to the well-being of individuals (p. 427). Viewed in this way, a privacy interest, where it shields the core information associated with dignity necessary to individual well-being, begins to look much like the physical safety interest also raised in this case, the important and public nature of which is neither debated, nor, in my view, seriously debatable. The administration of justice suffers when the operation of courts threatens physical well-being because a responsible court system is attuned to the physical harm it inflicts on individuals and works to avoid such effects. Similarly, in my view, a responsible

[71] Les atteintes à la vie privée qui entraînent une perte de contrôle à l'égard de renseignements personnels fondamentaux peuvent porter préjudice à la dignité d'une personne, car elles minent sa capacité à présenter de manière sélective certains aspects de sa personne aux autres (D. Matheson, « Dignity and Selective Self-Presentation », dans I. Kerr, V. Steeves et C. Lucock, dir., *Lessons from the Identity Trail : Anonymity, Privacy and Identity in a Networked Society* (2009), 319, p. 327-328; L. M. Austin, « Re-reading Westin » (2019), 20 *Theor. Inq. L.* 53, p. 66-68; Eltis (2016), p. 13). La dignité, employée dans ce contexte, est un concept social qui consiste à présenter des aspects fondamentaux de soi-même aux autres de manière réfléchie et contrôlée (voir de manière générale Matheson, p. 327-328; Austin, p. 66-68). La dignité est minée lorsque les personnes perdent le contrôle sur la possibilité de fournir des renseignements sur elles-mêmes qui touchent leur identité fondamentale, car un aspect très sensible de qui elles sont qu'elles n'ont pas décidé consciemment de communiquer est désormais accessible à autrui et risque de façonner la manière dont elles sont perçues en public. Cela a même été évoqué par le juge La Forest, dissident mais non sur ce point, dans l'arrêt *Dagg*, lorsqu'il a parlé de la notion de vie privée comme « [é]tant l'expression de la personnalité ou de l'identité unique d'une personne » (par. 65).

[72] En cas d'atteinte à la dignité, l'incidence sur la personne n'est pas théorique, mais pourrait entraîner des conséquences humaines réelles, y compris une détresse psychologique (voir de manière générale *Bragg*, par. 23). Dans l'arrêt *Dyment*, le juge La Forest a fait remarquer dans ses motifs concordants que la notion de vie privée est essentielle au bien-être d'une personne (p. 427). Vu sous cet angle, un intérêt en matière de vie privée, lorsqu'il protège les renseignements fondamentaux associés à la dignité qui est nécessaire au bien-être d'une personne, commence à ressembler beaucoup à l'intérêt relatif à la sécurité physique également soulevé en l'espèce, dont la nature importante et publique n'est pas débattue, et n'est pas non plus, selon moi, sérieusement discutable. Lorsque le fonctionnement des tribunaux menace le bien-être physique d'une

court must be attuned and responsive to the harm it causes to other core elements of individual well-being, including individual dignity. This parallel helps to understand dignity as a more limited dimension of privacy relevant as an important public interest in the open court context.

[73] I am accordingly of the view that protecting individuals from the threat to their dignity that arises when information revealing core aspects of their private lives is disseminated through open court proceedings is an important public interest for the purposes of the test.

[74] Focusing on the underlying value of privacy in protecting individual dignity from the exposure of private information in open court overcomes the criticisms that privacy will always be at risk in open court proceedings and is theoretically complex. Openness brings intrusions on personal privacy in virtually all cases, but dignity as a public interest in protecting an individual's core sensibility is more rarely in play. Specifically, and consistent with the cautious approach to the recognition of important public interests, this privacy interest, while determined in reference to the broader factual setting, will be at serious risk only where the sensitivity of the information strikes at the subject's more intimate self.

[75] If the interest is ultimately about safeguarding a person's dignity, that interest will be undermined when the information reveals something sensitive about them as an individual, as opposed to generic information that reveals little if anything about who they are as a person. Therefore the information that will be revealed by court openness must consist of

personne, l'administration de la justice en souffre, car un système judiciaire responsable est sensible aux dommages physiques qu'il inflige aux individus et s'efforce d'éviter de tels effets. De même, j'estime qu'un tribunal responsable doit être sensible et attentif aux dommages qu'il cause à d'autres éléments fondamentaux du bien-être individuel, notamment la dignité individuelle. Ce parallèle aide à comprendre que la dignité est une dimension plus limitée de la vie privée, pertinente en tant qu'intérêt public important dans le contexte de la publicité des débats judiciaires.

[73] Je suis donc d'avis que protéger les gens contre la menace à leur dignité qu'entraîne la diffusion de renseignements révélant des aspects fondamentaux de leur vie privée dans le cadre de procédures judiciaires publiques constitue un intérêt public important pour l'application du test.

[74] Insister sur la valeur sous-jacente de la vie privée lorsqu'il s'agit de protéger la dignité d'une personne de la diffusion de renseignements privés dans le cadre de débats judiciaires publics permet de surmonter les critiques selon lesquelles la vie privée sera toujours menacée dans un tel cadre et constitue une notion théoriquement complexe. La publicité des débats donne lieu à des atteintes à la vie privée personnelle dans presque tous les cas, mais la dignité en tant qu'intérêt public dans la protection de la sensibilité fondamentale d'une personne entre plus rarement en jeu. Plus précisément, et conformément à l'approche prudente servant à reconnaître des intérêts publics importants, cet intérêt en matière de vie privée, bien qu'il soit déterminé par rapport au contexte factuel plus large, ne sera sérieusement menacé que lorsque le caractère sensible des renseignements touche à l'aspect le plus intime de la personne.

[75] S'il porte essentiellement sur la protection de la dignité d'une personne, cet intérêt sera miné dans le cas de renseignements qui révèlent quelque chose de sensible sur elle en tant qu'individu, par opposition à des renseignements d'ordre général révélant peu ou rien sur ce qu'elle est en tant que personne. Par conséquent, les renseignements qui

intimate or personal details about an individual — what this Court has described in its jurisprudence on s. 8 of the *Charter* as the “biographical core” — if a serious risk to an important public interest is to be recognized in this context (*R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 60; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, at para. 46). Dignity transcends personal inconvenience by reason of the highly sensitive nature of the information that might be revealed. This Court in *Cole* drew a similar line between the sensitivity of personal information and the public interest in protecting that information in reference to the biographical core. It held that “reasonable and informed Canadians” would be more willing to recognize the existence of a privacy interest where the relevant information cuts to the “biographical core” or, “[p]ut another way, the more personal and confidential the information” (para. 46). The presumption of openness means that mere discomfort associated with lesser intrusions of privacy will generally be tolerated. But there is a public interest in ensuring that openness does not unduly entail the dissemination of this core information that threatens dignity — even if it is “personal” to the affected person.

[76] The test for discretionary limits on court openness imposes on the applicant the burden to show that the important public interest is at serious risk. Recognizing that privacy, understood in reference to dignity, is only at serious risk where the information in the court file is sufficiently sensitive erects a threshold consistent with the presumption of openness. This threshold is fact specific. It addresses the concern, noted above, that personal information can frequently be found in court files and yet finding this sufficient to pass the serious risk threshold in every case would undermine the structure of the test. By requiring the applicant to demonstrate the sensitivity

seront révélés en raison de la publicité des débats judiciaires doivent être constitués de détails intimes ou personnels concernant une personne — ce que notre Cour a décrit, dans sa jurisprudence relative à l’art. 8 de la *Charte*, comme le cœur même des « renseignements biographiques » — pour qu’un risque sérieux pour un intérêt public important soit reconnu dans ce contexte (*R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 293; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 60; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, par. 46). La dignité transcende les inconvénients personnels en raison de la nature très sensible des renseignements qui pourraient être révélés. Notre Cour a tracé dans l’arrêt *Cole* une ligne de démarcation similaire entre le caractère sensible des renseignements personnels et l’intérêt du public à protéger ces renseignements en ce qui a trait au cœur même des renseignements biographiques. Elle a conclu que « les Canadiens raisonnables et bien informés » seraient plus disposés à reconnaître l’existence d’un intérêt en matière de vie privée lorsque les renseignements pertinents concernent le cœur même des « renseignements biographiques » ou, « [a]utrement dit, plus les renseignements sont personnels et confidentiels » (par. 46). La présomption de publicité des débats signifie que le simple désagrément associé à des atteintes moindres à la vie privée sera généralement toléré. Cependant, il est dans l’intérêt public de veiller à ce que cette publicité n’entraîne pas indûment la diffusion de ces renseignements fondamentaux qui menacent la dignité — même s’ils sont « personnels » pour la personne touchée.

[76] Selon le test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires, il incombe au demandeur de démontrer que l’intérêt public important est sérieusement menacé. Reconnaître que la vie privée, considérée au regard de la dignité, n’est sérieusement menacée que lorsque les renseignements contenus dans le dossier judiciaire sont suffisamment sensibles permet d’établir un seuil compatible avec la présomption de publicité des débats. Ce seuil est tributaire des faits. Il répond à la préoccupation, mentionnée précédemment, portant que les dossiers judiciaires comportent fréquemment des renseignements personnels, mais conclure que cela suffit à franchir le

of the information as a necessary condition to the finding of a serious risk to this interest, the scope of the interest is limited to only those cases where the rationale for not revealing core aspects of a person's private life, namely protecting individual dignity, is most actively engaged.

[77] There is no need here to provide an exhaustive catalogue of the range of sensitive personal information that, if exposed, could give rise to a serious risk. It is enough to say that courts have demonstrated a willingness to recognize the sensitivity of information related to stigmatized medical conditions (see, e.g., *A.B.*, at para. 9), stigmatized work (see, e.g., *Work Safe Twerk Safe v. Her Majesty the Queen in Right of Ontario*, 2021 ONSC 1100, at para. 28 (CanLII)), sexual orientation (see, e.g., *Paterson*, at paras. 76, 78 and 87-88), and subjection to sexual assault or harassment (see, e.g., *Fedeli v. Brown*, 2020 ONSC 994, at para. 9 (CanLII)). I would also note the submission of the intervener the Income Security Advocacy Centre, that detailed information about family structure and work history could in some circumstances constitute sensitive information. The question in every case is whether the information reveals something intimate and personal about the individual, their lifestyle or their experiences.

[78] I pause here to note that I refer to cases on s. 8 of the *Charter* above for the limited purpose of providing insight into types of information that are more or less personal and therefore deserving of public protection. If the impact on dignity as a result of disclosure is to be accurately measured, it is critical that the analysis differentiate between information in this way. Helpfully, one factor in determining whether an applicant's subjective expectation of privacy is objectively reasonable in the s. 8 jurisprudence focuses

seuil du risque sérieux dans tous les cas mettrait en péril la structure du test. Exiger du demandeur qu'il démontre le caractère sensible des renseignements comme condition nécessaire à la conclusion d'un risque sérieux pour cet intérêt a pour effet de limiter le champ d'application de l'intérêt aux seuls cas où la justification de la non-divulgence des aspects fondamentaux de la vie privée d'une personne, à savoir la protection de la dignité individuelle, est fortement en jeu.

[77] Il n'est aucunement nécessaire en l'espèce de fournir une liste exhaustive de l'étendue des renseignements personnels sensibles qui, s'ils étaient diffusés, pourraient entraîner un risque sérieux. Qu'il suffise de dire que les tribunaux ont démontré la volonté de reconnaître le caractère sensible des renseignements liés à des problèmes de santé stigmatisés (voir, p. ex., *A.B.*, par. 9), à un travail stigmatisé (voir, p. ex., *Work Safe Twerk Safe c. Her Majesty the Queen in Right of Ontario*, 2021 ONSC 1100, par. 28 (CanLII)), à l'orientation sexuelle (voir, p. ex., *Paterson*, par. 76, 78 et 87-88), et au fait d'avoir été victime d'agression sexuelle ou de harcèlement (voir, p. ex., *Fedeli c. Brown*, 2020 ONSC 994, par. 9 (CanLII)). Je prends acte également de l'observation du Centre d'action pour la sécurité du revenu, intervenant, selon laquelle des renseignements détaillés quant à la structure familiale et aux antécédents professionnels pourraient, dans certaines circonstances, constituer des renseignements sensibles. Dans chaque cas, il faut se demander si les renseignements révèlent quelque chose d'intime et de personnel sur la personne, son mode de vie ou ses expériences.

[78] Je marque ici un temps d'arrêt pour souligner que je renvoie ci-dessus aux décisions relatives à l'art. 8 de la *Charte* à seule fin de donner une idée des types de renseignements qui sont plus ou moins personnels et qui méritent donc une protection publique. Pour mesurer avec précision l'incidence de la divulgation sur la dignité, il est essentiel que l'analyse différencie ainsi les renseignements. Ce qui est utile, c'est que l'un des facteurs permettant de déterminer si l'attente subjective d'un demandeur en

on the degree to which information is private (see, e.g., *R. v. Marakah*, 2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608, at para. 31; *Cole*, at paras. 44-46). But while these decisions may assist for this limited purpose, this is not to say that the remainder of the s. 8 analysis has any relevance to the application of the test for discretionary limits on court openness. For example, asking what the Trustees' reasonable expectation of privacy was here could invite a circular analysis of whether they reasonably expected their court files to be open to the public or whether they reasonably expected to be successful in having them sealed. Therefore, it is only for the limited purpose described above that the s. 8 jurisprudence is useful.

[79] In cases where the information is sufficiently sensitive to strike at an individual's biographical core, a court must then ask whether a serious risk to the interest is made out in the full factual context of the case. While this is obviously a fact-specific determination, some general observations may be made here to guide this assessment.

[80] I note that the seriousness of the risk may be affected by the extent to which information would be disseminated without an exception to the open court principle. If the applicant raises a risk that the personal information will come to be known by a large segment of the public in the absence of an order, this is a plainly more serious risk than if the result will be that a handful of people become aware of the same information, all else being equal. In the past, the requirement that one be physically present to acquire information in open court or from a court record meant that information was, to some extent, protected because it was "practically obscure" (D. S. Ardia, "Privacy and Court Records: Online Access and the Loss of Practical Obscurity" (2017), 4 *U. Ill. L. Rev.* 1385, at p. 1396). However, today,

matière de vie privée est objectivement raisonnable dans la jurisprudence relative à l'art. 8 met l'accent sur la mesure dans laquelle les renseignements sont privés (voir, p. ex., *R. c. Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608, par. 31; *Cole*, par. 44-46). Cependant, bien que la consultation de ces décisions puisse être avantageuse à cette fin précise, cela ne veut pas dire que le reste de l'analyse relative à l'art. 8 est pertinent pour l'application du test des limites discrétionnaires à la publicité des débats. Par exemple, demander aux fiduciaires quelle était leur attente raisonnable en matière de vie privée en l'espèce pourrait entraîner une analyse circulaire visant à déterminer s'ils s'attendaient raisonnablement à ce que leurs dossiers judiciaires soient accessibles au public ou s'ils s'attendaient raisonnablement à réussir à obtenir leur mise sous scellés. En conséquence, la jurisprudence relative à l'art. 8 n'est utile qu'à la fin décrite ci-dessus.

[79] Dans les cas où les renseignements sont suffisamment sensibles pour toucher au cœur même des renseignements biographiques d'une personne, le tribunal doit alors se demander si le contexte factuel global de l'affaire permet d'établir l'existence d'un risque sérieux pour l'intérêt en cause. Bien qu'il s'agisse manifestement d'une question de fait, il est possible de faire certaines observations générales en l'espèce pour guider cette appréciation.

[80] Je souligne que la mesure dans laquelle les renseignements seraient diffusés en l'absence d'une exception au principe de la publicité des débats judiciaires peut avoir une incidence sur le caractère sérieux du risque. Si le demandeur invoque le risque que les renseignements personnels en viennent à être connus par un large segment de la population en l'absence d'une ordonnance, il s'agit manifestement d'un risque plus sérieux que si le résultat était qu'une poignée de personnes prendrait connaissance des mêmes renseignements, toutes autres choses étant égales par ailleurs. Par le passé, l'obligation d'être physiquement présent pour obtenir des renseignements dans le cadre de débats judiciaires publics ou à partir d'un dossier judiciaire signifiait que les renseignements étaient, dans une certaine

courts should be sensitive to the information technology context, which has increased the ease with which information can be communicated and cross-referenced (see Bailey and Burkell, at pp. 169-70; Ardia, at pp. 1450-51). In this context, it may well be difficult for courts to be sure that information will not be broadly disseminated in the absence of an order.

