

COURT FILE NUMBER B301-163430

COURT COURT OF KING'S BENCH OF ALBERTA

JUDICIAL CENTRE CALGARY

MATTER IN THE MATTER OF THE *BANKRUPTCY AND
INSOLVENCY ACT*, R.S.C. 1985, c. B-3, AS
AMENDED,

AND IN THE MATTER OF THE NOTICE OF
INTENTION TO MAKE A PROPOSAL OF CLEO
ENERGY CORP.

Clerk's stamp

APPLICANT TRAFIGURA CANADA LIMITED

RESPONDENT CLEO ENERGY CORP.

DOCUMENT **BOOK OF AUTHORITIES**

ADDRESS FOR SERVICE
AND CONTACT
INFORMATION OF
PARTY FILING THIS
DOCUMENT

STIKEMAN ELLIOTT LLP
Barristers & Solicitors
4200 Bankers Hall West
888-3rd Street SW
Calgary, AB T2P 5C5

Karen Fellowes, K.C. / Archer Bell
Tel: (403) 724-9469 / (403) 724-9485
Fax: (403) 266-9034
Email: kfellowes@stikeman.com / abell@stikeman.com

Lawyers for the Applicant,
Trafigura Canada Limited

File No.: 137093.1030

TAB 1

IN THE SUPREME COURT OF BRITISH COLUMBIA

Citation: *North American Tungsten Corporation Ltd.*
(*Re*),
2015 BCSC 1382

Date: 20150730
Docket: S154746
Registry: Vancouver

**In the Matter of the *Companies' Creditors Arrangement Act*,
R.S.C. 1985, c. C-36, as amended**

And

**In the Matter of the *Canada Business Corporations Act*,
R.S.C. 1985, c. C-44, as amended**

And

In the Matter of North American Tungsten Corporation Ltd.

Petitioner

Before: The Honourable Mr. Justice Butler

Oral Reasons for Judgment

Counsel for the Petitioner:

John R. Sandrelli
Jordan D. Schultz

Counsel for the Monitor, Alvarex & Marsal
Canada Inc.:

Kibben M. Jackson
Vicki L. Tickle

Counsel for Callidus Capital Corporation:

William E.J. Skelly

Counsel for Government of Northwest
Territories:

H. Lance Williams

Counsel for Wolfram Bergbau and Hütten AG:

Angela L. Crimeni
David Brown

Counsel for Global Tungsten and Powders
Corp.:

Kieran E. Siddall
Scott Boucher

Place and Date of Hearing:

Vancouver, B.C.
July 27 and 30, 2015

Place and Date of Judgment:

Vancouver, B.C.
July 30, 2015

[1] **THE COURT:** I am ruling on the applications I have heard on July 27 and today. As always, if anyone should order the transcript, I reserve the right to amend it. In this case, I also reserve the right to add to it as, unfortunately, I have not been able to include all of the information and case references that have been advanced in argument.

[2] There are two competing applications before me dealing with a claimed right of set-off in favour of Global Tungsten and Powders Corp. (“GTP”). The applications are brought in the context of the orders I have made in this proceeding under the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, dealing with the company, North American Tungsten Corporation (“NATC”). In particular, the applications concern the terms contained in the amended and restated initial order.

[3] The relevant facts are well-known to the parties, but I will summarize them briefly. NATC produces tungsten from its Cantung Mine and sells the product to two purchasers, one of which is GTP. Pursuant to a supply agreement, NATC annually supplies a specified quantity of tungsten concentrate to GTP. At the same time the parties entered into the supply agreement, they entered into a loan agreement. The indebtedness under the loan agreement is secured by a security agreement on all property connected with the Mactung Mine. As of filing, the indebtedness under the loan agreement was well in excess of \$4 million. It is approximately \$4.4 million.

[4] Since the filing, NATC has continued to supply GTP with tungsten pursuant to the supply agreement. The payment terms require payment within 30 days. For a period after filing, GTP continued to make payments when due. On July 22, it gave notice to NATC that it would set off amounts owing under the loan agreement against payments due as a result of post-filing deliveries of tungsten. NATC then brought this application for a declaration that GTP was in breach of the stay provisions of the amended initial order, and for an order that GTP pay amounts due. It also sought an injunction to permanently restrain GTP from exercising rights of set-off.

[5] GTP opposes that application and brought an application in response seeking a declaration that it does have a valid right of set-off with respect to amounts it owes NATC under the supply agreement against amounts owed by NATC to GTP under the loan agreement.

[6] On July 27, 2015, I heard part of the application by telephone. I made an order declaring that GTP was in breach of the stay provisions of the amended initial order and required it to pay for tungsten delivered to it after June 9, 2015. I found that GTP was not in contempt of the amended original order as asserted by NATC, and I indicated that I would hear more fulsome argument on both applications today. I have done that, and have also considered the application brought by GTP today asking that I reconsider the order of July 27, 2015.

Ruling

[7] GTP has delivered a detailed written argument today, and I will follow the issues raised in that argument as it provides a convenient way to consider the issues that are before the Court.

Issue 1: Is there a debt due and owing by NATC to GTP?

[8] NATC contends that there is nothing due and owing under the loan agreement because, at the time of filing, it was up to date on its payments and so GTP has nothing to set off against. That submission ignores the fact that NATC is in default under the loan agreement.

[9] Section 2.2(c) of the loan agreement provides that the entire unpaid amount of the loan, together with interest and costs, shall be repayable forthwith upon the occurrence of an event of default. An event of default under the loan agreement includes a default in payment when due of any amount owing under the agreement. NATC failed to pay the June 30, 2015 loan payment. As a result it is in default.

Issue 2: In any event, is it immaterial that the debt has not yet fallen due for payment?

[10] I also agree with the submissions of GTP on this issue. Even if it could be said that the time for payment of the NATC debt had not arrived, that would not defeat GTP's right of set-off.

[11] As noted in Palmer, *The Law of Set-off in Canada*, (Aurora, Ontario, Canada Law Book Inc., 1993) p. 34, a debt, for the purpose of set-off, "is a sum of money which is certainly, and at all events, payable without regard to the fact whether it be payable now or at a future time." The monies owing by NATC under the loan agreement are "certainly, and at all events", payable to GTP.

Issue 3: Is legal set-off available for pre-filing and post-filing obligations?

[12] GTP relies on the provisions of s. 21 of the CCAA and on the decision in *Air Canada (Re)*, [2003] O.J. No. 6058 (S.C.J.).

[13] Section 21 reads as follows:

21. The law of set-off or compensation applies to all claims made against a debtor company and to all actions instituted by it for the recovery of debts due to the company in the same manner and to the same extent as if the company were plaintiff or defendant, as the case may be.