[81] It will be appropriate, of course, to consider the extent to which information is already in the public domain. If court openness will simply make available what is already broadly and easily accessible, it will be difficult to show that revealing the information in open court will actually result in a meaningful loss of that aspect of privacy relating to the dignity interest to which I refer here. However, just because information is already accessible to some segment of the public does not mean that making it available through the court process will not exacerbate the risk to privacy. Privacy is not a binary concept, that is, information is not simply either private or public, especially because, by reason of technology in particular, absolute confidentiality is best thought of as elusive (see generally *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390, at para. 37; *UFCW*, at para. 27). The fact that certain information is already available somewhere in the public sphere does not preclude further harm to the privacy interest by additional dissemination, particularly if the feared dissemination of highly sensitive information is broader or more easily accessible (see generally Solove, at p. 1152; Ardia, at p. 1393-94; E. Paton-Simpson, “Privacy and the Reasonable Paranoid: The Protection of Privacy in Public Places” (2000), 50 *U.T.L.J.* 305, at p. 346).

mesure, protégés parce qu’ils n’étaient [TRANSLATION] « pratiquement pas connus » (D. S. Ardia, « Privacy and Court Records : Online Access and the Loss of Practical Obscurity » (2017), 4 *U. Ill. L. Rev.* 1385, p. 1396). Cependant, aujourd’hui, les tribunaux devraient prendre en considération le contexte des technologies de l’information, qui a facilité la communication de renseignements et le renvoi à ceux-ci (voir Bailey et Burkell, p. 169-170; Ardia, p. 1450-1451). Dans ce contexte, il peut fort bien être difficile pour les tribunaux d’avoir la certitude que les renseignements ne seront pas largement diffusés en l’absence d’une ordonnance.

[81] Il y aura lieu, bien sûr, d’examiner la mesure dans laquelle les renseignements font déjà partie du domaine public. Si la tenue de procédures judiciaires publiques ne fait que rendre accessibles ce qui est déjà largement et facilement accessible, il sera difficile de démontrer que la divulgation des renseignements dans le cadre de débats judiciaires publics entraînera effectivement une atteinte significative à cet aspect de la vie privée se rapportant à l’intérêt en matière de dignité auquel je fais référence en l’espèce. Cependant, le seul fait que des renseignements soient déjà accessibles à un segment de la population ne signifie pas que les rendre accessibles dans le cadre d’une procédure judiciaire n’exacerbera pas le risque pour la vie privée. La vie privée n’est pas une notion binaire, c’est-à-dire que les renseignements ne sont pas simplement soit privés, soit publics, d’autant plus que, en raison de la technologie en particulier, il vaut mieux considérer la confidentialité absolue comme difficile à atteindre (voir, de manière générale, *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390, par. 37; *TTUAC*, par. 27). Le fait que certains renseignements soient déjà accessibles quelque part dans la sphère publique n’empêche pas qu’une diffusion additionnelle de ceux-ci puisse nuire davantage à l’intérêt en matière de vie privée, en particulier si la diffusion appréhendée de renseignements très sensibles est plus large ou d’accès plus facile (voir de manière générale Solove, p. 1152; Ardia, p. 1393-1394; E. Paton-Simpson, « Privacy and the Reasonable Paranoid : The Protection of Privacy in Public Places » (2000), 50 *U.T.L.J.* 305, p. 346).

[82] Further, the seriousness of the risk is also affected by the probability that the dissemination the applicant suggests will occur actually occurs. I hasten to say that implicit in the notion of risk is that the applicant need not establish that the feared dissemination will certainly occur. However, the risk to the privacy interest related to the protection of dignity will be more serious the more likely it is that the information will be disseminated. While decided in a different context, this Court has held that the magnitude of risk is a product of both the gravity of the feared harm and its probability (*R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584, at para. 86).

[83] That said, the likelihood that an individual's highly sensitive personal information will be disseminated in the absence of privacy protection will be difficult to quantify precisely. It is best to note as well that probability in this context need not be identified in mathematical or numerical terms. Rather, courts may merely discern probability in light of the totality of the circumstances and balance this one factor alongside other relevant factors.

[84] Finally, and as discussed above, individual sensitivities alone, even if they can be notionally associated with “privacy”, are generally insufficient to justify a restriction on court openness where they do not rise above those inconveniences and discomforts that are inherent to court openness (*MacIntyre*, at p. 185). An applicant will only be able to establish that the risk is sufficient to justify a limit on openness in exceptional cases, where the threatened loss of control over information about oneself is so fundamental that it strikes meaningfully at individual dignity. These circumstances engage “social values of superordinate importance” beyond the more ordinary intrusions inherent to participating in the judicial process that Dickson J. acknowledged could justify curtailing public openness (pp. 186-87).

[82] De plus, la probabilité que la diffusion évoquée par le demandeur se produise réellement a également une incidence sur le caractère sérieux du risque. Je m'empresse de dire qu'il est implicite dans la notion de risque que le demandeur n'a pas besoin d'établir que la diffusion appréhendée se produira assurément. Cependant, plus la probabilité de diffusion des renseignements est grande, plus le risque pour l'intérêt en matière de vie privée lié à la protection de la dignité sera sérieux. Bien qu'elle l'ait fait dans un contexte différent, la Cour a déjà conclu que l'ampleur du risque est le fruit de la gravité du préjudice appréhendé et de sa probabilité (*R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584, par. 86).

[83] Cela dit, la probabilité que les renseignements personnels très sensibles d'une personne soient diffusés en l'absence de mesures de protection de la vie privée sera difficile à quantifier avec précision. Il convient également de souligner que la probabilité dans ce contexte n'a pas à être quantifiée en termes mathématiques ou numériques. Les tribunaux peuvent plutôt simplement déterminer cette probabilité à la lumière de l'ensemble des circonstances et mettre en balance ce facteur avec d'autres facteurs pertinents.

[84] Enfin, rappelons que la susceptibilité individuelle à elle seule, même si elle peut théoriquement être associée à la notion de « vie privée », est généralement insuffisante pour justifier de restreindre la publicité des débats judiciaires lorsqu'elle ne surpasse pas les inconvénients et les désagréments inhérents à la publicité des débats (*MacIntyre*, p. 185). Un demandeur ne pourra établir que le risque est suffisant pour justifier une limite à la publicité des débats que dans des cas exceptionnels, lorsque la perte de contrôle appréhendée des renseignements le concernant est fondamentale au point de porter atteinte de manière significative à sa dignité individuelle. Ces circonstances mettent en jeu « des valeurs sociales qui ont préséance », qui vont au-delà des atteintes plus ordinaires propres à la participation à une procédure judiciaire et qui, comme l'a reconnu le juge Dickson, pourraient justifier de restreindre la publicité des débats (p. 186-187).

[85] To summarize, the important public interest in privacy, as understood in the context of the limits on court openness, is aimed at allowing individuals to preserve control over their core identity in the public sphere to the extent necessary to preserve their dignity. The public has a stake in openness, to be sure, but it also has an interest in the preservation of dignity: the administration of justice requires that where dignity is threatened in this way, measures be taken to accommodate this privacy concern. Although measured by reference to the facts of each case, the risk to this interest will be serious only where the information that would be disseminated as a result of court openness is sufficiently sensitive such that openness can be shown to meaningfully strike at the individual's biographical core in a manner that threatens their integrity. Recognizing this interest is consistent with this Court's emphasis on the importance of privacy and the underlying value of individual dignity, but is also tailored to preserve the strong presumption of openness.

D. The Trustees Have Failed to Establish a Serious Risk to an Important Public Interest

[86] As *Sierra Club* made plain, a discretionary order limiting court openness can only be made where there is a serious risk to an important public interest. The arguments on this appeal concerned whether privacy is an important public interest and whether the facts here disclose the existence of serious risks to privacy and safety. While the broad privacy interest invoked by the Trustees cannot be relied on to justify a limit on openness, the narrower concept of privacy understood in relation to dignity is an important public interest for the purposes of the test. I also recognize that a risk to physical safety is an important public interest, a point on which there is no dispute here. Accordingly, the relevant question at the first step is whether there is a serious risk to one or both of these interests. For reasons that follow, the Trustees have failed to establish a serious risk to

[85] En résumé, l'intérêt public important en matière de vie privée, tel qu'il est considéré dans le contexte des limites à la publicité des débats, vise à permettre aux personnes de garder un contrôle sur leur identité fondamentale dans la sphère publique dans la mesure nécessaire pour protéger leur dignité. Le public a certainement un intérêt dans la publicité des débats, mais il a aussi un intérêt dans la protection de la dignité : l'administration de la justice exige que, lorsque la dignité est menacée de cette façon, des mesures puissent être prises pour tenir compte de cette préoccupation en matière de vie privée. Bien qu'il soit évalué en fonction des faits de chaque cas, le risque pour cet intérêt ne sera sérieux que lorsque les renseignements qui seraient diffusés en raison de la publicité des débats judiciaires sont suffisamment sensibles pour que l'on puisse démontrer que la publicité porte atteinte de façon significative au cœur même des renseignements biographiques de la personne d'une manière qui menace son intégrité. La reconnaissance de cet intérêt est conforme à l'accent mis par la Cour sur l'importance de la vie privée et de la valeur sous-jacente de la dignité individuelle, tout en permettant aussi de maintenir la forte présomption de publicité des débats.

D. Les fiduciaires n'ont pas établi l'existence d'un risque sérieux pour un intérêt public important

[86] Comme il a été clairement indiqué dans *Sierra Club*, une ordonnance discrétionnaire ayant pour effet de limiter la publicité des débats judiciaires ne peut être rendue qu'en présence d'un risque sérieux pour un intérêt public important. Les arguments soulevés dans le présent pourvoi portaient sur la question de savoir si la vie privée constitue un intérêt public important et si les faits en l'espèce révèlent l'existence de risques sérieux pour la vie privée et la sécurité. Bien que le large intérêt en matière de vie privée que font valoir les fiduciaires ne puisse être invoqué pour justifier une limite à la publicité des débats, la notion plus restreinte de vie privée considérée au regard de la dignité constitue un intérêt public important pour l'application du test. Je reconnais aussi qu'un risque pour la sécurité physique représente un intérêt public important, un point qui n'est pas

either. This alone is sufficient to conclude that the sealing orders should not have been issued.

(1) The Risk to Privacy Alleged in this Case Is Not Serious

[87] As I have said, the important public interest in privacy must be understood as one tailored to the protection of individual dignity and not the broadly defined interest the Trustees have asked this Court to recognize. In order to establish a serious risk to this interest, the information in the court files about which the Trustees are concerned must be sufficiently sensitive in that it strikes at the biographical core of the affected individuals. If it is not, there is no serious risk that would justify an exception to openness. If it is, the question becomes whether a serious risk is made out in light of the facts of this case.

[88] The application judge never explicitly identified a serious risk to the privacy interest he identified but, to the extent he implicitly reached this conclusion, I respectfully do not share his view. His finding was limited to the observation that “[t]he degree of intrusion on that privacy and dignity [i.e., that of the victims and their loved ones] has already been extreme and, I am sure, excruciating” (para. 23). But the intense scrutiny faced by the Shermans up to the time of the application is only part of the equation. As the sealing orders can only protect against the disclosure of the information in these court files relating to probate, the application judge was required to consider the sensitivity of the specific information they contained. He made no such measure. His conclusion about the seriousness of the risk then focused entirely on the risk of physical harm, with

contesté en l’espèce. Par conséquent, la question pertinente à la première étape est celle de savoir s’il existe un risque sérieux pour l’un de ces intérêts ou pour ces deux intérêts. Pour les motifs qui suivent, les fiduciaires n’ont pas établi l’existence d’un risque sérieux pour l’un ou l’autre de ces intérêts. Cela suffit en soi pour conclure que les ordonnances de mise sous scellés n’auraient pas dû être rendues.

(1) Le risque pour la vie privée allégué en l’espèce n’est pas sérieux

[87] Comme je l’ai déjà dit, l’intérêt public important en matière de vie privée doit être considéré comme un intérêt propre à la protection de la dignité individuelle et non comme l’intérêt largement défini que les fiduciaires ont demandé à la Cour de reconnaître. Pour établir l’existence d’un risque sérieux à l’égard de cet intérêt, les renseignements contenus dans les dossiers judiciaires qui préoccupent les fiduciaires doivent être suffisamment sensibles du fait qu’ils touchent au cœur même des renseignements biographiques des personnes touchées. Si ce n’est pas le cas, il n’y a pas de risque sérieux qui justifierait une exception à la publicité des débats. Si, par contre, c’est le cas, il faut alors se demander si les faits de l’espèce permettent d’établir l’existence d’un risque sérieux.

[88] Le juge de première instance n’a jamais explicitement constaté de risque sérieux pour l’intérêt en matière de vie privée qu’il a relevé, mais, dans la mesure où il est implicitement arrivé à cette conclusion, je ne puis, en toute déférence, partager son point de vue. Sa conclusion se limitait à l’observation selon laquelle [TRADUCTION] « [l]e degré d’atteinte à cette vie privée et à cette dignité [c.-à-d. celle des victimes et de leurs êtres chers] est déjà extrême et, j’en suis sûr, insoutenable » (par. 23). Cependant, l’attention intense dont les Shermans ont fait l’objet jusqu’à la présentation de leur demande n’est qu’une partie de l’équation. Comme les ordonnances de mise sous scellés ne peuvent qu’offrir une protection contre la divulgation des renseignements contenus dans les dossiers judiciaires se rapportant à l’homologation, le juge de première instance était tenu d’examiner le

no indication that he found that the Trustees met their burden as to the serious risk to the privacy interest. Said very respectfully and with the knowledge that the application judge did not have the benefit of the above framework, the failure to assess the sensitivity of the information constituted a failure to consider a required element of the legal test. This warranted intervention on appeal.

[89] Applying the appropriate framework to the facts of this case, I conclude that the risk to the important public interest in the affected individuals' privacy, as I have defined it above in reference to dignity, is not serious. The information the Trustees seek to protect is not highly sensitive and this alone is sufficient to conclude that there is no serious risk to the important public interest in privacy so defined.

[90] There is little controversy in this case about the likelihood and extent of dissemination of the information contained in the estate files. There is near certainty that the Toronto Star will publish at least some aspects of the estate files if it is provided access. Given the breadth of the audience of its media organization, and the high-profile nature of the events surrounding the death of the Shermans, I have no difficulty in concluding that the affected individuals would lose control over this information to a significant extent should the files be open.

[91] With regard to the sensitivity of the information, however, the information contained in these files does not reveal anything particularly private about the affected individuals. What would be revealed might well cause inconvenience and perhaps embarrassment, but it has not been shown that it would strike at their biographical core in a way that

caractère sensible des renseignements précis qu'ils contenaient. Or, il n'a pas procédé à une telle appréciation. Sa conclusion sur le caractère sérieux du risque s'est alors entièrement concentrée sur le risque de préjudice physique, alors que rien n'indiquait qu'il avait conclu que les fiduciaires s'étaient acquittés de leur fardeau quant à la démonstration d'un risque sérieux pour l'intérêt en matière de vie privée. En toute déférence, et en sachant qu'il ne disposait pas du cadre d'analyse précédemment exposé, j'estime qu'en n'examinant pas le caractère sensible des renseignements, le juge de première instance a omis de se pencher sur un élément nécessaire du test juridique. Cela justifiait une intervention en appel.

[89] En appliquant le cadre approprié aux faits de la présente affaire, je conclus que le risque pour l'intérêt public important à l'égard de la vie privée des personnes touchées, que j'ai défini précédemment au regard de la dignité, n'est pas sérieux. Les renseignements que les fiduciaires cherchent à protéger ne sont pas très sensibles, ce qui suffit en soi pour conclure qu'il n'y a pas de risque sérieux pour l'intérêt public important en matière de vie privée ainsi défini.

[90] Il y a peu de controverse en l'espèce sur la probabilité de diffusion des renseignements contenus dans les dossiers de succession et sur l'étendue de cette diffusion. Il est presque certain que le Toronto Star publiera au moins certains aspects des dossiers de succession si on lui en donne l'accès. Compte tenu de l'important auditoire de l'entreprise médiatique en cause et de la nature très médiatisée des événements entourant la mort des Shermans, je n'ai aucune difficulté à conclure que les personnes touchées perdraient, dans une large mesure, le contrôle des renseignements en question si les dossiers étaient rendus accessibles.

[91] Cependant, en ce qui concerne le caractère sensible des renseignements, ceux contenus dans ces dossiers ne révèlent rien de particulièrement privé sur les personnes touchées. Ce qui serait révélé pourrait bien causer des inconvénients et peut-être de l'embarras, mais il n'a pas été démontré que la divulgation toucherait au cœur même des renseignements

would undermine their control over the expression of their identities. Their privacy would be troubled, to be sure, but the relevant privacy interest bearing on the dignity of the affected persons has not been shown to be at serious risk. At its highest, the information in these files will reveal something about the relationship between the deceased and the affected individuals, in that it may reveal to whom the deceased entrusted the administration of their estates and those who they wished or were deemed to wish to be beneficiaries of their property at death. It may also reveal some basic personal information, such as addresses. Some of the beneficiaries might well, it may fairly be presumed, bear family names other than Sherman. I am mindful that the deaths are being investigated as homicides by the Toronto Police Service. However, even in this context, none of this information provides significant insight into who they are as individuals, nor would it provoke a fundamental change in their ability to control how they are perceived by others. The fact of being linked through estate documents to victims of an unsolved murder is not in itself highly sensitive. It may be the source of discomfort but has not been shown to constitute an affront to dignity in that it does not probe deeply into the biographical core of these individuals. As a result, the Trustees have failed to establish a serious risk to an important public interest as required by *Sierra Club*.

[92] The fact that some of the affected individuals may be minors is also insufficient to cross the seriousness threshold. While the law recognizes that minors are especially vulnerable to intrusions of privacy (see *Bragg*, at para. 17), the mere fact that information concerns minors does not displace the generally applicable analysis (see, e.g., *Bragg*, at para. 11). Even taking into account the increased vulnerability of minors who may be affected individuals in the probate files, there is no evidence that

biographiques de ces personnes d'une manière qui minerait leur contrôle sur l'expression de leur identité. Leur vie privée serait certes perturbée, mais il n'a pas été démontré que l'intérêt pertinent en matière de vie privée se rapportant à la dignité des personnes touchées serait sérieusement menacé. Tout au plus, les renseignements contenus dans ces dossiers pourraient-ils révéler quelque chose sur la relation entre les défunts et les personnes touchées, en ce qu'ils pourraient dévoiler à qui les défunts ont confié l'administration de leur succession respective, et qui ils voulaient voir ou étaient présumés vouloir voir devenir héritiers de leurs biens à leur décès. Ils pourraient également révéler certaines données personnelles de base, par exemple des adresses. On peut à juste titre présumer qu'il se peut fort bien que certains des bénéficiaires portent un nom de famille autre que Sherman. Je suis conscient que les décès font l'objet d'une enquête pour homicides par le service de police de Toronto. Cependant, même dans ce contexte, aucun de ces renseignements ne donne des indications importantes sur qui ils sont en tant que personnes, et aucun d'eux n'entraînerait non plus un changement fondamental dans leur capacité à contrôler la façon dont ils sont perçus par les autres. Le fait pour des personnes d'être liées par des documents de succession aux victimes d'un meurtre non résolu n'est pas en soi un renseignement très sensible. Il peut être la source de désagréments, mais il n'a pas été démontré qu'il constitue une atteinte à la dignité, en ce qu'il ne touche pas au cœur même des renseignements biographiques de ces personnes. En conséquence, les fiduciaires n'ont pas établi l'existence d'un risque sérieux pour un intérêt public important comme l'exige l'arrêt *Sierra Club*.

[92] Le fait que certaines des personnes touchées puissent être mineures ne suffit pas non plus à franchir le seuil du caractère sérieux. Bien que le droit reconnaisse que les mineurs sont particulièrement vulnérables aux atteintes à la vie privée (voir *Bragg*, par. 17), le simple fait que des renseignements concernent des mineurs n'écarter pas l'analyse généralement applicable (voir, p. ex., *Bragg*, par. 11). Même en tenant compte de la vulnérabilité accrue des mineurs pouvant être des personnes touchées

they would lose control of information about themselves that reveals something close to the core of their identities. Merely associating the beneficiaries or trustees with the Shermans' unexplained deaths is not enough to constitute a serious risk to the identified important public interest in privacy, defined in reference to dignity.

[93] Further, while the intense media scrutiny on the family following the deaths suggests that the information would likely be widely disseminated, it is not in itself indicative of the sensitivity of the information contained in the probate files.

[94] Showing that the information that would be revealed by court openness is sufficiently sensitive and private such that it goes to the biographical core of the affected individual is a necessary prerequisite to showing a serious risk to the relevant public interest aspect of privacy. The Trustees did not advance any specific reason why the contents of these files are more sensitive than they may seem at first glance. When asserting a privacy risk, it is essential to show not only that information about individuals will escape the control of the person concerned — which will be true in every case — but that this particular information concerns who the individuals are as people in a manner that undermines their dignity. This the Trustees have not done.

[95] Therefore, while some of the material in the court files may well be broadly disseminated, the nature of the information has not been shown to give rise to a serious risk to the important public interest in privacy, as appropriately defined in this context in reference to dignity. For that reason alone, I conclude that the Trustees have failed to show a serious risk to this interest.

dans les dossiers d'homologation, rien dans la preuve n'indique qu'ils perdraient le contrôle des renseignements les concernant qui révèlent quelque chose se rapprochant du cœur de leur identité. Le simple fait d'associer les bénéficiaires ou les fiduciaires à la mort inexpliquée des Sherman ne suffit pas à constituer un risque sérieux pour l'intérêt public important en matière de dignité ayant été constaté, intérêt défini au regard de la dignité.

[93] De plus, bien qu'elle indique que les renseignements seraient probablement largement diffusés, l'intense attention médiatique dont a fait l'objet la famille à la suite des décès n'est pas en soi révélatrice du caractère sensible des renseignements contenus dans les dossiers d'homologation.

[94] Démontrer que les renseignements qui seraient révélés en raison de la publicité des débats judiciaires sont suffisamment sensibles et privés pour toucher au cœur même des renseignements biographiques des personnes touchées est une condition préalable nécessaire pour établir l'existence d'un risque sérieux pour l'aspect pertinent de la vie privée relatif à l'intérêt public. Les fiduciaires n'ont pas fait valoir de raison précise pour laquelle le contenu de ces dossiers serait plus sensible qu'il n'y paraît à première vue. Lorsque l'on affirme qu'il existe un risque pour la vie privée, il est essentiel de démontrer non seulement que les renseignements qui concernent des personnes échapperont au contrôle de celles-ci — ce qui sera vrai dans tous les cas —, mais aussi que ces renseignements concernent ce qu'elles sont en tant que personnes, d'une manière qui mine leur dignité. Or, les fiduciaires n'ont pas fait cette preuve.

[95] Par conséquent, même si certains des éléments contenus dans les dossiers judiciaires peuvent fort bien être largement diffusés, il n'a pas été démontré que la nature des renseignements en cause entraîne un risque sérieux pour l'intérêt public important en matière de vie privée, qui a été défini adéquatement dans le présent contexte au regard de la dignité. Pour cette seule raison, je conclus que les fiduciaires n'ont pas établi l'existence d'un risque sérieux pour cet intérêt.

(2) The Risk to Physical Safety Alleged in this Case is Not Serious

[96] Unlike the privacy interest raised in this case, there was no controversy that there is an important public interest in protecting individuals from physical harm. It is worth underscoring that the application judge correctly treated the protection from physical harm as a distinct important interest from that of the protection of privacy and found that this risk of harm was “foreseeable” and “grave” (paras. 22-24). The issue is whether the Trustees have established a serious risk to this interest for the purpose of the test for discretionary limits on court openness. The application judge observed that it would have been preferable to include objective evidence of the seriousness of the risk from the police service conducting the homicide investigation. He nevertheless concluded there was sufficient proof of risk to the physical safety of the affected individuals to meet the test. The Court of Appeal says that was a misreading of the evidence, and the *Toronto Star* agrees that the application judge’s conclusion as to the existence of a serious risk to safety was mere speculation.

[97] At the outset, I note that direct evidence is not necessarily required to establish a serious risk to an important interest. This Court has held that it is possible to identify objectively discernable harm on the basis of logical inferences (*Bragg*, at paras. 15-16). But this process of inferential reasoning is not a licence to engage in impermissible speculation. An inference must still be grounded in objective circumstantial facts that reasonably allow the finding to be made inferentially. Where the inference cannot reasonably be drawn from the circumstances, it amounts to speculation (*R. v. Chanmany*, 2016 ONCA 576, 352 O.A.C. 121, at para. 45).

[98] As the Trustees correctly argue, it is not just the probability of the feared harm, but also the gravity

(2) Le risque pour la sécurité physique allégué en l’espèce n’est pas sérieux

[96] Contrairement à ce qu’il en est pour l’intérêt en matière de vie privée soulevé en l’espèce, nul n’a contesté l’existence d’un intérêt public important dans la protection des personnes contre un préjudice physique. Il convient de souligner que le juge de première instance a correctement traité la protection contre un préjudice physique comme un intérêt important distinct de l’intérêt à l’égard de la protection de la vie privée, et a conclu que ce risque était [TRA-DUCTION] « prévisible » et « grave » (par. 22-24). La question consiste à savoir si les fiduciaires ont établi que cet intérêt est sérieusement menacé pour l’application du test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires. Le juge de première instance a fait remarquer qu’il aurait été préférable d’inclure des éléments de preuve objectifs du caractère sérieux du risque fournis par le service de police menant l’enquête pour homicides. Il a néanmoins conclu que la preuve de risque pour la sécurité physique des personnes touchées était suffisante pour que le test soit respecté. Selon la Cour d’appel, il s’agit d’une mauvaise interprétation de la preuve, et, de son côté, le *Toronto Star* convient que la conclusion du juge de première instance quant à l’existence d’un risque sérieux pour la sécurité constitue une simple conjecture.

[97] D’entrée de jeu, je souligne qu’une preuve directe n’est pas nécessairement exigée pour démontrer qu’un intérêt important est sérieusement menacé. Notre Cour a statué qu’il est possible d’établir l’existence d’un préjudice objectivement discernable sur la base d’inférences logiques (*Bragg*, par. 15-16). Or, ce raisonnement inférentiel ne permet pas de se livrer à des conjectures inadmissibles. Une inférence doit tout de même être fondée sur des faits circonstanciels objectifs qui permettent raisonnablement de tirer la conclusion par inférence. Lorsque celle-ci ne peut raisonnablement être tirée à partir des circonstances, elle équivaut à une conjecture (*R. c. Chanmany*, 2016 ONCA 576, 352 O.A.C. 121, par. 45).

[98] Comme le soutiennent à juste titre les fiduciaires, ce n’est pas seulement la probabilité du

of the harm itself that is relevant to the assessment of serious risk. Where the feared harm is particularly serious, the probability that this harm materialize need not be shown to be likely, but must still be more than negligible, fanciful or speculative. The question is ultimately whether this record allowed the application judge to objectively discern a serious risk of physical harm.

[99] This conclusion was not open to the application judge on this record. There is no dispute that the feared physical harm is grave. I agree with the *Toronto Star*, however, that the probability of this harm occurring was speculative. The application judge's conclusion as to the seriousness of the risk of physical harm was grounded on what he called "the degree of mystery that persists regarding both the perpetrator and the motives" associated with the deaths of the Shermans and his supposition that this motive might be "transported" to the trustees and beneficiaries (para. 5; see also paras. 19 and 23). The further step in reasoning that the unsealed estate files would lead to the perpetrator's next crime, to be visited upon someone mentioned in the files, is based on speculation, not the available affidavit evidence, and cannot be said to be a proper inference or some kind of objectively discerned harm or risk thereof. If that were the case, the estate files of every victim of an unsolved murder would pass the initial threshold of the test for a sealing order.

[100] Further, I recall that what is at issue here is not whether the affected individuals face a safety risk in general, but rather whether they face such a risk as a result of the openness of these court files. In light of the contents of these files, the Trustees had to point to some further reason why the risk posed

préjudice appréhendé qui est pertinente lorsqu'il s'agit d'évaluer si un risque est sérieux, mais également la gravité du préjudice lui-même. Lorsque le préjudice appréhendé est particulièrement sérieux, il n'est pas nécessaire de démontrer que la probabilité que ce préjudice se matérialise est vraisemblable, mais elle doit tout de même être plus que négligeable, fantaisiste ou conjecturale. La question consiste finalement à savoir si le présent dossier permettait au juge de première instance de discerner de manière objective l'existence d'un risque sérieux de préjudice physique.

[99] Il n'était pas loisible au juge de première instance de tirer cette conclusion au vu du dossier. Nul ne conteste que le préjudice physique appréhendé est grave. Je conviens cependant avec le *Toronto Star* que la probabilité que ce préjudice se produise était conjecturale. La conclusion du juge de première instance quant au caractère sérieux du risque de préjudice physique était fondée sur ce qu'il a appelé [TRADUCTION] « le degré de mystère qui persiste en ce qui concerne à la fois le coupable et le mobile » en lien avec la mort des Shermans et sur sa supposition que ce mobile pourrait être « transposé » aux fiduciaires et aux bénéficiaires (par. 5; voir aussi par. 19 et 23). L'étape suivante du raisonnement, selon laquelle le fait de lever les scellés sur les dossiers de succession amènerait les coupables à commettre leur prochain crime contre une personne mentionnée dans les dossiers, repose sur des conjectures, et non sur les éléments de preuve par affidavit présentés, et ne peut être considérée comme une inférence appropriée ou un quelconque préjudice ou risque de préjudice objectivement discerné. Si tel était le cas, le dossier de succession de chaque victime d'un meurtre non résolu franchirait le seuil initial du test applicable pour déterminer si une ordonnance de mise sous scellés peut être rendue.

[100] En outre, je rappelle que la question à trancher en l'espèce n'est pas de savoir si les personnes touchées sont exposées à un risque pour leur sécurité en général, mais plutôt si la publicité des présents dossiers judiciaires les expose à un tel risque. À la lumière du contenu des dossiers en l'espèce, les

by this information becoming publicly available was more than negligible.

[101] The speculative character of the chain of reasoning leading to the conclusion that a serious risk of physical harm exists in this case is underlined by differences between these facts and those cases relied on by the Trustees. In *X. v. Y.*, 2011 BCSC 943, 21 B.C.L.R. (5th) 410, the risk of physical harm was inferred on the basis that the plaintiff was a police officer who had investigated “cases involving gang violence and dangerous firearms” and wrote sentencing reports for such offenders which identified him by full name (para. 6). In *R. v. Esseghaier*, 2017 ONCA 970, 356 C.C.C. (3d) 455, Watt J.A. considered it “self-evident” that the disclosure of identifiers of an undercover operative working in counter-terrorism would compromise the safety of the operative (para. 41). In both cases, the danger flowed from facts establishing that the applicants were in antagonistic relationships with alleged criminal or terrorist organizations. But in this case, the Trustees asked the application judge to infer not only the fact that harm would befall the affected individuals, but also that a person or persons exist who wish to harm them. To infer all this on the basis of the Shermans’ deaths and the association of the affected individuals with the deceased is not reasonably possible on this record. It is not a reasonable inference but, as the Court of Appeal noted, a conclusion resting on speculation.

[102] Were the mere assertion of grave physical harm sufficient to show a serious risk to an important interest, there would be no meaningful threshold in the analysis. Instead, the test requires the serious risk asserted to be well grounded in the record or the circumstances of the particular case (*Sierra Club*,

fiduciaires devaient avancer une autre raison pour laquelle le risque que posait le fait que ces renseignements deviennent accessibles au public était plus que négligeable.