[14] The circumstances in *Air Canada* were different from those before this Court. The issue raised was whether the second sentence in a term in the initial order should be struck out. The term in that order read as follows:

THIS COURT ORDERS that persons may exercise only such rights of set off as are permitted under Section 18.1 of the CCAA as of the date of this order. For greater certainty, no person may set off any obligations of an Applicant to such person which arose prior to such date.

[15] Air Canada took the position that there is no right to a legal set-off as between pre-filing and post-filing obligations, and that the term of the order should not be varied. Farley J. disagreed and struck the second sentence from the term of the order. Academics have accepted that the ruling stands for the proposition that

mutuality is not severed by the granting of an initial order on a CCAA proceeding, such that set-off is available between pre-filing and post-filing obligations.

[16] For example, in his article “Air Canada and Stelco: Legal Developments and Practical Lessons” in *the Annual Review of Insolvency Law* (Toronto: Carswell, 2006), Robert Thornton summarized the decision as follows at page 14:

... Farley, J. held that there was no loss of mutuality upon the commencement of a CCAA proceeding. Accordingly, legal set-off is available both in respect of debts existing as of the date of an initial order, and in respect of debts that arose after the date of the initial order.

[17] NATC says that *Air Canada* is wrongly decided and points to decisions dealing with proposals under the *Bankruptcy and Insolvency Act*. There is some merit to the policy arguments that are advanced by NATC. It says that it would make sense, from a policy perspective, to arrive at such a conclusion because: a stay of proceedings assists in preserving the status quo as of the filing date; after a filing, a company ceases to act solely in its own corporate interests and begins to operate under the mandatory scrutiny of a monitor; and, the debtor’s objective ceases to be focused solely on maximizing profits.

[18] While I find there are some merits to the policy arguments, in order to arrive at the decision sought by NATC, I would have to find that *Air Canada* was wrongly decided. I am simply not prepared to do so on the basis of the material and the argument before me.

[19] In addition, given the decision I have arrived at with regard to the grant of a temporal stay, I need not wrestle with this issue, as my conclusion does not rest on this finding.

Issue 4: Does the Court have jurisdiction to stay set-off rights once those have been determined?

[20] I am using that terminology for the issue because that is how it is phrased by Mr. Siddall in his submissions today. GTP gives three reasons for its position that the Court does not have the right to stay set-off rights. It says, first of all, that the

case law does not support or anticipate such a stay once the creditor's set-off rights have been determined; secondly, it says that a temporal stay in the case at bar would effectively extinguish GTP's set-off rights under s. 21 causing significant prejudice to GTP; and, third, that the scope of the Court's discretion under the CCAA does not extend to extinguishing rights which have been specifically conferred by that statute.

[21] Starting with the first of these submissions, NATC relies on *Air Canada* and on *Tucker v. Aero Inventory (UK) Limited*, 2009 CanLII 63138 (Ont. S.C.), for the argument that the court does have the power to grant a temporal stay of set-off rights. GTP says both are distinguishable. It notes that *Air Canada* was by consent and in *Tucker* and in *Air Canada*, the stay was only being put in place until a determination of the set-off rights.

[22] Here GTP says it is asking the Court to determine its set-off rights today such that any extension of the stay cannot be granted beyond an order determining that right. GTP says this would be contrary to s. 21.

[23] I disagree. This is a very narrow reading of *Tucker* and *Air Canada*. This argument places far too much emphasis on the term "determination". In fact, those cases refer to "determination and enforcement" of set-off rights.

[24] For example, at para. 25 of *Air Canada*, Farley J. said:

With respect to the question of what I have described as a temporal stay, there does not appear to be any opposition by the Moving Creditors to the proposition that whatever their rights of set-off in substance are determined to be, that such determination and enforcement of such determined rights should await until a convenient time when AC has stabilized (or I suppose, alternatively cratered). It would seem to me that the likely time for this would be in conjunction with the formation of a reorganization plan of arrangement and compromise.

[25] It is significant that the reference in *Air Canada* was to determination and enforcement so that set-off rights would be considered when the company has stabilized or cratered. In other words, it is the enforcement that is key, not determination, and that should await the outcome of the restructuring process. In

other words, a temporal stay of rights can be granted to further the purpose of the initial order and the purposes of the *Act*. Such a stay can apply to enforcement of set-off rights even where it is acknowledged those rights exist.

[26] I turn to GTP's argument that it would suffer significant prejudice. It says it will suffer prejudice because a temporal stay in this case would effectively extinguish its set-off rights. In other words, it may never be able to set off its debts for new tungsten purchases against NATC's pre-filing debt to GTP.

[27] In my view, that is an illusory prejudice. GTP's position post-filing has not been prejudiced in any way. It is able to purchase tungsten for which it must pay the going rate. Its financial situation, by having to pay for purchases, is exactly what it would be if it had to go to another source for tungsten. In other words, if NATC had ceased production, rather than the initial order being made, GTP's situation would be no different than it is under the temporal stay. This is not a prejudice which, in my view, has any significance.

[28] GTP also argues that I cannot grant a temporal stay now that the set-off claims have been determined in the sense that I have concluded that mutuality is not affected by the initial order. I see no reason in principle on a reading of s. 21 of the *Act* as to why there cannot be such a stay. All creditors' claims are stayed, subject to the exceptions set out in s. 11.02. Section 21, as I read it, does not exempt set-off claims from stays, determined or not. It merely confirms the rights of set-off. Exempting set-off claims would not accord with the policy of the *Act*. Sections 11 and 11.02 of the *Act* give the Court a very broad discretion which must be exercised in furtherance of CCAA purposes. Quite simply, it would be illogical if the Court had the discretion to broadly stay claims and proceedings and make relevant ancillary orders necessary to further the purpose of the *Act* and the purpose of the initial order, but could not do so with regard to set-off claims.

[29] Of course, the application here is made in the context of the amended initial order. That order must be considered in relation to all of the facts and circumstances. I ruled, on July 27, 2015, that the purported set-off was in breach of

that order. As I indicated, the terms of para. 16 of the amended initial order are broad enough to include a stay of the remedy of set-off.

[30] GTP relies in part on para. 10(d) of the amended initial order and that reads as follows:

9. Except as specifically permitted herein the petitioner is directed until further Order of this Court
 - (d) to not grant credit except in the ordinary course of the Business only to its customers for goods and services actually supplied to those customers, provided such customers agree that there is no right of set-off in respect of amounts owing for such goods and services against any debt owing by the Petitioner to such customers as of the Order Date.

[31] I do not read that term as supportive of GTP's position. NATC could not grant credit to GTP without its agreement. GTP says that it was up to NATC to either come to it and get agreement or go to the court and get agreement, but I take a different view. Given the stay provision of para. 16 of the initial order, the remedy of set-off was stayed. If there was any ambiguity in light of the provisions of para. 10(d), there was an obligation on the part of GTP to get the approval or consent of the petitioner and the monitor to apply the set-off or, alternatively, to come to court. Of course, this is precisely what para. 16 of the initial order requires GTP to do.

[32] Finally, I have concluded that I will exercise my discretion to continue the stay with respect to the set-off claims. I am doing so because:

1. In order to preserve the status quo to effect a restructuring, a stay of the set-off is, and was, absolutely essential.
2. The amended initial order and the extension order were based on a detailed program. I need not highlight all of the aspects of it, but these included a reduction in the underground mining, cost cutting, disposal of equipment, and an orderly closure and maintenance of the Cantung Mine, all of which was predicated on cash flow. The cash flow was

based on the continuation of the two supply agreements. Obviously, that would be thrown into disarray if the stay was not continued.

3. GTP had notice of all steps which had been taken along the way and was indeed actively consulted. It never raised any issue about set-off for 45 days following the initial order. Indeed, its only position was that assets should be put up for sale. It said nothing about exercising its right of set-off with respect to pre-filing debt.
4. Great prejudice to the other stakeholders would flow if GTP was now permitted to exercise its set-off. The status quo would be significantly altered and the restructuring would effectively be at an end. I accept that Callidus would very likely not extend any further credit at this point.

[33] When I consider all of those factors, as well as my view that there is no prejudice to GTP, it is appropriate to continue the temporal stay of GTP's set-off rights for so long as the stay granted by the amended initial order continues, which is to October 31, 2015.

[34] That is the conclusion of my ruling.

[35] Is there any clarification needed?

[36] MR. SCHULTZ: A few points, My Lord. First off, in the petitioner's notice of application we had sought special costs against GTP given the conduct that gave rise to these applications and we continue to seek that. I do not have much to add to the submissions of Mr. Sandrelli in terms of GTP's conduct and the background, but I would remind the court that we are seeking that.

[37] THE COURT: I do not need to hear from you on that, Mr. Siddall. In my view, GTP has raised significant legal arguments. While I have not accepted them, the actions of GTP are not such as to attract special costs.

[38] MR. SCHULTZ: Thank you, My Lord.

[39] MR. SKELLY: Just before we move off of that, if Your Lordship is not prepared to order special costs, are you prepared to order costs to the parties who had to appear?

[40] THE COURT: Yes, I am prepared to order costs. And I so order.

[41] MR. SIDDALL: Sorry, we're going a little bit quickly, My Lord. I just wanted to slow down a bit. I was not given an opportunity to make submissions on costs. I am not going to add a lot to what you have ruled, but I would seek that you limit it to the costs as between NATC and GTP where the issues raised [indiscernible] stay or not, the other parties in the courtroom who said little, and although obviously I am not criticizing them for attending, but again, the notice of application, it raised issues between NATC and GTP, so I ask Your Lordship to limit your cost order to the costs of NATC.

[42] THE COURT: It will not be so limited. The issue raised was a significant issue that affected other parties, and I certainly do not fault them for attending and making submissions, however brief.

[DISCUSSION]

[43] MR. SIDDALL: The terms of the order that my friend and I will obviously work on -- do I have it that you are prepared to declare that we have set-off rights -- that GTP has set-off rights? So one of the orders will be that we have set-off rights and then the next order will be that those rights are still stayed.

[44] THE COURT: Those rights are stayed.

[45] THE COURT: I will make the order that the signatures of the parties, other than GTP and NATC who are in attendance, are dispensed with.

"Butler J."

other words, a temporal stay of rights can be granted to further the purpose of the initial order and the purposes of the *Act*. Such a stay can apply to enforcement of set-off rights even where it is acknowledged those rights exist.

[26] I turn to GTP's argument that it would suffer significant prejudice. It says it will suffer prejudice because a temporal stay in this case would effectively extinguish its set-off rights. In other words, it may never be able to set off its debts for new tungsten purchases against NATC's pre-filing debt to GTP.

[27] In my view, that is an illusory prejudice. GTP's position post-filing has not been prejudiced in any way. It is able to purchase tungsten for which it must pay the going rate. Its financial situation, by having to pay for purchases, is exactly what it would be if it had to go to another source for tungsten. In other words, if NATC had ceased production, rather than the initial order being made, GTP's situation would be no different than it is under the temporal stay. This is not a prejudice which, in my view, has any significance.

[28] GTP also argues that I cannot grant a temporal stay now that the set-off claims have been determined in the sense that I have concluded that mutuality is not affected by the initial order. I see no reason in principle on a reading of s. 21 of the *Act* as to why there cannot be such a stay. All creditors' claims are stayed, subject to the exceptions set out in s. 11.02. Section 21, as I read it, does not exempt set-off claims from stays, determined or not. It merely confirms the rights of set-off. Exempting set-off claims would not accord with the policy of the *Act*. Sections 11 and 11.02 of the *Act* give the Court a very broad discretion which must be exercised in furtherance of CCAA purposes. Quite simply, it would be illogical if the Court had the discretion to broadly stay claims and proceedings and make relevant ancillary orders necessary to further the purpose of the *Act* and the purpose of the initial order, but could not do so with regard to set-off claims.

[29] Of course, the application here is made in the context of the amended initial order. That order must be considered in relation to all of the facts and circumstances. I ruled, on July 27, 2015, that the purported set-off was in breach of

TAB 2

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

RE: IN THE MATTER OF THE PROPOSAL OF 728835 ONTARIO
LIMITED O/A CELLULAR WORLD OF THE FORMER CITY
OF NORTH YORK NOW THE AMALGAMATED CITY OF
TORONTO, IN THE PROVINCE OF ONTARIO

BEFORE: LABROSSE, WEILER AND LASKIN J.J.A.

COUNSEL: Howard F. Manis for the appellant

Kent E. Thompson and Wendy Del Mul for the respondent

HEARD: May 28, 1998

ENDORSEMENT

[1] The appellant Cellular World moved for an order for interim relief pending the filing of its proposal under the *Bankruptcy and Insolvency Act* (the "BIA"). Lederman J. dismissed the motion.

[2] Cellular World's appeal raises two issues:

- (i) whether Lederman J. was correct in deciding that the respondent Cantel was entitled to exercise its contractual right of set-off for debts owing to it by Cellular World before the filing of the Notice of Intention under the BIA;
- (ii) whether Lederman J. was correct in deciding that the court could not require Cantel to supply goods to Cellular World on credit.

The First Issue: Set-Off

[3] Where mutual debts exist at the date of bankruptcy, s.97.(3) of the BIA preserves a creditor's right of set-off unless the set-off is a fraudulent preference. Section 66(1) of the BIA makes s.97(3) applicable to proposals.