[101] Le caractère conjectural du raisonnement menant à la conclusion selon laquelle il existe un risque sérieux de préjudice physique en l’espèce ressort des différences entre les faits en cause et ceux des affaires invoquées par les fiduciaires. Dans *X. c. Y.*, 2011 BCSC 943, 21 B.C.L.R. (5th) 410, le tribunal a inféré le risque de préjudice physique au motif que le demandeur était un policier qui avait enquêté sur des [TRADUCTION] « affaires portant sur la violence des gangs et des armes à feu dangereuses » et qui avait rédigé des rapports de détermination de la peine pour ces contrevenants, rapports dans lesquels il était identifié par son nom au complet (par. 6). Dans *R. c. Esseghaier*, 2017 ONCA 970, 356 C.C.C. (3d) 455, le juge Watt a considéré qu’il était [TRADUCTION] « évident » que la divulgation d’éléments permettant d’identifier un agent d’infiltration travaillant dans le domaine du contre-terrorisme compromettrait la sécurité de l’agent (par. 41). Dans les deux cas, le danger découlait de faits établissant que les demandeurs entretenaient des relations antagonistes avec de prétendues organisations criminelles ou terroristes. Cependant, dans l’affaire qui nous occupe, les fiduciaires ont demandé au juge de première instance d’inférer non seulement le fait qu’un préjudice serait causé aux personnes touchées, mais également qu’il existe une ou des personnes qui souhaitent leur faire du mal. Il n’est pas raisonnablement possible au vu du dossier en l’espèce d’inférer tout cela en se fondant sur le décès des Sherman et sur les liens unissant les personnes touchées aux défunts. Il ne s’agit pas d’une inférence raisonnable, mais, comme l’a souligné la Cour d’appel, d’une conclusion reposant sur des conjectures.

[102] Si le simple fait d’invoquer un préjudice physique grave suffisait à démontrer un risque sérieux pour un intérêt important, il n’y aurait pas de seuil valable dans l’analyse. Le test exige plutôt que le risque sérieux invoqué soit bien appuyé par le dossier ou les circonstances de l’espèce (*Sierra*

at para. 54; *Bragg*, at para. 15). This contributes to maintaining the strong presumption of openness.

[103] Again, in other cases, circumstantial facts may allow a court to infer the existence of a serious risk of physical harm. Applicants do not necessarily need to retain experts who will attest to the physical or psychological risk related to the disclosure. But on this record, the bare assertion that such a risk exists fails to meet the threshold necessary to establish a serious risk of physical harm. The application judge's conclusion to the contrary was an error warranting the intervention of the Court of Appeal.

E. *There Would Be Additional Barriers to a Sealing Order on the Basis of the Alleged Risk to Privacy*

[104] While not necessary to dispose of the appeal, it bears mention that the Trustees would have faced additional barriers in seeking the sealing orders on the basis of the privacy interest they advanced. I recall that to meet the test for discretionary limits on court openness, a person must show, in addition to a serious risk to an important interest, that the particular order sought is necessary to address the risk and that the benefits of the order outweigh its negative effects as a matter of proportionality (*Sierra Club*, at para. 53).

[105] Even if the Trustees had succeeded in showing a serious risk to the privacy interest they assert, a publication ban — less constraining on openness than the sealing orders — would have likely been sufficient as a reasonable alternative to prevent this risk. The condition that the order be necessary requires the court to consider whether there are alternatives to the order sought and to restrict the order as much as reasonably possible to prevent the serious risk (*Sierra Club*, at para. 57). An order imposing a publication ban could restrict the dissemination

Club, par. 54; *Bragg*, par. 15), ce qui contribue au maintien de la forte présomption de publicité des débats judiciaires.

[103] Encore une fois, dans d'autres affaires, des faits circonstanciels pourraient permettre à un tribunal d'inférer l'existence d'un risque sérieux de préjudice physique. Les demandeurs n'ont pas nécessairement à retenir les services d'experts qui attesteront l'existence du risque physique ou psychologique lié à la divulgation. Cependant, sur la foi du présent dossier, le simple fait d'affirmer qu'un tel risque existe ne permet pas de franchir le seuil requis pour établir l'existence d'un risque sérieux de préjudice physique. La conclusion contraire tirée par le juge de première instance était une erreur justifiant l'intervention de la Cour d'appel.

E. *Il y aurait des obstacles additionnels à l'octroi d'une ordonnance de mise sous scellés fondée sur le risque d'atteinte à la vie privée allégué*

[104] Bien que cela ne soit pas nécessaire pour trancher le pourvoi, il convient de mentionner que les fiduciaires auraient eu à faire face à des obstacles additionnels en cherchant à obtenir les ordonnances de mise sous scellés sur la base de l'intérêt en matière de vie privée qu'ils ont fait valoir. Je rappelle que, pour satisfaire au test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires, une personne doit démontrer, outre un risque sérieux pour un intérêt important, que l'ordonnance particulière demandée est nécessaire pour écarter le risque et que, du point de vue de la proportionnalité, les avantages de l'ordonnance l'emportent sur ses effets négatifs (*Sierra Club*, par. 53).

[105] Même si les fiduciaires avaient réussi à démontrer l'existence d'un risque sérieux pour l'intérêt en matière de vie privée qu'ils invoquent, une interdiction de publication — moins contraignante à l'égard de la publicité des débats que les ordonnances de mise sous scellés — aurait probablement été suffisante en tant qu'autre option raisonnable pour écarter ce risque. La condition selon laquelle l'ordonnance doit être nécessaire oblige le tribunal à examiner s'il existe des mesures autres que l'ordonnance demandée et à restreindre l'ordonnance autant

of personal information to only those persons consulting the court record for themselves and prohibit those individuals from spreading the information any further. As I have noted, the likelihood and extent of dissemination may be relevant factors in determining the seriousness of a risk to privacy in this context. While the Toronto Star would be able to consult the files subject to a publication ban, for example, which may assist it in its investigations, it would not be able to publish and thereby broadly disseminate the contents of the files. A publication ban would seem to protect against this latter harm, which has been the focus of the Trustees' argument, while allowing some access to the file, which is not possible under the sealing orders. Therefore, even if a serious risk to the privacy interest had been made out, it would likely not have justified a sealing order, because a less onerous order would have likely been sufficient to mitigate this risk effectively. I hasten to add, however, that a publication ban is not available here since, as noted, the seriousness of the risk to the privacy interest at play has not been made out.

[106] Further, the Trustees would have had to show that the benefits of any order necessary to protect from a serious risk to the important public interest outweighed the harmful effects of the order, including the negative impact on the open court principle (*Sierra Club*, at para. 53). In balancing the privacy interests against the open court principle, it is important to consider whether the information the order seeks to protect is peripheral or central to the judicial process (paras. 78 and 86; *Bragg*, at paras. 28-29). There will doubtless be cases where the information that poses a serious risk to privacy, bearing as it does on individual dignity, will be central to the case. But the interest in important and legally relevant information being aired in open court may well overcome any concern for the privacy interests in that same

qu'il est raisonnablement possible de le faire pour écarter le risque sérieux (*Sierra Club*, par. 57). Une ordonnance imposant une interdiction de publication pourrait restreindre la diffusion de renseignements personnels aux seules personnes qui consultent le dossier judiciaire pour elles-mêmes et interdire à celles-ci de diffuser davantage les renseignements. Comme je l'ai mentionné, la probabilité et l'étendue de la diffusion peuvent être des facteurs pertinents lorsqu'il s'agit de déterminer le caractère sérieux d'un risque pour la vie privée dans ce contexte. Alors que le Toronto Star serait en mesure de consulter les dossiers faisant l'objet d'une interdiction de publication, par exemple, ce qui pourrait l'aider dans ses enquêtes, il ne pourrait publier, et ainsi diffuser largement, le contenu des dossiers. Une interdiction de publication semble offrir une protection contre ce dernier préjudice, qui a été au centre de l'argumentation des fiduciaires, tout en permettant un certain accès au dossier, ce qui n'est pas possible aux termes des ordonnances de mise sous scellés. En conséquence, même si un risque sérieux pour l'intérêt en matière de vie privée avait été établi, ce risque n'aurait probablement pas justifié une ordonnance de mise sous scellés, car une ordonnance moins sévère aurait probablement suffi à atténuer ce risque de manière efficace. Je m'empresse cependant d'ajouter qu'une interdiction de publication ne peut être prononcée en l'espèce, puisque, comme il a été souligné, le caractère sérieux du risque pour l'intérêt en matière de vie privée en jeu n'a pas été établi.

[106] De plus, les fiduciaires auraient eu à démontrer que les avantages de toute ordonnance nécessaire à la protection contre un risque sérieux pour l'intérêt public important l'emporteraient sur ses effets préjudiciables, y compris l'incidence négative sur le principe de la publicité des débats judiciaires (*Sierra Club*, par. 53). Pour mettre en balance les intérêts en matière de vie privée et le principe de la publicité des débats judiciaires, il importe de se demander si les renseignements que l'ordonnance vise à protéger sont accessoires ou essentiels au processus judiciaire (par. 78 et 86; *Bragg*, par. 28-29). Il y aura sans doute des affaires où les renseignements présentant un risque sérieux pour la vie privée, du fait qu'ils toucheront à la dignité individuelle, seront essentiels au litige. Cependant, l'intérêt à ce

information. This contextual balancing, informed by the importance of the open court principle, presents a final barrier to those seeking a discretionary limit on court openness for the purposes of privacy protection.

VI. Conclusion

[107] The conclusion that the Trustees have failed to establish a serious risk to an important public interest ends the analysis. In such circumstances, the Trustees are not entitled to any discretionary order limiting the open court principle, including the sealing orders they initially obtained. The Court of Appeal rightly concluded that there was no basis for asking for redactions because the Trustees had failed at this stage of the test for discretionary limits on court openness. This is dispositive of the appeal. The decision to set aside the sealing orders rendered by the application judge should be affirmed. Given that I propose to dismiss the appeal on the existing record, I would dismiss the Toronto Star's motion for new evidence as being moot.

[108] For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal. The Toronto Star requests no costs given the important public issues in dispute. As such, there will be no order as to costs.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.

Solicitors for the respondents: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

que des renseignements importants et juridiquement pertinents soient diffusés dans le cadre de débats judiciaires publics pourrait bien prévaloir sur toute préoccupation à l'égard des intérêts en matière de vie privée relativement à ces mêmes renseignements. Cette pondération contextuelle, éclairée par l'importance du principe de la publicité des débats judiciaires, constitue un dernier obstacle sur la route de ceux qui cherchent à faire limiter de façon discrétionnaire la publicité des débats judiciaires aux fins de la protection de la vie privée.

VI. Conclusion

[107] La conclusion selon laquelle les fiduciaires n'ont pas établi l'existence d'un risque sérieux pour un intérêt public important met fin à l'analyse. En de telles circonstances, les fiduciaires n'ont droit à aucune ordonnance discrétionnaire limitant le principe de la publicité des débats judiciaires, y compris les ordonnances de mise sous scellés qu'ils ont initialement obtenues. La Cour d'appel a conclu à juste titre qu'il n'y avait aucune raison de demander un caviardage parce que les fiduciaires n'avaient pas franchi cette étape du test des limites discrétionnaires à la publicité des débats judiciaires. Cette conclusion est déterminante quant à l'issue du pourvoi. La décision d'annuler les ordonnances de mise sous scellés rendues par le juge de première instance devrait être confirmée. Étant donné que je suis d'avis de rejeter le pourvoi eu égard au dossier existant, je rejetterais la requête en production de nouveaux éléments de preuve présentée par le Toronto Star au motif que celle-ci est théorique.

[108] Pour les motifs qui précèdent, je rejetterais le pourvoi. Le Toronto Star ne sollicite aucuns dépens, compte tenu des importantes questions d'intérêt public en litige. Dans les circonstances, aucuns dépens ne seront adjugés.

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelants : Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.

Procureurs des intimés : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: DMG Advocates, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : DMG Advocates, Toronto.

Solicitors for the intervener the Income Security Advocacy Centre: Borden Ladner Gervais, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Centre d'action pour la sécurité du revenu : Borden Ladner Gervais, Toronto.

Solicitors for the interveners Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Postmedia Network Inc., CTV, a Division of Bell Media Inc., Global News, a division of Corus Television Limited Partnership, The Globe and Mail Inc. and Citytv, a division of Rogers Media Inc.: Farris, Vancouver.

Procureurs des intervenants Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Postmedia Network Inc., CTV, une division de Bell Média inc., Global News, a division of Corus Television Limited Partnership, The Globe and Mail Inc. and Citytv, a division of Rogers Media Inc. : Farris, Vancouver.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the interveners the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, the HIV Legal Network and the Mental Health Legal Committee: HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.

Procureurs des intervenants HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, le Réseau juridique VIH and Mental Health Legal Committee : HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.

TAB 5

Court of King's Bench of Alberta

Citation: Long Run Exploration Ltd (Re), 2024 ABKB 710

Date: 20241129
Docket: 2401 09247
Registry: Calgary

In the Matter of the Companies' Creditors Arrangement Act, RSC 1985, c C-36, as amended

**And In the Matter of a Plan of Compromise or Arrangement of Long Run Exploration Ltd
and Calgary Sinoenergy Investment Corp**

Corrected judgment: A corrigendum was issued on December 6, 2024; the corrections have been made to the text and the corrigendum is appended to this judgment.

Corrected judgment: A corrigendum was issued on November 29, 2024; the corrections have been made to the text and the corrigendum is appended to this judgment.

**Reasons for Decision
of the
Honourable Justice Douglas R. Mah**

Table of Contents

A. Background	2
B. Legal Test for Approval of a Sale or Disposition under the CCAA.....	4
C. Legal Test for Approval of an RVO	5
D. Releases.....	6
E. H Corp Objection	7
F. Analytic Framework for H Corp Claim	10
G. Standard to be met in terms of the strength of the fraud or misrepresentation case	11
H. Has the standard been met in this case?	14
I. Is this an appropriate case for the remedy of constructive trust?	17
J. The Role of the Equities	20
K. Neufeld Objection	23
L. Restricted Access Order	26
M. Summary of Rulings	27

A. Background

- [1] The applicant is the Court-Appointed Monitor of Long Run Exploration Ltd and Calgary Sinoenergy Investment Corp acting under the **CCAA**.¹ The Monitor seeks transaction approval and a Reverse Vesting Order (RVO) in order to give effect to a stalking horse bid in the form of a Subscription Agreement for the shares of Long Run.
- [2] The stalking horse bid is advanced by Hiking Group Shandong Jinyue Int't Trading Corp as part of a Court-approved sale and investment solicitation process (SISP). It was the only qualified offer that emerged from the SISP. Hiking also provided debtor-in-possession or DIP financing in the **CCAA** proceeding to the extent of \$7 million under previous Court Order.
- [3] The stalking horse Subscription Agreement was subsequently slightly amended for tax planning purposes. Subsequent mention of the Subscription Agreement in these Reasons refers to the amended Subscription Agreement (identified as the A & R Subscription Agreement in the application materials).

¹ *Companies' Creditors Arrangement Act*, RSC, 1985, c C-36 as am.

[4] Reduced to its basics for the purposes of this decision, the Subscription Agreement contemplates:

- Cancellation of the existing common shares of Long Run and issuance of new shares to Hiking's nominee (a new wholly owned subsidiary created for that purpose), which shares would be free and clear of any existing liabilities of Long Run other than those expressly retained.
- Long Run would continue as a going concern with its retained assets, retained liabilities and retained contracts.
- The retained liabilities include the indebtedness owing by Long Run to senior secured creditors, as represented by China Construction Bank Toronto Branch (CCBT) as collateral agent, in the approximate amount of \$350 million, as well as environmental liabilities of about \$453 million.
- Apart from assumption of the senior secured debt, the cash component of the purchase price consists of an approximate \$17.5 million to deal with priority payables, another much smaller amount (\$100,000) to fund the Trustee's expenses for the Creditor Trust to be created and set-off of the \$7 million DIP financing already advanced.
- Assets, liabilities and contracts not retained would be transferred to a Creditor Trust to be administered by the Monitor, and all of Long Run's liabilities except those expressly retained would be discharged so far as Long Run is concerned.
- Court approval of the Subscription Agreement and granting of an RVO are necessary to create the Creditor Trust. Creditors whose claims are transferred to the Creditor Trust would have further recourse only to the Creditor Trust, which is expected to be negligible. It is not anticipated that unsecured creditors would receive any payment.

[5] The transaction, if approved, enables Long Run to continue operations with a new owner "cleansed" of unwanted liabilities while retaining desired assets, contracts and liabilities.

[6] The Monitor submits that approval of the Stalking Horse Subscription Agreement with the RVO represents the best outcome for the financial stakeholders here.

[7] Two creditors of Long Run object to approval of the Stalking Horse Subscription Agreement and granting of the RVO as presented by the Monitor, on the basis of unfairness. The first objector is Henenghaixin Corp (H Corp) who has been engaged in litigation with Long Run, Calgary Sinoenergy and other defendants since February 2020. H Corp as plaintiff alleges fraud and misrepresentation against them in the action and in this proceeding claims a proprietary constructive trust to the extent of \$44 million against the assets of Long Run.

[8] As it presently stands, H Corp's claim is a transferred liability whose claim against Long Run would be in effect extinguished upon closing of the transaction. H Corp asserts that the transaction must be amended so that its proprietary constructive trust claim is preserved and adjudicated upon.

[9] The second is Mr. Neufeld, a landowner and lessor under a surface lease agreement with Long Run who at one time was owed rent. Mr. Neufeld is not currently owed any rent and all outstanding surface lease rentals will carry over as retained liabilities. He did, however, constitute himself as representative plaintiff in a lawsuit for damages commenced in June

2022 proposing a class action on behalf of all Long Run's Alberta surface lease lessors. No application to certify a class action has ever been brought. Mr. Neufeld contends that any outstanding rentals owed to landowners should be paid up front and the lawsuit claim should be categorized by the Court as a retained liability for the purposes of the transaction.

- [10] Mr. Neufeld also complains about a settlement letter sent last month by the Monitor to landowners offering to resolve outstanding surface lease claims on the basis of fifty cents on the dollar. Some 41 landowners accepted the offer. He asks the Court to rescind the letter.

B. Legal Test for Approval of a Sale or Disposition under the CCAA

- [11] In approving (or not) the disposition of assets outside the ordinary course under the CCAA, the Courts in Alberta and elsewhere have applied an amalgam of the factors set out in section 36(3) and those developed in *Royal Bank v Soundair Corp*, 1991 CanLII 2727 (ONCA) applicable to a sale within a receivership: *Sanjel Corporation (Re)*, 2016 ABQB 257 at paras 54-55 & *Acerus Pharmaceuticals Corporation (Re)*, 2023 ONSC 3314 at paras 10 & 11:

- [12] In the result, the consolidated factors consist of:

- The reasonableness, efficacy and integrity of the sales solicitation process;
- Whether the Monitor approved that process, and filed with the Court its opinion as to the benefit to creditors of the proposed transaction versus the alternative;
- Whether there was unfairness in the implementation of the solicitation process;
- The extent to which creditors were consulted;
- The effects of the transaction on creditors and the interests of other financial stakeholders;
- The fairness and adequacy of the proposed consideration.

- [13] The Monitor also submits that the Court should not lightly interfere with the commercial and business judgment of the debtor company and the Monitor where the solicitation process has been fair, reasonable and transparent, and should give deference to the Monitor's recommendation: *Sanjel* at para 57. This is particularly so where the Monitor conducted itself in accordance with the SISP Order, a Court-supervised process: *Acerus* at para 25.

- [14] With references to its 5th Report, the Monitor says:

- The SISP process leading to the proposed transaction was prescribed by Court Order (2nd Amended & Restated Initial Order of July 30, 2024) and therefore reasonable and fair;
- The SISP was executed according to its terms and therefore the process had efficacy and integrity (5th Report, paras 24-33);
- The Monitor made sufficient efforts to obtain the best price and has not acted improvidently (5th Report, paras 24-33);
- The Monitor expresses its opinion that the transaction is more beneficial to creditors than a sale or disposition under a bankruptcy (5th Report, paras 41-42 & 47);

- Creditors (and specifically CCBT as collateral agent for the senior secured creditors) were consulted and the impact of the transaction on other stakeholders was considered (5th Report, pars 40-41 & 48-49);
- The consideration is reasonable and fair (5th Report, paras 29, 35-36, 41-42 & 50-51);
- The SISP process was fair, reasonable, transparent and efficient (5th Report, paras 24-33); and
- The Monitor recommends that the transaction and the RVO be approved (5th Report, para 42).

[15] During argument, the Monitor's counsel stressed that Hiking was only prepared to proceed with the transaction as presented to the Court and that in the event it is not accepted, then the only remaining alternative is bankruptcy. In such a scenario, Long Run's assets would basically be turned over to the Orphan Well Association to address environmental liabilities with little to no recovery for any creditor of any type.

[16] The Monitor submits that the appropriate legal criteria for approval of the transaction have all been satisfied on the evidence.

C. Legal Test for Approval of an RVO

[17] The CCAA at sections 11 and 36 combine to give the Court authority to approve a transaction using an RVO. Judicial discretion in this regard must be exercised in furtherance of the CCAA's purposes: *Century Services Inc v Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60 at para 59 and *Harte Gold Corp (Re)*, 2022 ONSC 653 at para 32 and be guided by the baseline considerations of appropriateness, good faith and due diligence: *Harte Gold* at para 31.

[18] The request for an RVO should not be routine and should invite "close scrutiny": *Harte Gold* at para 38. Accordingly, these additional questions are apposite:

- Why is the RVO necessary in this case?
- Does the RVO structure produce an economic result that is at least as favourable as any other viable alternative?
- Is any stakeholder worse off under the RVO structure than they would have been under another viable alternative? and
- Does the consideration being paid reflect the value of the intangible assets being preserved under the RVO?

[19] To address the questions, the Monitor asserts:

- In terms of necessity of an RVO, Long Run operates in a highly regulated environment where existing permits, licenses or other rights including as party to certain key agreements are difficult or impossible to assign to a purchaser. The transaction is only viable when combined with an RVO and certain attributes otherwise lost in a traditional vesting order transaction are preserved. The attributes are recognized by the Courts as a basis for granting an RVO: *Acerus* at para s 16, 21 & 35 and *Just Energy Group Inc et al v Morgan Stanley Capital Group Inc et al*, 2022 ONSC 6354 at para 34.

- The transaction with RVO provides more benefits to Long Run's stakeholders than realization under a bankruptcy. Long Run continues as a going concern in oil and gas under a new owner who assumes substantial liabilities including all of those of an environmental nature. The transaction and RVO advance the remedial objectives of the **CCAA** of rehabilitating an insolvent business and avoiding the social and economic cost of large business failure: *Acerus* at para 43; *Rambler Metals and Mining Limited, Re CCAA*, 2023 NLSC 134 at para 67; and *CannaPiece Group Inc v Marzilli*, 2023 ONSC 3291 at para 19.
- No stakeholder is worse off due to the RVO. While RVO transactions often result in unsecured claims being transferred to a residual trust, resulting in zero recovery for those creditors, that is function of the insolvent state of the debtor, not the RVO process: *Acerus* at para 32; *Just Energy* at para 57; *Arrangement relatif à Blackrock Metals Inc*, 2022 QCCS 2828 at para 109.
- With regard to the adequacy of consideration, Hiking's stalking horse bid out of the multiple LOIs submitted was the only qualified bid, represents the best price for the debtor's assets and was the only proposal that enables Long Run to continue as a going concern.

[20] The Monitor submits that the *Harte Gold* test sets out the recognized legal criteria in Canada for approving an RVO and that the test is met in this case.

D. Releases

[21] As part of the transaction and RVO approval, the Monitor also seeks Court-ordered releases in respect of the Monitor, Hiking, the purchasers, Long Run and Calgary Sinoenergy and their respective current and former directors, officers, employees, contractors, agents, representatives and financial and legal advisers for any and all claims related to the transaction, Long Run and its insolvency (except the retained liabilities) and the **CCAA** proceedings.

[22] There is specific authority for release of the debtor's directors at section 5.1 of the **CCAA**. But for others, the Monitor says the plenary authority residing in section 11 allows such releases. The Monitor cites *Tacora Resources Inc (Re)*, 2024 ONSC 4436 at paras 17-25 and *Lydian International Limited (Re)*, 2020 ONSC 4006 at para 54 for the applicable legal criteria:

- whether the parties being released were necessary and essential to the restructuring of the debtor;
- whether the claims to be released are rationally connected to the purpose of the restructuring and necessary for it;
- whether the restructuring could succeed without the releases;
- whether the parties being released contributed to the restructuring; and
- whether the releases benefit the debtors as well as the creditors generally.

[23] The Court in *Tacora* says at para 17 that releases should be carefully scrutinized. The Monitor submits that the releases should be granted because the legal test set out above is satisfied, as follows:

- The proposed releasees were instrumental in all steps of the *CCAA* proceedings, including negotiating the DIP financing, operating Long Run as a going concern, preparing and conducting the SISP and will be involved in implementing the transaction and post-closing obligations.
- The proposed releases are rationally connected to and necessary for the transaction because they will reduce indemnification claims against the administration charge and directors' charge (refer to *Harte Gold* at para 82 and *Tacora* at para 25), provide certainty and finality to the transaction and the closing of the transaction is conditional upon the granting of the releases (*Harte Gold*, para 84).
- Regulatory and environmental liabilities are retained.

[24] After scrutinizing the rationale behind the releases, I am satisfied there is a critical connection between the releases and the generation, advancement and ultimately the culmination of the transaction.

[25] Before making a ruling on whether I approve the transaction with RVO (including the releases) as presented, I must deal with the objections of H Corp and Mr. Neufeld.

E. H Corp Objection

[26] H Corp's claim is designated as a transferred liability in the proposed transaction/RVO.

[27] The background to the H Corp lawsuit against Long Run, Calgary Sinoenergy and others is fully recounted in *Henenghaixin Corp v Deng*, 2021 ABQB 168 and *Henenghaixin Corp v Deng*, 2022 ABCA 271. In essence, it alleges that some individuals, while acting as directors and officers of the *CCAA* debtors, improperly induced the transfer of some \$44 million of H Corp's funds to either Long Run or Calgary Sinoenergy by fraud or misrepresentation, including presentation of false financial statements, bank records and a false shareholder declaration. Long Run reportedly received \$150,000 of these funds directly and a further \$11.5 million through Calgary Sinoenergy. I will briefly summarize the history here.

[28] The investment agreements among the general partners of the Chinese entities that funded H Corp show that the purpose of the investment was to acquire the assets of Twin Butte Energy Ltd in a receivership sale through H Corp's wholly owned subsidiary, West Lake Energy Corporation. West Lake did acquire those assets in March 2017.

[29] At the material time, Mr. Deng was one of four members of the H Corp board of directors and also a director of West Lake, Calgary Sinoenergy and Long Run. Ms. Deng, his daughter, was a director of West Lake and Long Run. Mr. Lam was a business associate of the Dengs.

[30] In early 2018, two of the Chinese investor parties became concerned that Mr. Deng would not be able to fund the acquisition of their equity interests and sent Mr. Zhang and two others to investigate West Lake's operations. At an October 2018 meeting in Calgary, with

Ms. Deng and Mr. Lam, the representatives were shown West Lake financial statements and bank statements that overstated West Lake's position.

- [31] PricewaterhouseCoopers (PwC) prepared a forensic report indicating that H Corp received \$354 million from the investment funds, of which \$276 million was used for the Twin Butte purchase and related operational costs, and that \$77 million in net payments not related to the Twin Butte assets were made to various other entities including Calgary Sinoenergy and Long Run.
- [32] Mr. Lam is said to be individual who caused the impugned transfers. He later produced a shareholders' declaration from H Corp and an investment agreement between Calgary Sinoenergy and a lender that purported to clothe him with proper authority. Both documents are alleged by H Corp to be falsified.
- [33] H Corp began its action in February 2020 and obtained a without notice Mareva Injunction/Attachment Order from this Court in April 2020 against the individuals, Long Run and Calgary Sinoenergy. The Order was vacated in March 2021 in respect of Long Run and Calgary Sinoenergy because the putative rogue individuals were no longer involved as directors and officers (at paras 94, & 96-97). The Court of Appeal then allowed the appeal in August 2022 in respect of the individuals on the basis that the evidentiary record consisted primarily of hearsay (at para 45).
- [34] At one point, H Corp asked the Court to direct a trial of an issue with respect to the falsification of records but was not successful. The litigation continued until it was stayed as a result of the Initial Order on July 4, 2024.
- [35] H Corp asserts in the CCAA proceedings that it has a *prima facie* case for unjust enrichment that results in a proprietary trust claim against the assets of Long Run and Calgary Sinoenergy. Relying on the classic formulation of unjust enrichment, H Corp says that Long Run was enriched by the wrongfully transferred funds, H Corp has been thereby deprived and there is no juristic reason to deny recovery: *Becker v Pettkus*, [1980] 2 SCR 834 at pg 848 and *Kerr v Baranow*, 2011 SCC 10 at para 36.
- [36] While H Corp does not oppose either the transaction or the RVO in principle, it submits that relegating H Corp's claims to the realm of transferred liabilities extinguishes its claim, which, being a constructive trust claim, is of a higher order. Justice cannot be done, says H Corp, unless its constructive trust claim is adjudicated on the merits. And since that cannot be completed in advance of the transaction closing, the claim must be preserved. That would be achieved, in H Corp's estimation, by the Court amending the transaction to designate the H Corp claim as a retained liability and securing that claim in one of two ways:
- Increasing the cash consideration payable by the Purchaser by \$44 million, to be held in trust pending adjudication; or
 - Alternatively, if H Corp is ultimately successful, the secured lender (as represented by CCBT), either advances the value of H Corp's claim or reduces its secured claim by the same amount, in either event with payment to H Corp of its claim as adjudicated.
- [37] H Corp's theory is that if constructive trust is proven then the assets comprising the trust were never Long Run's property, never secured to CCBT's principals and cannot be sold unless the trust claim is paid, i.e. the *nemo dat* rule.

- [38] Since the trust assets are unidentifiable at this point, H Corp proposes a “tracing exercise” to determine if and how H Corp’s money turned into assets of Long Run. H Corp says the broad discretion under section 11 allows the Court to alter the transaction as requested by H Corp.
- [39] Initially, H Corp had two further objections regarding aspects of the Subscription Agreement/RVO that it felt were detrimental and unfair to H Corp. The first was that the Subscription Agreement preserves as a retained asset the Third Party Claim against H Corp which, says H Corp, severs mutuality of debts and prejudices its rights of set-off. The Monitor and Hiking have voluntarily amended the Subscription Agreement so as not to impair any set-off rights that H Corp would otherwise have.
- [40] The second further objection relates to the scope of the proposed Releases which, in H Corp’s submission, encompasses the three individual defendants in the H Corp action. H Corp submits that this purported release of liability in favour of the three individuals is contrary to section 5.1(2) of the **CCAA** (which excepts from a compromise or arrangement any claim against directors based on allegations of misrepresentation or wrongful or oppressive conduct by the directors) and further that **Lydian** factors do not apply to these individuals.
- [41] The Monitor disagrees that the Releases can bear this broad an interpretation but in any event, and for greater certainty, has amended the Releases to specifically exclude the three individuals.
- [42] As to H Corp’s main objection, the Monitor responds:
- H Corp’s claim cannot succeed as a constructive trust claim. First, there are no identifiable trust assets which are a legal requirement for a constructive trust: **Peter v Beblow**, [1993] 1 SCR 980, 1993 CarswellBC 1258 at para 24. The simple “knowing receipt” of funds is not sufficient to establish a constructive trust if specific property cannot be identified which is the subject of the enrichment. The failure to identify specific property effectively turns the claim into a request for a floating charge, which the Monitor says the Courts have consistently rejected.
 - Moreover, there is a high threshold for recognition of constructive trust claims in the insolvency context that is not met here. The Monitor submits that the claimant must exhibit compelling or extraordinary grounds: **Credifinance Securities Limited v DLSC Capital Corp**, 2011 ONCA 160 at paras 32-33.
 - Second, there is a juristic reason for not recognizing the claim, being its negative impact on other creditors within the **CCAA** proceeding, upsetting the priority scheme established by law and defeating the remedial objectives of the **CCAA**.
 - This latter ground hinges on the fact that the SISP only produced Hiking’s Stalking Horse Bid as a qualified bid and, further, that Hiking is only prepared to enter into the transaction on the terms negotiated with the Monitor and presented to the Court, and not an amended transaction as suggested by H Corp or any other transaction: **Supplement to the Monitor’s Fifth Report**, Appendix H. The alternative then is bankruptcy, or the surrender of Long Run’s assets to the Orphan Well Association: **Supplement to the Monitor’s Fifth Report** at para 56.