[4] Each of the three agreements between Cellular World and Cantel contain a right of set-off. On the date the Notice of Intention was filed, mutual debts existed. Cellular World owed Cantel over \$800,000; Cantel owed Cellular World approximately

\$183,000. Cellular World does not suggest that a set-off would amount to a fraudulent preference. Accordingly, in our view, Lederman J. correctly concluded that Cantel could exercise its right of set-off. The appellant cannot point to any case where a creditor in the position of Cantel was prohibited from exercising a right of set-off that it had contracted for with the debtor. The cases relied on by the appellant concerned debts arising after bankruptcy.

[5] In seeking a stay of Cantel's right of set-off, Cellular World relied on s.69(1) of the *BIA* and on policy considerations. Giving effect to the appellant's interpretation of s.69(1) would defeat the purpose of ss.97(3) and 66(1). All of these sections must be read together. Section 69(1) cannot oust the operation of s.97(3) and its application to proposals.

[6] The policy considerations advanced by Cellular World in support of its position are answered by Justice Gonthier's judgment in *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue* (1996), 35 C.B.R. (3d) 1 (S.C.C.).

[7] The appellant's first ground of appeal therefore fails.

Second Issue: Selling on Credit

[8] Section 65.1(4)(a) and (b) of the *BIA* answers Cellular World's contention that the court should require Cantel to supply goods on credit. Cantel cannot be restrained from requiring immediate payment for any goods delivered to Cellular World after the filing of the Notice of Intention. Therefore, we agree with Lederman J.'s conclusion on this issue.

[9] For these reasons, the appeal is dismissed with costs.

TAB 3

THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

THE WORKERS' COMPENSATION BOARD,
(Respondent) APPELLANT,

- and -

HUSKY OIL OPERATION LTD.,
(Applicant) RESPONDENT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF CANADA as represented by the Minister of National Revenue, HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF THE PROVINCE OF SASKATCHEWAN, as represented by the Minister of Human Resources, Labour and Employment, HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF THE PROVINCE OF SASKATCHEWAN, as represented by the Minister of Finance, Bank of Montreal, Eric Zimmerman, Garth Price, Trevor Brown, Arthur Gingras, Kelly Houston, Darcy Kuzio, SBW-Wright Construction Inc., Campbell West (1991) Ltd., Fuller Austin Insulation Inc., United Industrial Equipment Rentals Ltd., Atco Enterprises Ltd., Hans Bohle and Deloitte & Touche Inc. as Trustee in Bankruptcy of the Estate of Metal Fabricating and Construction Ltd.,
Respondents

CORAM:

The Honourable Mr. Justice Wakeling
The Honourable Mr. Justice Lane
The Honourable Madam Justice Jackson

COUNSEL:

R.G. Richards and E.L. Bennett for the appellant, Workers' Compensation,
G. Berscheid for Federal Justice,
J.T. Irvine for Saskatchewan Justice,
J.S. Ehmann and J. Estabrooks, student at law, for Husky Oil,
K. M. Bolstad for the Respondent, Bank of Montreal,
G. T. Meschishnick for Trustee (not appearing - written material)

DISPOSITION:

Appeal Heard: June 1, 1993
Appeal Dismissed: November 8, 1993
On Appeal From: Q.B. 333/92 J.C. Battleford
Appeal File: 1337
Reasons by: The Honourable Mr. Justice Wakeling
In concurrence: The Honourable Mr. Justice Lane and
The Honourable Madam Justice Jackson

WAKELING J.A.

This appeal probes the extent to which provincial legislation may affect federal legislation relating to bankruptcy. The issue arises as a result of legislation in this province which provides that if money is not available to pay The Workers' Compensation Board (W.C.B.) its full assessment, as a consequence of the bankruptcy of the primary obligant, it will be paid by another. The provision in question is s. 133 of The Workers' Compensation Act, S.S. 1979, c. W- 17.1, the relevant part of which reads as follows: 133.--(1) Where a person, whether carrying on an industry included under this Act or not, in this section referred to as the principal, contracts with any other person, in this section referred to as the contractor, for the execution by or under the contractor of the whole or any part of any work for the principal, it is the duty of the principal to ensure that any sum that the contractor or any subcontractor is liable to contribute to the fund is paid and, where the principal fails to do so and the sum is not paid, he is personally liable to pay that sum to the board. . . . (3) Where the principal is liable to make payment to the board under subsection (1), he is entitled to be indemnified by any person who should have made the payment and is entitled to withhold, out of any indebtedness due to that person, a sufficient amount in respect of that indemnity. The chamber judge concluded that the above section was unconstitutional as "it would have the effect of altering the scheme of distribution in the Bankruptcy Act." It is from this decision that the W.C.B. brings this appeal. There is no dispute about the fact that under the following section of the Bankruptcy and Insolvency Act (the Act), R.S.C. 1985, c. B-3, such a claim by the W.C.B. would rank eighth in priority and in many cases the claim would go unpaid: 136.(1) Subject to the rights of secured creditors, the proceeds realized from the property of a bankrupt shall be applied in priority of payment as follows: . . . (h) all indebtedness of the bankrupt under any Workmen's Compensation Act, under any Unemployment Insurance Act, under any provision of the Income Tax Act creating an obligation to pay to Her Majesty amounts that have been deducted or withheld, rateably; . . . However, if the legislation is valid, the claim of the W.C.B. would be paid by the owner who would then have a claim against the bankruptcy estate. The net result is a clear advantage to the W.C.B. as it has managed to assure payment of its claim and leave it to the owner to struggle for repayment under the Act either claiming the right of set-off or ranking at the bottom of the list of priorities as an unsecured creditor. The provinces have obviously been dissatisfied with the degree of priority s. 136 of the Act provides with regard to claims of this nature. This dissatisfaction has led them on other occasions to attempt to gain a greater advantage than was provided by the Act only to have the judgments of the Supreme Court of Canada thwart their plans. This case represents one more attempt by a province to circumvent the restriction which s. 136 of the Act has imposed on the ability of the W.C.B. to collect its claim. The four cases of a somewhat similar nature which have been decided by the Supreme Court are central to the determination of this appeal. The first is *Bourgault v. Quebec Deputy Minister of Revenue*, [1980] 1 S.C.R. 35 in which the province sought to protect its interest in the sales tax collected by a merchant by legislating that it was a preferred creditor to the extent of the tax collected but not paid to the government at the time of the bankruptcy. In this fashion Quebec attempted to advance its position, not by an effort to change the Act, but by improving its position within the structure of that Act so as to rank as a preferred creditor. The position of the Supreme Court is made evident in the following comment of Pigeon J., at 44: It is abundantly clear that this was intended to put on an equal footing all claims by Her Majesty in Right of Canada or of a Province except in cases where it was provided otherwise, namely, para. (c), the levy, and para. (h), workman's compensation or unemployment insurance assessments and withholdings for income tax. Paragraph (j) ends with the following words:

`notwithstanding any statutory preference to the contrary'. The purpose of this part of the provision is obvious. Parliament intended to put all debts to a government on an equal footing; it therefore cannot have intended to allow provincial statutes to confer any higher priority. This decision was followed by *Deloitte, Haskins & Sells Limited and The Workers' Compensation Board and A.G. of Canada et al*, [1985] 1 S.C.R. 785 which dealt with a similar attempt by the province of Alberta to advance the unpaid claim of that province's W.C.B. against a bankrupt. It did this by indicating that the amount due W.C.B. constituted a charge on the assets of the employer and as such made the W.C.B. a secured creditor under the Act. This legislation was also found to be an attempt by the province to change the priority which had been given the W.C.B. by the Act. To the extent it only affected property and civil rights within the province, it was valid legislation but where it conflicted with the priorities set out by the Act it was invalid as a consequence of the paramountcy of federal legislation in the area of bankruptcy. Writing for the majority, Wilson J. had this to say about the legislation (at 806): With respect, the issue in *Re Bourgault* and *Re Black Forest Restaurant Ltd.* was not whether a proprietary interest has been created under the relevant provincial legislation. It was whether provincial legislation, even if it did create a proprietary interest, could defeat the scheme of distribution under s. 107(1) of the Bankruptcy Act [now s. 136(1)]. These cases held that it could not, that while the provincial legislation could validly secure debts on the property of the debtor in a non-bankruptcy situation, once bankruptcy occurred s. 107(1) determined the status and priority of the claims specifically dealt with in the section. It was not open to the claimant in bankruptcy to say: by virtue of the applicable provincial legislation I am a secured creditor within the meanings of the opening words of s. 107(1) of the Bankruptcy Act and therefore the priority accorded my claim under the relevant paragraph of s. 107(1) does not apply to me. The third case is *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24, which involved an attempt by the province of British Columbia to obtain a more secure position in respect of its claim to unpaid sales tax which had been collected by a merchant. Since efforts to increase the status of such a claim had failed in the past, this strategy involved an attempt to avoid the application of the Act by declaring that money held by a merchant for the Crown constituted a trust fund. It was then contended that the following section of the Act applied so that the money would not become an asset held by the trustee: 47. The property of a bankrupt divisible among his creditors shall not comprise (a) property held by the bankrupt in trust for any other person; . . . The Supreme Court took the position that the province could not declare money held by another to be a trust which would not otherwise constitute a trust in order to gain an advantage in bankruptcy. McLachlin J., on behalf of the Court, had this to say at p. 33: To interpret s. 47(a) as applying not only to trusts as defined by the general law, but to statutory trusts created by the provinces lacking the common law attributes of trusts, would be to permit the provinces to create their own priorities under the Bankruptcy Act and to invite a differential scheme of distribution on bankruptcy from province to province. The final case in this series is *F.B.D.B v. Quebec.*, [1988] 1 S.C.R. 1061 which involved a somewhat different but related problem which is why it is dealt with last although it was decided before *Belair*. This case involved a claim of the W.C.B. of Quebec against the Federal Business Development Bank (F.B.D.B.) which had enforced its security, as it was entitled to do, against a bankrupt debtor without regard for the restrictions imposed on other creditors by the Act. Since the action of the F.B.D.B. did not involve the trustee or the administration of the bankruptcy estate, the W.C.B. felt it could claim its right to priority over the security held by the F.B.D.B. The W.C.B. alleged that its claim was in a different category to those previously considered by the

Supreme Court since it did not interfere directly with any proceedings involving priorities established by s. 136 of the Act. This position was also rejected and the judgment of Lamer J. at p. 1071 makes the reason clear: In any event, I feel that the decisions in *Re Bourgault* and *Deloitte* are conclusive as to the fate of the appeal. These cases stand for the following proposition: in a bankruptcy matter, it is the Bankruptcy Act which must be applied. If a bankruptcy occurs, the order of priority is determined by the ranking of s. 107 of the Bankruptcy Act [now s. 136], and any debt mentioned in that provision must therefore be given the specified priority. It is apparent from these cases that the Supreme Court has determined that where the federal powers over bankruptcy have been exercised in the Act, it is not possible for provincial legislation to change the scheme of distribution which the Act has established. The provincial legislation will have valid application as legislation dealing with property and civil rights within the province in respect of all areas of the law except those which involve conflict with federal legislation. The establishment of priorities, including those of provincial agencies such as the W.C.B., has been established by s. 136 of the Act and that priority cannot be altered by provincial legislation. These cases deal with situations where the provinces first tried unsuccessfully to elevate their claims within the ranking established by the Act and when that was not successful they then tried to isolate their claim from the Act with an equal lack of success. The consistent theme which runs through these four cases is that where federal legislation has established the priority that shall be accorded various kinds or classes of claims, that is the priority which should consistently be applied by each of the provinces. It follows that provincial legislation which purports to change these priorities fails as being in conflict with valid federal legislation which has fully occupied the field under the authority of s. 92 of the Constitution Act, 1867. This case represents yet another effort to avoid conflict with the bankruptcy process by avoiding the trustee in bankruptcy and directing the claim at a third party. It is alleged that the theme identified in the above cases does not have application to the issue presented by this appeal because the W.C.B. does not seek to change its ranking under the Act but instead leaves that field entirely and turns to direct its claim against another party. The W.C.B. argues that the priorities under the Act are in no way threatened in this instance by a claim against a third party. Before the position of the W.C.B. can be usefully analyzed, we must consider what occurs when the third party is required to make payment. A third party will want to seek repayment of what it has had to pay the W.C.B. and to do this it will first seek to set-off what it has paid against what is due the bankrupt and will then claim as an unsecured creditor for any balance that may remain. The issue that must therefore be considered is whether this result involves a sufficient variation of the priorities established by the Act to constitute a conflict. This specific issue has been considered recently by the Ontario Court of Appeal in *Re Evelyn Stevens Interiors* (1990), 72 D.L.R. (4th) 712 in which the Court decided that similar legislation which had been contained in the Ontario Workers' Compensation Board Act for many years was not in conflict with the Act. It concluded that the provincial legislation worked to require the principal to make payment to the Board so that the Board having received payment had no claim under the Act against the bankrupt so it did not need to rely on s. 136. The principal then had a right to set-off what it had paid the W.C.B. against what it would otherwise pay the trustee in bankruptcy but that the right of set-off did not constitute a conflict with the Act as it was specifically provided for under the following section: 97. (3) The law of set-off applies to all claims made against the estate of the bankrupt and also to all actions instituted by the trustee for the recovery of debts due to the bankrupt in the same manner and to the same extent as if the bankrupt were plaintiff or defendant, as the case may be, except in so

far as any claim for set-off is affected by the provisions of this Act respecting frauds or fraudulent preferences. This judgment is obviously entitled to the greatest deference but it must be questioned for at least two reasons. First, it is not clear that s. 97(3) can properly be said to justify provincial legislation which has the effect of changing priorities otherwise established by the Act. Second, the judgment refers to the trilogy of cases from the Supreme Court without reference to the F.B.D.B. case which has considerable relevance to this case. Both of these concerns are of sufficient substance to warrant further examination. The provision in the Act dealing with the right of set-off is meant to acknowledge and accept the application of the common law right of set-off as it has been developed over the years. The reference to this section in Houlden and Marawetz: Bankruptcy and Insolvency Law of Canada, at p. 490 and 491, makes it clear that the right of set-off has been recognized for some time going back to the English Bankruptcy Act of 1875. It covers both legal and equitable set-off and was meant to indicate that a bankrupt's estate includes only the net amount after proper allowance for the recognized common law right of set-off. To read more than a common law right of set-off into s. 97(3) seems to conflict with the decision in Belair. In that case, the province argued that it was not in conflict with the Act as its legislation applied only to what constituted a trust and trusts were not included as a bankruptcy asset. The Supreme Court refused to accept that argument because a province could not create a trust by giving another form of asset that name and in that fashion escape the application of s. 136. It is hard to see how the approach the Supreme Court applied in Belair does not have equal application here. The province has created a claim that would not exist in the common law and then applied s. 97(3) to indicate such a claim is contemplated within the framework of the Act. The effect of such legislation is to avoid the application of s. 136 which the Supreme Court has consistently said cannot be accomplished by provincial legislation. This concern over the application of the Belair judgment may be put in yet another way. If the position of the W.C.B. in Evelyn Stevens is supported by the reference to set-off in the Act, one would expect that the creation of a trust would have enjoyed the same support by virtue of the reference to trusts in the Act. The fact that a trust was referred to in the Act was not seen as support for the province's position in Belair and the distinction that must be made if Belair does not have application in this case is not dealt with in Evelyn Stevens. The judgment in Evelyn Stevens contains the statement that "this is not a device of the province to defeat the Bankruptcy Act scheme of distribution". That statement is not easily understood as it can hardly be disputed that without the legislation the distribution would be different. It would seem to be no less a redistribution scheme than was put forward by the provinces in each of the trilogy of cases referred to in that judgment. But in any event, the motive of the legislature is not as important as the effect of the legislation. The validity of a law must be judged having regard to its effects. In Continuing Canadian Constitutional Dilemmas, Professor Lederman states (at p. 239): A rule of law expresses what should be human action or conduct in a given factual situation. We assume enforcement and observance of the rule and hence judge its meaning in terms of the consequences of the action called for. The second concern raised by Evelyn Stevens is its failure to consider the F.B.D.B. case. If that judgment did no more than affirm the trilogy of cases the failure to refer to it would be of no consequence, but that is not the case. The F.B.D.B. judgment not only affirmed the trilogy of cases but also went one step further to apply it to parties not directly involved in a bankruptcy. As has been indicated, the W.C.B. in that case argued that provincial legislation gave it priority over a secured creditor of the bankrupt and as its action was outside the bankruptcy realm such legislation was valid as relating to property and civil rights powers

within the province. Nevertheless, the Supreme Court rejected this argument because the claim of the W.C.B. was of a type specifically dealt with in the ranking established under the Act and that ranking could not be altered by the application of provincial legislation. That principle does not appear to have been considered in the Evelyn Stevens judgment. The bankruptcy process has to be disturbed in one way or another by this legislation. If the claim of the W.C.B. is paid by a third party it has advanced its position rather dramatically. If the principal who pays it to the W.C.B. applies the right of set-off, the bankruptcy estate has been reduced and thereby altered to the detriment of those on the list of priorities. Even if the right of set-off is not applied, then the claim of the principal as an unsecured creditor has changed the result by increasing the total amount of the claims being made by this class of creditor. There is no way that the bankruptcy pie can be cut as a consequence of this legislation without disturbing the scheme of distribution established under s. 136 of the Act. As a final comment, it is necessary to indicate that the appellants sought to sever s. 133(3) of The Workers' Compensation Act from the balance of s. 133 if the right of set-off was determined to be the obstacle standing in the way of a conclusion that the legislation was valid. Because it has been found that the legislation is invalid whether or not set-off is applied, this issue of severance has not been addressed. I am however of the view, without ruling on the matter, that there is no apparent justification for a conclusion that the legislators would have intended the principal to pay in full whether or not a right of set-off was available. For the above reasons, I am unable to follow the judgment in the Evelyn Stevens case as I find it impossible to conclude that s. 133 of The Workers' Compensation Act does not alter the scheme of distribution established by s. 136 of the Bankruptcy and Insolvency Act. That being so, on the basis of the trilogy of cases and the further F.B.D.B. case, I find s. 133(1) and s. 133(3) of The Workers' Compensation Act to be ultra vires the province in so far as they purport to apply to a situation such as exists in this case. In the result, the appeal is dismissed with costs on the usual scale of double Column 5 if requested. DATED at the City of Regina, in the Province of Saskatchewan, this 8th day of November A.D. 1993. WAKELING J.A. I concur LANE J.A I concur JACKSON J.A.

TAB 4

Ville de Montréal *Appellant*

v.

Deloitte Restructuring Inc. *Respondent*

and

**Alaris Royalty Corp.,
Integrated Private Debt Fund V LP,
Thornhill Investments Inc.,
Ville de Laval and
Union des municipalités du Québec**
Intervenors

**INDEXED AS: MONTREAL (CITY) v. DELOITTE
RESTRUCTURING INC.**

2021 SCC 53

File No.: 39186.

2021: May 20; 2021: December 10.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Bankruptcy and insolvency — Stay of creditors' rights and remedies — Claims that may be dealt with by compromise or arrangement — Compensation between debt arising before and debt arising after initial order — Quebec Voluntary Reimbursement Program — Whether claim arising from agreement entered into under Quebec Voluntary Reimbursement Program is necessarily claim that relates to debt or liability resulting from obtaining property or services by false pretences or fraudulent misrepresentation pursuant to s. 19(2)(d) of Companies' Creditors Arrangement Act — Whether supervising judge's discretion in restructuring context allows judge to stay right invoked by creditor to effect compensation between debt arising before and debt arising after initial order — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 11, 11.02, 19(2)(d), 21 — Act to ensure mainly the recovery of amounts improperly paid as a result of fraud or fraudulent tactics in connection with public contracts, CQLR,

Ville de Montréal *Appelante*

c.