- H Corp has incorrectly framed the issue as a “priority dispute” between H Corp and CCBT. The Monitor asserts that unless H Corp can prove its claim takes precedence over the DIP fund (which it has not attempted to do), there is no basis to require Hiking (the stalking horse bidder) to retain it, even if H Corp’s claim holds the same or higher priority than the CCBT debt.
- Accordingly, the feature that distinguishes the present case from the authorities cited by H Corp (where contingent property claims were either adjudicated on a summary basis² or preserved by funds in trust pending adjudication³), is that Hiking has made a credit bid by way of its DIP Fund (not at the secured creditor level as in H Corp’s authorities) and has chosen to retain some liabilities and shed others.
- Regardless, strictly on a timing basis, CCBT has priority over any subsequent claims by H Corp against the Debtors. CCBT perfected its security on January 26, 2017, before the first impugned transfer of funds by H Corp to the Debtors on April 13, 2017.
- There is no viable alternative to the Subscription Agreement with RVO advanced by Hiking. Hiking has staked its ground by saying that it will not proceed with the transaction if H Corp’s claim becomes a retained liability. The only other scenario is bankruptcy and the resulting loss for all stakeholders: *Invico* at para 26.

[43] CCBT by its counsel supported the Monitor’s approval application by arguing:

- CCBT’s security is first in time. Recognizing H Corp’s constructive trust claim would in effect confer upon H Corp a super-priority for its unproven claim, notwithstanding that CCBT fulfilled all statutory obligations to register and perfect its security.
- H Corp has nothing more than an unsecured claim. That there is no statutory distribution scheme within the *CCAA* does not entitle unsecured creditors to obtain enhanced security over secured creditors for pre-filing obligations. It is essential in Court-supervised proceedings to give due consideration to the priority rights of secured creditors: *Windsor Machine & Stamping Limited (Re)*, 2009 CanLII 39771 (ONSC) at para 43.
- H Corp has failed in four years of litigation to present any substantial evidence to support its claim.

[44] The Monitor’s application was supported by TC Energy and Nova Gas Transmission Ltd and Canadian Natural Resources Limited, whose contracts with Long Run are on the retained list, by the Orphan Well Association who would take on abandonment and reclamation obligations in the event of Long Run’s cessation of operations, by the municipalities of Birch Hills County, Big Lakes County and Lac Ste Anne County whose unpaid tax levies are proposed to be retained, and by Long Run and Calgary Sinoenergy themselves.

F. Analytic Framework for H Corp Claim

[45] H Corp took issue with the notion of the Monitor and the Purchaser “picking winners and losers” in terms of which liabilities are retained and which are transferred. However, the Monitor submits that Alberta law recognizes that a purchaser may choose which liabilities to

² *Invico Diversified Income Limited Partnership v NewGrange Energy Inc*, 2024 ABKB 214 at para 19.

³ *Bison Properties Ltd (Re)*, 2016 BCSC 793 and *American Iron v 1340923 Ontario*, 2018 ONSC 2810.

keep or disclaim in a credit bid context, as part of the advancement of the **CCAA**'s remedial objectives: *Canadian Overseas Petroleum Limited (Re)*, 2024 ABCA 190 (*COPL* case) at paras 24 & 38.⁴

[46] As stated in *Third Eye Capital Corporation v Ressources Dianor Inc/Dianor Resources Inc*, 2019 ONCA 508 at para 101, many cases (cited therein) in Canada have considered the equities to determine whether a third-party interest should be extinguished. There is no prescribed list of factors and every case is contextual and fact-dependent.

[47] Having regard to the caselaw referred to immediately above, I conclude that a constructive trust claimant, such as H Corp in this case, must meet some kind of threshold on the merits in order for the Court to order that the claim survive the transaction/RVO in the manner suggested by H Corp. There has been an assessment of sorts found in the Monitor's Supplement to the Fifth Report. H Corp on the one hand and the Monitor and CCBT on the other were all content to have me consider the merits for the purposes of this application.

[48] Accordingly, in deciding whether I implement either of H Corp's proposals to amend the Subscription Agreement in order to preserve its constructive claim for later adjudication, I employ this analytic framework:

1. What standard must be met in terms of the strength of the fraud or misrepresentation claim?
2. Has the standard been met in this case?
3. Is this an appropriate case for the remedy of constructive trust?
4. What is the role of the equities?

[49] In effect, I am engaging in a form of summary adjudication that is necessitated by the circumstances of this case.

G. Standard to be met in terms of the strength of the fraud or misrepresentation case

[50] A standard is necessary because the mere assertion of a constructive trust claim should not be enough to derail or frustrate **CCAA** proceedings.

[51] When this question of threshold was posed during the hearing, counsel for the Monitor argued that a standard equal to that required of a Plaintiff in a summary judgment application, i.e. proof on a balance of probabilities, was necessary to control unmeritorious claims that could upset **CCAA** proceedings. The Monitor contends that given the factual ambiguity of the case and that H Corp cannot even point to any identifiable trust property mean that H Corp's claim is no where near that standard.

[52] H Corp says that the standard of *prima facie* case applies, that this standard was met for the purposes of a Mareva Injunction/Attachment Order as found by Romaine J and that this finding has never been assailed.

⁴ Note this is a leave decision. Justice Yamauchi had countenanced the credit bidder's selective assumption approach. Justice de Wit denied leave.

- [53] The cases state that the threshold for establishing constructive trust claims in the bankruptcy context is high: **Credifinance** at para 13; **Hoard (Re)**, 2014 ABQB 42 at para 23. It should be no different in the case of an insolvency where the **CCAA** applies.
- [54] The Monitor relies on Chief Justice Morawetz’s decision in **Laurentian University of Sudbury**, 2022 ONSC 3013 for the proposition that the standard to be met is proof on a balance of probabilities. In that case, a plaintiff sought to have an historical claim for sexual abuse adjudicated outside of the claims process that had been established under the **CCAA**. At issue was the interpretation of s 19(2) of the **CCAA** which exempts certain types of claims from compromises or arrangements under the **CCAA**, including civil judgments resulting from sexual assault claims and, notably, any debt or liability resulting from obtaining property by false pretences or fraudulent misrepresentation.
- [55] The University’s counsel had argued that (at para 29 of **Laurentian University**):
- ... It would mean that any claim of the types mentioned in s. 19(2) – which is a broad category of claims including fraud, misappropriation, and misrepresentation – would not be capable of being determined in the **CCAA** claims process and could proceed in ordinary litigation. This would create chaos and is precisely what the Supreme Court of Canada stated the **CCAA** was designed to prevent when it said that “the single proceeding model avoids the inefficiency and chaos that would attend insolvency if each creditor initiated proceedings to recover its debt” (*Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60 at para 22).
- [56] In assessing the standard of proof to be met, Chief Justice Morawetz in turn relied on the Supreme Court of Canada’s decision in **Montreal (City) v. Deloitte Restructuring Inc.**, 2021 SCC 53 in relation to claims of fraud and misrepresentation. The Supreme Court stated at paras 24 & 25:
- [24] The burden of proof applicable to this scheme can be determined by referring to the case law and academic commentary on s. 178(1)(e) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“BIA”), which is analogous in every respect to s. 19(2)(d) of the **CCAA**. As this Court noted in *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, these two statutes “for[m] part of an integrated body of insolvency law” (para. 78; see also 9354-9186 *Québec inc. v. Callidus Capital Corp.*, 2020 SCC 10, at para. 74).
- [25] To discharge its burden of proving that its claim relates to a debt “resulting from obtaining property or services by false pretences or fraudulent misrepresentation”, a creditor must establish, on a balance of probabilities, the following four elements: (i) the debtor made a representation to the creditor; (ii) the representation was false; (iii) the debtor knew that the representation was false; (iv) the false representation was made to obtain property or a service (*Léger v. Ouellet*, 2011 QCCA 1858, at para. 30 (CanLII); *Dupuis v. Cernato Holdings Inc.*, 2019 QCCA 376, at para. 37 (CanLII); see also L. W. Houlden, G. B. Morawetz and J. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (4th ed. rev. (loose-leaf)), vol. 3, at H§63; *Berger, Re*, 2010 ONSC 4376, 70 C.B.R. (5th) 225, at para. 28; J. P. Sarra, G. B. Morawetz and L. W. Houlden, *The 2020-2021 Annotated Bankruptcy And Insolvency Act* (2020), at pp. 1001 and 1006;

D. Brochu, *Précis de la faillite et de l'insolvabilité* (5th ed. 2016), at pp. 502-3). Once these elements have been proved, the creditor of a claim to which s. 19(2)(d) of the CCAA applies is in a better position than other ordinary creditors, insofar as such a claim, while not conferring secured creditor status, cannot be dealt with by a compromise or arrangement (see Houlden, Morawetz and Sarra, at H§63). This exception to the general scheme established by s. 19(1) of the CCAA must be interpreted narrowly (see, e.g., by analogy, *Lambert v. Macara*, 2004 CanLII 30445 (QC CA), [2004] R.J.Q. 2637 (C.A.), at para. 96; *Canada Mortgage and Housing Corp. v. Gray*, 2014 ONCA 236, 119 O.R. (3d) 710, at para. 24).

(emphasis appears in the *Laurentian University* case.)

- [57] Chief Justice Morawetz considered the above ruling by the Supreme Court of Canada to be determinative and found that since the claimant had only asserted a claim of historical sexual assault (as opposed to having proven it on a balance of probabilities), the claim would not be separately adjudicated. He says at paras 44-46:

[44] The foregoing analysis sets out the proper framework for analyzing the issue before the Court. In my view, it confirms the argument put forth by LU and is a complete answer to the submissions of both BR and US.

[45] Simply put, the exception to the general scheme established by s. 19(1) of the CCAA must be interpreted narrowly and the elements of the exception set out in s. 19(2) must be proved.

[46] It is not sufficient to infer liability (*Montreal* para. 21). The burden of proof to establish a debt or liability and an award of damages for sexual assault is on the claimant (*Montreal*, para. 24, 25 and 28).

- [58] There are no statutory restrictions on the form, structure or content of a plan of compromise or arrangement. The RVO is a relatively new and still novel structure in Canada. As stated earlier, the Court's authority for approving the Subscription Agreement/RVO derives from section 11. Even if the transaction/RVO in this case does not, strictly speaking, form a compromise or arrangement under Part I of the CCAA, a Subscription Agreement with RVO is a recognized and legitimate vehicle for salvaging a business under the CCAA. Accordingly, either section 19(2) itself applies or its underlying logic as set out in *Montreal (City)* applies. This necessarily flows from the notion expressed in *Century Services* and *Callidus* that the BIA⁵ and CCAA comprise a complete code with regard to insolvency law in Canada.

- [59] Here, H Corp is doing the same thing that the applicant was seeking in *Laurentian University*, namely, to have an as-yet unproven claim preserved for later adjudication outside the CCAA regime. I appreciate that H Corp's claim is in a more advanced state. But there is no reason for me to apply a different standard than that established by the Supreme Court of Canada because a Subscription Agreement coupled with a RVO is the structure in this case. Consistent standards must be applied so that the CCAA regime overall has integrity and stability.

⁵ *Bankruptcy and Insolvency Act*, RSC 1985, c B-3 as am.

[60] I therefore conclude that H Corp must meet the standard of proof on a balance of probabilities, based on the record presented to the Court. In this case, the record includes the latest affidavit of Mr. Zhang which, with exhibits, comes in at 1051 pages.

H. Has the standard been met in this case?

[61] It was Mr. Zhang who provided the affidavit evidence for the original Mareva Injunction/Attachment Order application. As described by the Court of Appeal in 2022 ABCA 271 at para 32, he was “an employee of the general partner of one of limited partnerships, several entities removed from H Corp in the ownership chain.” The Court of Appeal determined at para 45 that his evidence was entirely hearsay and therefore an inadequate foundation for establishing the allegations to the required standard. The Mareva Injunction/Attachment Order was thus vacated by the Court of Appeal in respect of the individuals as well.

[62] Mr. Zhang, as of the date of the swearing of the more recent September 13, 2024 affidavit for this application, is the President of H Corp. This more recent affidavit revisits some of the evidence he gave in his previous affidavits in the H Corp action but also recounts in detail events subsequent to the Court of Appeal vacating the Injunction/Attachment Order.

[63] However, Mr. Zhang’s most recent affidavit does attach Mr. Neu’s affidavit from the H Corp action sworn May 21, 2021 as an exhibit. The submission of this affidavit, along with an affidavit from Mr. Middleton, is discussed at para 90 of 2021 ABQB 168 and paras 46 & 47 of 2022 ABCA 271. H Corp suggests in this application that Mr. Neu’s affidavit shores up any evidentiary deficiency found by the Court of Appeal and establishes a strong *prima facie* case of fraud.

[64] Mr. Neu was a director of H Corp and says he was, on paper at least, the President and CEO of H Corp. He worked for different companies “under the Calgary Sinoenergy umbrella” in the field as well as in the office of Long Run and affiliated companies as an engineering consultant. Mr. Neu’s affidavit supports H Corp’s claim in several respects:

- He believes that the companies under the Calgary Sinoenergy umbrella were affiliated and managed and controlled by Mr. Deng.
- He confirms the transfers that total some \$93 million between April 13, 2017 and September 5, 2017 from H Corp to Calgary Sinoenergy. Mr. Lam, one of the Defendants in the H Corp action, was described by Mr. Neu as the CFO of both H Corp and Calgary Sinoenergy. Mr. Lam set up Mr. Neu as a co-signor for H Corp’s bank account with ATB.
- He says that he did not believe Mr. Lam required his approval for any of the transfers. He confirmed the payments with ATB because he believed they were intercompany transfers authorized by Mr. Lam.
- He indicates that, contrary to what is stated in Mr. Lam’s affidavit in the H Corp action, he never gave instructions to Mr. Lam to conduct any transfers nor did Mr. Lam seek his approval to do so.
- He was never aware of the shareholder declaration and loan agreement, empowering Mr. Lam to do banking and transactions as H Corp’s “special representative”.

- Mr. Neu was asked in December 2018 by Mr. Lam to sign backdated indemnity agreements for Mr. Deng, Ms. Deng and Mr. Lam. One of the signatures on one of the agreements looked like a forgery to him. He was also asked by Mr. Lam to sign an authorization letter. He signed none of these. Mr. Lam later claimed that Mr. Neu had written the authorization letter.

[65] Mr. Neu's evidence primarily implicates Mr. Lam and to a lesser extent the two Dengs. It does not expressly implicate Long Run except to the extent it may have been used as an instrument in the same way H Corp was. I accept that Mr. Neu's evidence lends direct support to a case of fraud or misrepresentation but that is in respect of the individuals. While it is true that Mr. Deng and his daughter Ms. Deng were directors of Long Run at the time of the impugned transfers, Mr. Deng was also a director of H Corp. It is live issue as to the capacity in which they were acting, their own or as directors of H Corp, Long Run or some other entity.

[66] The Monitor notes from its review of H Corp's claim that:

- H Corp obtained \$352 million in funds from York City Enterprises Limited to acquire the assets of Twin Butte Energy Ltd in a receivership sale.
- H Corp alleges from approximately January to September 2017, Mr. Deng, while he was a director of H Corp and the Debtors, and assisted by Ms. Deng and Mr. Lam, wrongfully diverted net funds of \$43,765,669 from H Corp to the Debtors. H Corp further claims that the diversion of the funds was not discovered by H Corp until January 2019.
- The forensic report by PwC, an exhibit to Mr. Zhang's recent affidavit, outlines a complicated series of transactions whereby H Corp, York City, the Debtors and other related and unrelated entities advanced and received payments (or benefits) back and forth which net out to the aforesaid \$44 million.
- Of the \$77,006,491 in net advances, H Corp alleges that \$76,956,491 was made to Calgary Sinoenergy and \$150,000 to Long Run. H Corp acknowledges that because the Debtors made payments towards a deposit for the Twin Butte assets and interest payments against a York City loan, the net outflow from H Corp is the amount of the claim.
- The date of the transfers from H Corp is after the date of which CCBT's security was perfected and after the date of funds were advanced under the CCBT credit facilities.
- Calgary Sinoenergy and Long Run filed their Statement of Defence on February 11, 2021. Rather than the funds in question being wrongfully diverted, they say that if the claimed funds were paid, they were governed by contracts in place between Calgary Sinoenergy and Long Run, or with H Corp or York City.
- The Monitor refrains from commenting on whether fraudulent documents were uttered to support the impugned payments but notes in its review of the Calgary Sinoenergy financial statements the amounts received from H Corp are recorded as intercompany loans.
- The classification of the advances from H Corp is clearly a complicated issue that has resulted in protracted litigation since H Corp's claim was filed on February 28, 2020. A further complicating factor is that H Corp and the Debtors had common directors including the individual Defendants who appear to have been controlling finances and intermingling funds as among H Corp and the Debtors.

- PwC's forensic report contains a specific limitation that it cannot verify the completeness of payments made by "unrelated entities" (which include Calgary Sinoenergy and Long Run) on behalf of the two parent partnerships of which H Corp is an indirectly wholly owned subsidiary.

[67] The Monitor's special counsel, appointed to deal with H Corp's claim, argues:

- The H Corp allegations are focused on fraudulent actions attributed to the individual defendants, acting within their roles at H Corp or its affiliates, including West Lake. The financial documents, especially the bank records and statements, said to be falsified relate to West Lake, not Long Run.
- Long Run is a distinct entity from both H Corp and West Lake. It is unreasonable to assume that the individual defendants were acting as agents of Long Run when presenting documents pertaining to West Lake. There is no factual basis on which to suggest that Long Run, on its own account, made any representations to H Corp in connection with the documents.
- Moreover, the motive behind whatever actions the individual defendants took was not to benefit Long Run, but rather for personal gain or some other business reason.
- H Corp has asserted but has not proven to the required standard of proof on a balance of probabilities, that the representations made were false. No Court has made that finding. As the Rule 7.1 application was denied, the factual issue of fraud (or not) remains unresolved.
- H Corp itself says that it was the individuals pretending to have authority that allowed them to effect the unauthorized transfers:

(from H Corp's Statement of Claim at para 7)

Both Ms. Deng and Mr. Lam represented themselves as having authority to direct the affairs of H Corp. and West Lake as delegates of Mr. Deng. They held out Mr. Deng as being the ultimate owner or controller of H Corp. As outlined below, they had no such authority. However, under the pretenses of having such authority, Ms. Deng, Mr. Lam, and Mr. Deng wrongfully removed tens of millions of dollars from H Corp, as detailed below.

and

(from Mr. Zhang's September 13, 2024 affidavit at paras 24-25)

Mr. Neu indicated he was a Calgary Sinoenergy employee who, at the direction of a cousin of Mr. Deng, accepted a role as a director of H Corp and was then appointed President and CEO. Further, at the direction of Mr. Lam, he stated he would confirm, if asked by the bank, transfers from H Corp to West Lake that Mr. Lam initiated via ATB. He assumed H Corp was one of the corporations controlled by Deng and that Mr. Lam had authority to initiate such transfers.

[68] Further to this last point, I note that the presentation of the supposedly false financial statements and bank records to H Corp's representatives occurred in October 2018 and the supposedly false shareholders' declaration and the investment agreements were presented by

Mr. Lam some time after that. The indemnity agreements were presented by Mr. Lam to Mr. Neu in December 2018. The last of the impugned transfers was made in September 2017. Therefore, the false documents did not induce the transfers. Rather, they were more in the nature of cover-up or attempts at after-the-fact justification.

- [69] The facts support the Monitor's contention that it was the misrepresentations of status by the individuals in respect of H Corp, and not Long Run, that induced the transfers. It is not apparent on the record that the Individual Defendants made any supposed representations, either verbal or documentary, about or on behalf of Long Run.
- [70] Even if Mr. Zhang's latest affidavit in this proceeding, which includes Mr. Neu's 2021 affidavit from the H Corp action, has the effect of remedying the evidentiary lacuna identified by the Court of Appeal in 2022 ABCA 271, the evidence of wrongdoing is on the part of the individual defendants. There is a clear, important and unresolved issue regarding on whose behalf the individuals were acting, given the multiplicity of "hats" they were wearing. There are credibility issues to be determined. The Court previously ruled in a Rule 7.1 application brought by H Corp that the determination of liability for fraud required a trial.
- [71] In summary, H Corp has not met the threshold of the balance of probabilities set out in the Supreme Court of Canada's interpretation of section 19(2) in *Montreal (City)*.

I. Is this an appropriate case for the remedy of constructive trust?

- [72] The imposition of a constructive trust is a remedy that the Courts consider only after a valid restitutionary claim has been made out: *Lac Minerals Ltd. v International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 SCR 574 at page 678. This Court also said in *Bellatrix Exploration Ltd (Re)*, 2020 ABQB 809 (Romaine J) at paras 77-78:
- [77] The onus of proving a constructive trust rests with the claimant. It is a discretionary remedy that will not be imposed without taking into account the interest of others who may be affected by granting the remedy: *Re Hoard*, 2014 ABQB 426 at para 26.
- [78] As noted at para 23 of *Hoard*, given that the *BIA* provides a code by which legislators have balanced the interest of those adversely affected by the bankruptcy, the legal rights of creditors should not be defeated unless it would be unconscionable not to recognize a constructive trust. The same reasoning applies to the *CCAA*.
- [73] Further, the Supreme Court of Canada has stated there are two broad categories of cases where constructive trusts may be recognized. In *Soulos v Korkontzilas*, 1997 CanLII 346 (SCC), [1997] 2 SCR 217 at para 43, McLachlin J as she was then writing for the majority, stated:

I conclude that in Canada, under the broad umbrella of good conscience, constructive trusts are recognized both for wrongful acts like fraud and breach of duty of loyalty, as well as to remedy unjust enrichment and corresponding deprivation. While cases often involve both a wrongful act and unjust enrichment, constructive trusts may be imposed on either ground: where there is a wrongful act but no unjust enrichment and corresponding deprivation; or where there is an unconscionable unjust enrichment in the absence of a wrongful act, as

in *Pettkus v Becker*, *supra*. Within these two broad categories, there is room for the law of constructive trust to develop and for greater precision to be attained, as time and experience may dictate.

[74] According to *Soulos* at para 45, there are four prerequisites for a constructive trust based on wrongful conduct:

- The defendant must have been under an equitable obligation, that is, an obligation of the type that courts of equity have enforced, in relation to the activities giving rise to the assets in his hands;
- The assets in the hands of the defendant must be shown to have resulted from deemed or actual agency activities of the defendant in breach of his equitable obligation to the plaintiff;
- The plaintiff must show a legitimate reason for seeking a proprietary remedy, either personal or related to the need to ensure that others like the defendant remain faithful to their duties and;
- There must be no factors which would render imposition of a constructive trust unjust in all the circumstances of the case; e.g., the interests of intervening creditors must be protected.

[75] For recent Alberta application, see *Hillsboro Ventures Inc v Ceana Development Sunridge Inc*, 2024 ABKB 658 at para 89 and *Zerbin v Vrbanek*, 2020 ABQB 797 at para 170, *aff'd* 2021 ABCA 317, leave to appeal *ref'd* 2022 CanLII 21684 (SCC).

[76] The wrongful conduct that engages the conscience of the Court must be that of the insolvent person, such that retention of the property by that person (or the creditors of that person) would be against conscience, as was the case in *Soulos* and *Credifinance*. It is not established on this record that Long Run received H Corp's funds on its own behalf or from Calgary Sinoenergy knowing the funds had been misappropriated from H Corp. That is an available inference from the evidence based on the fact that the Dengs, father and daughter, were directors of Long Run but it is also an equal inference that Long Run, along with H Corp, were merely the vehicles by which their machinations were carried out. I say that because H Corp's Statement of Claim at para 26 suggests that Calgary Sinoenergy and Long Run have siphoned H Corp's money elsewhere, as do paras 36 – 38 which allege fraudulent conveyance of the funds to payees unknown. By its own pleading, H Corp says it does not know whether Long Run even has the money. In other words, Long Run could also be a corporate dupe.

[77] H Corp posed its constructive trust claim on the basis of a wrongful act that results in unjust enrichment. It is not a case where the unjust enrichment is the result of gratuitous services provided by the plaintiff that increases the value of the defendant's assets in the vein of *Becker v Pettkus* or *Kerr v Baranow*. It is not a case where the defendant misappropriated a corporate opportunity that belonged to the plaintiff that resulted in the defendant acquiring a valuable property as in *Lac Minerals*. The latter case poses the important question about the type of case that ought to be recognized with a constructive trust. At page 678, La Forest J for the majority of the Supreme Court of Canada states:

- In the “vast majority” of cases, a constructive trust will not be the appropriate remedy. There is no need to award a constructive trust if the plaintiff’s claim can be satisfied by a monetary award.
- A constructive trust should only be awarded if there is a reason to grant the plaintiff additional rights that flow from a recognition of proprietary rights. One of the most important is the priority accorded to a property holder in a bankruptcy. Another is the change in value of the specific asset in question. The third is the taking by the defendant of a “specific and unique property” that the plaintiff would have otherwise acquired.

[78] Here, H Corp’s claim would be satisfied by a monetary judgment but for the fact that Long Run is insolvent. The fact that Long Run is insolvent cannot be a reason for awarding a constructive trust, particularly when there are other interests at stake: **Barnabe v Touhey**, 1995 CanLII 1672 (ONCA). Moreover, there is no specific fund in Long Run’s possession that H Corp can point to as being H Corp’s funds. There may have been comingling at one point and the transferred funds may or may not be within Long Run’s existing assets.

[79] The **Soulas** case involved the defendant realtor misappropriating an opportunity to acquire a certain piece of real estate from a client. The finding that a constructive trust is appropriate is founded upon recognized situations of equitable obligation, the existence of a duty of loyalty and the breach of that duty through the misappropriation of an opportunity to acquire a specific property. At paras 34-35, the Court notes:

[34] It thus emerges that a constructive trust may be imposed where good conscience so requires. The inquiry into good conscience is informed by the situations where constructive trusts have been recognized in the past. It is also informed by the dual reasons for which constructive trusts have traditionally been imposed: to do justice between the parties and to maintain the integrity of institutions dependent on trust-like relationships. Finally, it is informed by the absence of an indication that a constructive trust would have an unfair or unjust effect on the defendant or third parties, matters which equity has always taken into account. Equitable remedies are flexible; their award is based on what is just in all the circumstances of the case.

[35] Good conscience as a common concept unifying the various instances in which a constructive trust may be found has the disadvantage of being very general. But any concept capable of embracing the diverse circumstances in which a constructive trust may be imposed must, of necessity, be general. Particularity is found in the situations in which judges in the past have found constructive trusts. A judge faced with a claim for a constructive trust will have regard not merely to what might seem “fair” in a general sense, but to other situations where courts have found a constructive trust. The goal is but a reasoned, incremental development of the law on a case-by-case basis.

[80] It is true that H Corp and Long Run are connected by a common director (Mr. Deng). The missing funds came from a \$352 million investment put together by H Corp to enable West Lake to acquire and operate the Twin Butte assets. Calgary Sinoenergy and Long Run were unrelated to the Twin Butte assets: 2022 ABCA 271 at para 12.

[81] In this case, where are the *Soulas* elements of a recognized situation of equitable obligation, the existence of a duty of loyalty and the breach of that duty? There is a legal (versus equitable) duty on all residents of Canada to not knowingly possess proceeds obtained by or derived from the commission of an offence (of which fraud and false pretences are an example): *Criminal Code*, section 354. No other particular situation of recognized equitable obligation between H Corp and Long Run nor duty by Long Run to H Corp are alleged, except that Long Run was the recipient or even only the conduit of the funds.

[82] The *Soulas* case gives an example of “intervening” creditors in a bankruptcy whose claims would be defeated by recognition of a constructive trust for wrongful conduct. It is named as a factor that prevents such recognition. A prior creditor, such as CCBT in this case, would be an equal example. See also *Barnabe v Touhey* where the Ontario Court of Appeal says:

While a constructive trust, if appropriately established, could have the effect of the beneficiary of the trust receiving payment out of funds which would otherwise become part of the estate of a bankrupt divisible among his creditors, a constructive trust, otherwise unavailable, cannot be imposed for that purpose. This would amount to imposing what may be a fair result as between the constructive trustee and beneficiary, to the unfair detriment of all other creditors of the bankrupt.

[83] In summary, I find that the reasons for denying that a constructive trust as a remedy here are:

- Insufficient proof that Long Run knowingly received funds obtained by fraud or misrepresentation, or played a role on its own account in perpetrating a fraud or misrepresentation against H Corp;
- Insufficient proof that the funds, formerly comingled, are still in Long Run’s possession;
- A monetary judgment would be sufficient, but for Long Run’s insolvency;
- The insolvency of Long Run is not a reason to award a constructive trust;
- There is no specific and unique, or even identifiable, property claimed by H Corp that engages the constructive trust concept;
- H Corp has not established a situation of recognized equitable obligation and breach of a corresponding duty that renders Long Run’s continued possession of the funds (if that is indeed the case) contrary to conscience.

J. The Role of the Equities

[84] Consideration of the equities of this case is the confluence point of all the theories for determining whether a constructive trust is indicated. Those theories in totality present these questions:

- Whether there is a juristic reason that negates an unjust enrichment claim;

- Whether there are factors (including the interests of other creditors) that would render imposition of a constructive trust unjust (the 4th **Soulas** factor);
- Whether it would be contrary to good conscience not to recognize a constructive trust in these circumstances.

[85] These may be variations of the same question of the role of the equities.

[86] Even where the strength of the case for wrongful conduct is established to the required standard, it would still be necessary to have regard to the equities to determine whether the claimant's claim should be preserved where there are **CCAA** proceedings. That is not the case here. Admittedly, in the case before me, the strength of H Corp's claim against Long Run features prominently in equitable considerations.

[87] In looking at the equities, I first ask myself the question of whether it is advisable or even legally possible to amend the transaction as suggested by H Corp?

[88] The authority to do so, says H Corp, lies in section 11 which gives a wide discretionary power to the Court to make any Order it considers appropriate in the circumstances. While making the requested Order may be theoretically possible, the question is whether I *should* make it. I am guided by the **CCAA**'s objective, summarized in the **COPL** case at para 17 as:

The objective of the **CCAA** is to attempt to avoid the social and economic losses which result from the liquidation of an insolvent company. The typical **CCAA** case involves an attempt to facilitate the reorganization and survival of a pre-filing debtor company so that it can remain in an operational state. Where such a goal cannot be accomplished liquidation, receivership or the **Bankruptcy and Insolvency Act** regime will apply. The **CCAA** also has the objectives of maximizing creditor recovery, the preservation of going concern value, the preservation of jobs and communities, and the enhancement of the credit system generally. See **9354-9186 Québec Inc v Callidus Capital Corp**, 2020 SCC 10 at paras 40-42.

[89] I need to be realistic about what would happen if I were to purport to change the transaction as H Corp asks that I do. I see these consequences:

- The Subscription Agreement is a comprehensive, complex and detailed series of inter-related promises and obligations, meticulously and intensely negotiated between sophisticated arms-length parties. I would be forcing those parties into a business arrangement that they did not agree to and do not want. The changes could have consequences, unforeseen by me, that adversely affect either or both parties or the viability of the transaction itself. I would be interfering with the right of parties to freely enter into commercial agreements. The Court should not step in here and rewrite the agreement.
- I would be forcing either Hiking or CCBT's principals to become unwitting (and unwilling) indemnitors of Long Run and Calgary Sinoenergy with regard their putative liability to H Corp, an unfair result when neither had anything to do with the transactions between H Corp and the Debtors giving rise to H Corp's action.

[90] Hiking states in no uncertain terms that it will not enter into a transaction that is not the one presented to the Court. It is a reasonable position to take. The parties have negotiated in good faith so far. Hiking is taking on a lot of risk as it is.

[91] The other equities that come into play are:

- The strength of H Corp’s case: H Corp may have a triable issue but has not proven fraud or misrepresentation on a balance of probabilities based on the record. The facts are too ambiguous at this point. There are credibility issues to be tested.
- H Corp must meet the summary judgment standard. Otherwise, most any allegation of fraud or misrepresentation could have the effect of stopping a **CCAA** proceeding in its tracks. The integrity of the **CCAA** regime could be thereby compromised.
- There is no identifiable trust property. The amount of the trust claim is uncertain. H Corp’s own forensic expert recognizes that not all outflows made by Calgary Sinoenergy and Long Run are necessarily accounted for.
- Neither Hiking nor CCBT (or its principals) are tainted by any alleged wrongdoing on the part of the Individual Defendants and it would be unjust to scuttle the transaction for them or make them indemnitors for wrongdoing yet to be proven.
- CCBT is not enriched by a failed (or in this case, disclaimed constructive trust claim) but is merely recovering (or in this case, continuing to be secured for) what it is owed: **3 Eau Claire Developments Inc (Re)**, 2015 ABQB 208 at para 51.
- While I concede that the Individual defendants did and said some suspicious things that suggest fraud on their part, H Corp has not shown that Long Run, either on its own or through the agency of the individuals, is responsible for the suspicious things and that it would therefore be unconscionable for H Corp not to recover its claim from the assets of Long Run. Compelling or extraordinary grounds have not been shown.
- In greater context, I would be violating the “single proceeding model” espoused in **Century Services** and **Laurentian University** by permitting the constructive trust claim to be separately litigated, potentially destabilizing Canada’s insolvency regime.