Restructuration Deloitte Inc. *Intimée*

et

**Alaris Royalty Corp.,
Integrated Private Debt Fund V LP,
Thornhill Investments Inc.,
Ville de Laval et
Union des municipalités du Québec**
Intervenantes

**RÉPERTORIÉ : MONTREAL (VILLE) c.
RESTRUCTURATION DELOITTE INC.**

2021 CSC 53

N° du greffe : 39186.

2021 : 20 mai; 2021 : 10 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Faillite et insolvabilité — Suspension des droits et recours des créanciers — Réclamations considérées dans le cadre des transactions ou arrangements — Compensation entre une dette née avant et une dette née après l'ordonnance initiale — Programme québécois de remboursement volontaire — Une créance découlant d'une entente conclue dans le cadre du Programme québécois de remboursement volontaire constitue-t-elle nécessairement une réclamation se rapportant à une dette ou obligation résultant de l'obtention de biens ou de services par des faux-semblants ou la présentation erronée et frauduleuse des faits aux termes de l'al. 19(2)d) de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies? — Le pouvoir discrétionnaire dont dispose le juge surveillant dans le contexte d'une restructuration lui permet-il de suspendre le droit d'opérer compensation entre une dette née avant et une dette née après l'émission d'une ordonnance initiale qu'invoque un créancier? — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36, art. 11, 11.02,

c. R-2.2.0.0.3 — Voluntary Reimbursement Program, CQLR, c. R-2.2.0.0.3, r. 1.

In August 2018, the Superior Court made an initial order by which SM Group, a consulting engineering firm, became subject to proceedings under the *Companies' Creditors Arrangement Act* ("CCAA"). The order stayed the rights and remedies of creditors, among other things, and appointed a monitor. Following that order, SM Group continued to perform work for Ville de Montréal ("City"). However, the City refused to pay for that work and invoked its right to effect compensation between what it owed SM Group and two claims it allegedly had against SM Group that arose before the initial order. Those claims are related to the application of the *Act to ensure mainly the recovery of amounts improperly paid as a result of fraud or fraudulent tactics in connection with public contracts* ("Bill 26") and, according to the City, result from fraud on SM Group's part. The first claim arises from a settlement agreement entered into under the Voluntary Reimbursement Program ("VRP") that resulted from Bill 26 ("VRP claim"). The second claim is based on a proceeding brought by the City against SM Group, in which it claimed money from SM Group for allegedly having participated in collusion in relation to a call for tenders for a water meter contract.

In response to the City's refusal to pay for the work done by SM Group after the initial order, the monitor applied for a declaratory judgment stating that compensation could not be effected with respect to the amounts owed by the City to SM Group. The supervising judge granted the application. The Court of Appeal reached the same conclusion as the supervising judge: that the compensation invoked by the City could not be effected. It found that a claim relating to fraud falling within s. 19(2)(d) of the CCAA is not an exception to the rule stated in *Quebec (Agence du revenu) v. Kitco Metals Inc.*, 2017 QCCA 268, whereby compensation between debts arising before and after an initial order ("pre-post compensation") is prohibited. It was also of the view that the City had not proved that s. 19(2)(d) applied to its claims. Finally, with regard to the water meter contract claim, the Court of Appeal agreed with the supervising judge that the conditions for judicial compensation were not met, since the certainty, liquidity and exigibility of that claim had to be determined later in a proceeding other than that of the restructuring case.

19(2)d), 21 — *Loi visant principalement la récupération de sommes payées injustement à la suite de fraudes ou de manœuvres dolosives dans le cadre de contrats publics*, RLRQ, c. R-2.2.0.0.3 — *Programme de remboursement volontaire*, RLRQ, c. R-2.2.0.0.3, r. 1.

En août 2018, la Cour supérieure rend une ordonnance initiale assujettissant Groupe SM, une firme de génie-conseil, à des procédures déposées en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (« LACC »). L'ordonnance suspend notamment les droits et recours des créanciers et nomme un contrôleur. Postérieurement à cette ordonnance, Groupe SM continue à effectuer des travaux dont bénéficie la Ville de Montréal. La Ville refuse toutefois de payer ces travaux et invoque son droit d'opérer compensation entre ce qu'elle doit à Groupe SM et deux créances, nées avant l'ordonnance initiale, qu'elle prétend détenir contre celui-ci. Ces créances sont liées à l'application de la *Loi visant principalement la récupération de sommes payées injustement à la suite de fraudes ou de manœuvres dolosives dans le cadre de contrats publics* (« Loi 26 ») et, selon la Ville, résulteraient de fraude de Groupe SM. La première créance découle d'une entente de règlement intervenue dans le cadre du Programme de remboursement volontaire (« PRV ») issu de la Loi 26 (« créance PRV »). La seconde créance est fondée sur un recours intenté par la Ville contre Groupe SM dans lequel elle lui réclame de l'argent au motif qu'il aurait participé à une collusion relativement à l'appel d'offres du contrat des compteurs d'eau.

En réponse au refus de la Ville de payer les travaux effectués par Groupe SM après l'émission de l'ordonnance initiale, le contrôleur demande un jugement déclaratoire portant que les sommes dues à Groupe SM par la Ville ne peuvent faire l'objet de compensation. La juge surveillante accueille la demande. À l'instar de cette dernière, la Cour d'appel conclut que la compensation invoquée par la Ville ne peut s'opérer. Elle estime qu'une créance relative à la fraude visée par l'al. 19(2)d) de la LACC ne constitue pas une exception à la règle énoncée dans l'arrêt *Québec (Agence du revenu) c. Métaux Kitco inc.*, 2017 QCCA 268, 46 C.B.R. (6th) 173, selon laquelle la compensation entre des dettes nées avant et après l'émission d'une ordonnance initiale (« compensation pré-post ») est interdite. Elle est également d'avis que la Ville n'a pas prouvé que ses créances sont visées par l'al. 19(2)d). Enfin, en ce qui concerne la créance relative au contrat des compteurs d'eau, la Cour d'appel, tout comme la juge surveillante, estime que les conditions de la compensation judiciaire ne sont pas réunies, le caractère certain, liquide et exigible de cette créance devant être déterminé postérieurement dans une autre instance que celle du dossier de restructuration.