[92] The main counterbalancing factor is the interests of Long Run’s secured creditors, the Purchaser and the other financial stakeholders such as contractual parties, the municipalities owed taxes, the employees, suppliers and so on. The interests of the creditors and others, as represented in the Subscription Agreement and RVO, can be characterized in any of these ways:

- as a juristic reason for denying unjust enrichment;
- a factor that negates a constructive trust based on wrongful conduct, or
- as aligning with good conscience in a constructive trust analysis.

[93] However characterized, the same conclusion is reached. The equities favour approval of the Subscription Agreement/RVO in the present form, without amendment. I can stretch my imagination and contemplate amending the Subscription Agreement as H Corp requests under the authority granted by section 11. But I am not going to actually do it. I am not satisfied that is fair or not harmful to do so.

[94] Chief Justice Morawetz cautions at para 33 of *Harte Gold*:

The SCC in *Callidus* made an important point in the context of the limits of broad discretion; all discretion has limits and its exercise under s. 11 must accord with the objectives of the *CCAA* and other insolvency legislation in Canada. These objectives include: providing for timely, efficient and impartial resolution of a debtor's insolvency; preserving and maximizing the value of a debtor's assets; ensuring fair and equitable treatment of the claims against a debtor; protecting the public interest; and, in the context of a commercial insolvency, balancing the costs and benefits of restructuring or liquidating the company. Further, the discretion under s. 11 must also be exercised in furtherance of three baseline considerations: (a) that the order sought is appropriate in the circumstances, and (b) that the applicant has been acting in good faith and (c) with due diligence.

[95] Is H Corp being treated fairly and equitably by not preserving its claim? For all the reasons set out above, I conclude that its case is not proven to the required standard and that the circumstances do not give rise to a remedy of constructive trust. H Corp is then left with an unsecured claim. The fact that unsecured claims will not be paid is a function of Long Run's insolvency, not the Subscription Agreement and RVO. The same outcome would arise if Long Run were simply to go into bankruptcy.

[96] As stated, the *BIA* and *CCAA* are deemed to comprise a complete insolvency code in Canada. In a bankruptcy, H Corp would face the same issues of having to meet the required standard of proof and establishing the constituent elements of a constructive trust when its claim is adjudicated in a bankruptcy. H Corp is no further ahead but CCBT and other financial stakeholders are adversely affected in a severe way.

[97] While I say the test in *Harte Gold* is met, the equities also favour approval of the Subscription Agreement/RVO without amendment.

K. Neufeld Objection

[98] Abe Neufeld is a rural landowner who is the lessor under a registered surface lease with Long Run as lessee. The previous owner of the property had commenced Action # 2204 00354 in June 2022 against Long Run that purported to be a class action on behalf all Alberta Long Run lessors. In that action, the plaintiff claimed (as a representative plaintiff) that Long Run was in default of rentals under the surface leases and sought not just the unpaid rentals but also a further \$30 million in consequential damages, and then punitive damages. The statement of claim (paraphrasing here) accuses Long Run of deliberately withholding the rental payments as a corporate strategy to the financial detriment of the landowners.

[99] In August 2022, Mr. Neufeld was substituted as the representative plaintiff in an amended statement of claim. The claim for the additional \$30 million was clarified as consisting of damages for loss of investment opportunity. The plaintiff estimates that there are 6,415 members in the proposed class and says Long Run has been unjustly enriched by the use of money otherwise payable to the class members.

[100] No statement of defence has yet been filed and no certification application has been made.

[101] The outstanding rental payments are already shown in the Subscription Agreement as a retained liability in the amount of \$6.5 million. Mr. Neufeld himself has been fully paid.

[102] The law firm KMSC Law LLP says in its brief on behalf of Mr. Neufeld that it also represents 54 different landowners with, in total, 140 surface locations where Long Run is lessee. The brief says these clients, unnamed, support the relief sought by Mr. Neufeld and adopt his submissions. In the brief, “the Neufeld Claim” is defined as “outstanding lease rentals and interest Long Run knowingly withheld from Albertan landowners since 2020.”

[103] In this proceeding, Mr. Neufeld asks that the Subscription Agreement be amended to designate the Neufeld Claim as a retained liability and that the Purchaser be made to front additional cash of \$7.5 million (for outstanding rentals and interest) to be paid to landowners upon closing. During the hearing, counsel for Mr. Neufeld also suggested that the claim for consequential damages was also part of the Neufeld Claim sought to be retained. He described the claim for consequential damages as an “open question” and argued that the Neufeld Claim should be retained so that certification can proceed, and the question of consequential damages adjudicated.

[104] Mr. Neufeld’s grounds for this relief are:

- Making the Neufeld Claim a transferred liability is logically inconsistent with making the outstanding surface lease rentals a retained liability.
- Making the Neufeld Claim a retained liability is more favorable to the landowners.
- Should the Subscription Agreement with RVO not close, landowners will not be materially worse off than if the transaction proceeds in its current form.
- Designating the Neufeld Claim as a retained liability discourages exploitation of landowners and the land itself by O & G operators.

[105] The Monitor responds:

- KMSC Law has not disclosed who its other 54 clients are, so it is impossible for the Monitor to assess the validity of their claims. Furthermore, the class has not been certified and therefore the law firm cannot purport to speak on behalf of all Alberta landowners dealing with Long Run.
- The ***Surface Rights Act***, which governs rights and obligations between landowners and operators, does not provide for the payment of interest and damages and so the claimed losses are not recoverable.
- Furthermore, recovery of surface lease rentals falls within the exclusive jurisdiction of the Surface Rights Board under section 36.
- The Court should not rewrite the Subscription Agreement.
- Mr. Neufeld’s suggested revisions will have adverse impact on the secured creditor.

[106] I find that:

- There is no logical inconsistency in making the Neufeld Claim a transferred liability while recognizing the outstanding rental arrears as a retained liability. The Purchaser is entitled to make the choice of which liabilities are necessary to be retained. The legal character of

the consequential damages portion of the claim and the contractual right to receive rent payments are essentially different such that separating them is not illogical.

- The Monitor is correct that the **Surface Rights Act** does not provide for interest or damages. Neither does the lease agreement between Mr. Neufeld and Long Run (both as successors) except for property damage. I assume the agreement is a prototype.
- I should not amend the Subscription Agreement for the same reasons cited earlier in this decision. Requiring the additional injection of cash from the Purchaser not only rewrites the agreement but allows landowners to jump the priority-queue, over CCBT's principals.
- Mr. Neufeld's claim of unjust enrichment fails on the basis that there has been no deprivation since the outstanding rentals are carried over as retained liabilities and, moreover, ultimately guaranteed by the Province under section 36 of the **Surface Rights Act**. While the claims for interest and consequential damages are not preserved, they are speculative and legally uncertain. Those latter claims fail for the same reason that H Corp's does in that they are not proven on a balance of probabilities.
- That the landowners are prepared to accept a "scorched earth" approach by allowing Long Run to go into bankruptcy or fall to the Orphan Wells Association because the landowners would not be worse off than under the Subscription Agreement runs counter to any and all objectives of the **CCAA**.
- That the oil and gas industry should stop exploiting landowners and blighting Alberta's agricultural landscape is not a message for this Court to deliver within a **CCAA** context. Such a message is political in nature and should be addressed by government, regulators, policymakers and lobby groups.

[107] Accordingly, Mr. Neufeld's requested to amend the Subscription Agreement is denied.

[108] Mr. Neufeld's final concern relates to a letter sent by the Monitor to landowners dated October 22, 2024 which, in contemplation of presenting the Subscription Agreement (with outstanding surface rentals designated as a retained liability) to the Court for approval, asks them if they are prepared to accept fifty cents on the dollar. The letter stipulates payment within 10 days of closing of the Subscription Agreement. Mr. Neufeld asks that I rescind the letter as part of my section 11 authority.

[109] Counsel for Mr. Neufeld expressed these objections about the letter:

- It is exploitative and seeks to gain an unfair advantage of a 50% discount for Long Run and the Purchaser, at the expense of the landowners.
- It was sent to represented clients (represented by KSMC LLP in the class action lawsuit) without directing them to seek independent legal advice.

[110] As of the date of the Third Supplement to the Monitor's Fifth Report (November 14, 2024), some 41 landowners had accepted the offer.

[111] I do not find the letter offensive for these reasons:

- The letter made a straightforward business proposal. It gave each recipient over a month to think it over or do something about it. It did not prevent any landowner from seeking independent legal advice.

- The class has not been certified. The Monitor at the time of sending the letter could not have known which landowners are clients of KSMC LLP. The law firm did not disclose the identity of any of its landowner clients apart from Mr. Neufeld prior to the letter being sent. After the letter was sent, the only further known client is a numbered company who was a recipient and whose letter was attached to a November 13, 2024 affidavit filed on behalf of Mr. Neufeld.
- As a Court-appointed officer, the Monitor presumptively acts in good faith. Acting in good faith is now a statutory element for consideration in **CCAA** proceedings: section 18.6; **Bellatrix** at para 99. I asked Mr. Neufeld’s counsel if he felt the letter exhibited bad faith. He said he did not.
- It is within the Monitor’s duty and function to attempt to compromise the Debtor’s liabilities at any time before final disposition in **CCAA** proceedings. Nothing untoward occurred here.

[112] It is wrong for me to second-guess the Monitor’s actions here. If such a thing as rescinding the letter is possible within section 11, I decline to do so for the reasons given.

L. Restricted Access Order

[113] The Monitor requests a Restricted Access Order (also known as a Sealing Order) over Confidential Appendix “A” to the Fifth Report of the Monitor (the “Confidential Appendix”). Since the Transaction has yet to close, and the Confidential Appendix contains confidential information regarding the bids received in the SISP, the Monitor submits that the disclosure of the information contained in the Confidential Appendix could prejudice any further efforts to market and sell the business and assets of the Debtors should the transaction fail to close. Such an outcome would be prejudicial to the Debtors and the public interest inherent in the sale of distressed companies and their assets via an insolvency process.

[114] The request for a Restricted Access Order, Sealing Order or any compromise of the open Courts principle is governed by **Sierra Club of Canada v Canada (Minister of Finance)**, [2002] 2 SCR 522, 2002 SCC 41 as refined by **Sherman Estate v Donovan**, 2021 SCC 25.

[115] The applicant must show on a balance of probabilities that:

- normal Court openness presents a serious risk to an important interest;
- the order is necessary to prevent the risk because alternative measures are inadequate; and
- as a matter of proportionality, the benefits outweigh the negative effects.

[116] It is recognized in Alberta and elsewhere that commercial interests, particularly in the context of Court supervised insolvency proceedings, are an important interest deserving of protection: for example, see **Alberta Treasury Branches v Elaborate Homes Ltd**, 2014 ABQB 350 at para 54.

[117] The risk here is that if the sale falls through or the information in the confidential appendix is disclosed, disclosure will adversely affect the value of the assets to the detriment of the stakeholders.

[118] The form of Order appears to be the least intrusive means of managing the risk, being specific in scope and limited in time (3 months after the date of hearing). The Court’s process

for giving notice to the media has been complied with and no contrary representations have been presented.

[119] Accordingly, I find the legal test is met and I grant the order.

M. Summary of Rulings

[120] In the result, and to summarize:

- I accept the Monitor's submissions (Sections B & C above) that the Subscription Agreement/RVO as presented by the Monitor represents the optimal outcome for Long Run and its stakeholders, best advances the remedial objectives of the *CCAA* and meets the test and expectations set out in *Harte Gold*. I therefore grant approval of the Subscription Agreement and RVO in accordance with the form of Order presented to the Court on November 14, 2024.
- In so doing, I approve the Releases as requested by the Monitor as part of the transaction, for the reasons set out in Section D above.
- Necessarily implicit in my approval of the transaction, I deny the relief sought by H Corp and Mr. Neufeld to vary the transaction as they respectively requested, for the reasons set out in Sections E to J (H Corp) and Section K (Neufeld) above.
- I also deny Mr. Neufeld's request to rescind the Monitor's letter to landowners of October 22, 2024 as set out in Section K above.
- The Restricted Access Order (or Sealing Order) as requested is granted.

[121] Should the parties or some of them wish to address costs of this application, they may do so by January 3, 2025 by each submitting a letter no more than 3 single-spaced pages in length, excluding exhibits and authorities, and supported by a draft Bill of Costs.

Heard on the 14th day of November, 2024.

Dated at the City of Calgary, Alberta this 29th day of November, 2024.

Douglas R. Mah
J.C.K.B.A.

Appearances:

Kelsey Meyer, Michael Selnes and Kaamil Khalfan, Bennett Jones LLP
for the Monitor, FTI Consulting Canada Inc.

Kyle Kashuba and Bilal Qureshi, Torys LLP
for the Monitor, FTI Consulting Canada Inc.

Dustin Olver and Brett Wilson, FTI Consulting Canada Inc
for the Monitor

Kelly Bourassa, Warren Nishimura, Farrukh Ahmad, Blake Cassels & Graydon LLP
for China Construction Bank, Toronto Branch

John Regush, Dentons Canada LLP
for Long Run Exploration Ltd and Calgary Sinoenergy Investment Corp.

Wendy Barber, Interim Chief Executive Officer
for Long Run Exploration Ltd

Trevor Batty, Field LLP
for Henenghaixin Corp.

Ryan Zahara, MLT Aikins
for Orphan Well Association

Kristian Toivonen, KMSC Law LLP
for Abe Neufeld and unnamed surface lessors

Michael E. Swanberg, Reynolds Mirth Richard & Farmer
for Birch Hills County, Big Lakes County and Lac Ste Anne County

Jessica Cameron, Fasken Martineau Dumoulin LLP
for TC Energy and Nova Gas Transmission Ltd.

Alexander W. Yiu, Ackroyd LLP
for Paddle Prairie Metis Settlement

Curtis Auch, Brownlee LLP
for Mackenzie County, Flagstaff County, Lamont County, the Municipal District of Smoky River, and Sturgeon County (collectively, the “Municipalities”)

Randal Van de Mosselaer, Osler, Hoskin & Harcourt LLP
for Canadian Natural Resources Limited

Colin LaRoche, Department of Justice Canada
for Indian Oil and Gas Canada

Chase Van Sant, Burnet, Duckworth & Palmer LLP
for Obsidian Energy

Danielle Marechal and Danica Jorgenson, Cassels, Brock & Blackwell LLP
for Hiking Group Shandong Jinyue Int’t Trading Corporation and for the Purchaser

Peng Zuo, Genesis Law Professional Corp.
for Bank of China (Qingdao Branch)

Kristopher Lensink, Government of Alberta
for Alberta Energy and Minerals Energy Team

George Wong,
for Alberta Energy Regulator

**Corrigendum of the Reasons for Decision
of
The Honourable Justice Douglas R. Mah**

Errors have now been corrected as follows:

- page 3, last bullet point, should be "are necessary" not "is"
- page 5, para 14, third bullet, should be "5th report" not "5h";
- page 7, para 27, second last line, insert "Calgary" before "Sinoenergy";
- page 15, para 66, second bullet, last line, insert the word "funds" between "the" and "was";
- page 16, para 67, fourth bullet, should be "No Court" not "No Courts";
- page 17, para 69, first line, insert the word "support" between "facts" and "the";
- page 17, para 72, end of first line, should be "the Courts consider" not "the Courts considers";
- page 20, para 80, last line, should be "para 12" not "paras 10 & 13",
- Counsel's first name corrected to "Farrukh" from "Farruk".

**Corrigendum of the Reasons for Decision
of
The Honourable Justice Douglas R. Mah**

List of counsel have been updated as follows:

Kelsey Meyer, Michael Selnes and Kaamil Khalfan, Bennett Jones LLP
for the Monitor, FTI Consulting Canada Inc.

Kyle Kashuba and Bilal Qureshi, Torys LLP
for the Monitor, FTI Consulting Canada Inc.