Held (Brown J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté, Rowe and Martin JJ.: First, a claim arising from an agreement entered into under the VRP is not necessarily a claim that relates to a debt resulting from fraud pursuant to s. 19(2)(d) of the CCAA. In this case, the City has not shown that the VRP claim relates to a debt resulting from fraud within the meaning of that provision. Second, with regard to pre-post compensation, a supervising judge has the discretion to stay the exercise of a right to pre-post compensation, or set-off, invoked by a creditor under the civil law or the common law. However, the supervising judge may refuse to stay this right, or may lift such a stay, only in exceptional circumstances, given the high disruptive potential of this form of compensation. In the case at bar, the initial order stayed the City's right to pre-post compensation, and it would not be appropriate to lift the stay in relation to the claims in issue.

To answer the question with respect to compensation in the context of this appeal, the Court must first determine whether a claim arising from an agreement entered into under the VRP is necessarily a "claim that relates to" a "debt or liability resulting from obtaining property or services by false pretences or fraudulent misrepresentation" pursuant to s. 19(2)(d) of the CCAA.

The first step in characterizing the VRP claim is to distinguish, for the purposes of the CCAA, claims that are subject to a compromise or arrangement from those that are not. Section 19(2) provides, by way of exception, that certain claims may not be dealt with by a compromise or arrangement, including those that result from fraud. To prove that its claim relates to a debt resulting from obtaining property or services by false pretences or fraudulent misrepresentation pursuant to s. 19(2)(d), a creditor has the burden of establishing, 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.

In this case, the City did not try to prove or even allege any of these elements. The content of the VRP agreement, Bill 26 and the regulation made under it ("VRP

Arrêt (le juge Brown est dissident) : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Rowe et Martin : Premièrement, une créance découlant d'une entente conclue dans le cadre du PRV n'est pas nécessairement une réclamation se rapportant à une dette qui résulte de fraude aux termes de l'al. 19(2)d) de la LACC. En l'occurrence, la Ville n'a pas démontré que la créance PRV se rapporte à une dette qui résulte de fraude au sens de cette disposition. Deuxièmement, en ce qui concerne la compensation pré-post, le juge surveillant possède le pouvoir discrétionnaire de suspendre l'exercice du droit à la compensation pré-post invoqué par un créancier en vertu du droit civil ou de la common law. Toutefois, le juge surveillant peut refuser de suspendre ou lever la suspension du droit à la compensation pré-post dans des circonstances exceptionnelles seulement, considérant le fort potentiel perturbateur de cette forme de compensation. En l'espèce, l'ordonnance initiale a suspendu le droit de la Ville à la compensation pré-post, et il n'est pas indiqué de lever cette suspension pour ce qui est des créances en litige.

Pour trancher la question relative à la compensation dans le contexte du présent pourvoi, la Cour doit d'abord déterminer si une créance découlant d'une entente conclue dans le cadre du PRV constitue nécessairement une « réclamation se rapportant à » une « dette ou obligation résultant de l'obtention de biens ou de services par des faux-semblants ou la présentation erronée et frauduleuse des faits » aux termes de l'al. 19(2)d) de la LACC.

Pour qualifier la créance PRV, il faut d'abord distinguer, au sens de la LACC, les réclamations compromises par la transaction ou l'arrangement de celles qui ne le sont pas. Le paragraphe 19(2) prévoit exceptionnellement que certaines réclamations ne peuvent être compromises dans le cadre d'une transaction ou d'un arrangement, notamment celles découlant de fraude. Afin de démontrer que sa créance est une réclamation qui se rapporte à une dette résultant de l'obtention de biens ou de services par des faux-semblants ou la présentation erronée et frauduleuse des faits aux termes de l'al. 19(2)d), le créancier intéressé a le fardeau d'établir, par prépondérance des probabilités, les quatre éléments suivants : (i) le débiteur lui a fait une représentation; (ii) cette représentation était fautive; (iii) le débiteur savait que la représentation était fautive; (iv) cette fautive représentation a été faite dans le but d'obtenir un bien ou un service.

En l'espèce, la Ville n'a pas cherché à prouver ni même à alléguer l'un ou l'autre de ces éléments. Il est donc nécessaire d'interpréter le contenu de l'entente PRV, la

Regulation”) must therefore be interpreted to determine whether the VRP claim may be dealt with by a compromise or arrangement. This interpretation exercise confirms that s. 19(2)(d) of the *CCAA* does not apply to the VRP claim.

First, it is clearly stipulated in the VRP agreement entered into by the parties that the amount fixed in the agreement can in no way be considered to constitute an admission of liability. As a result, it cannot be presumed that the VRP claim is a claim that falls within s. 19(2)(d) of the *CCAA*.

Second, Bill 26 and the VRP Regulation do not create a statutory presumption or a presumption of fact that a debtor made fraudulent representations to a public body. The use of the words “may have been” in s. 3 of Bill 26 and in s. 1 of the VRP Regulation to describe the purpose of the VRP indicates that fraud is a possibility rather than a certainty. Section 7 of the VRP Regulation supports this point, since it states that the fact that a natural person or an enterprise participates in the VRP does not constitute an admission of liability or of a fault committed by the natural person or enterprise. The fault in question in s. 7 is a matter of civil liability and is limited to the public contract to which a VRP agreement pertains. Where the legislature intends to refer to penal or criminal proceedings, or to civil proceedings outside the scope of a VRP agreement, it does so expressly. This interpretation is confirmed when s. 7 of the VRP Regulation is read in conjunction with s. 8.

The City is wrong to say that reading ss. 1, 3 and 10 of Bill 26 together leads to the conclusion that a natural person or enterprise that participated in the VRP necessarily defrauded a public body. Although s. 1 of Bill 26 does not refer to fraud as being hypothetical, s. 3 of Bill 26 and s. 1 of the VRP Regulation are clear: the substantive provisions of Bill 26 and the VRP Regulation contemplate fraud only hypothetically. Finally, the two schemes created by Bill 26 must not be confused. Section 10 states that fraud was committed, but this section is part of the scheme introduced by Chapter III (ss. 10 to 17), which applies to judicial proceedings brought against a natural person or enterprise that allegedly participated in fraud in relation to a public contract, and not part of the VRP scheme introduced by Chapter II (ss. 3 to 9). It is up to the courts to conclude that fraud has been committed, and the existence of fraud will be recognized by a court only under the Chapter III scheme, which did not take effect until the VRP scheme introduced by Chapter II ended. The reference to s. 10 in s. 3 merely serves to specify the natural persons

Loi 26 ainsi que son règlement d’application (« règlement PRV ») pour déterminer si la créance PRV peut être considérée dans le cadre d’une transaction ou d’un arrangement. Cet exercice d’interprétation confirme que la créance PRV n’est pas visée par l’al. 19(2)d) de la *LACC*.

En premier lieu, il est clairement stipulé dans l’entente PRV intervenue entre les parties que la somme convenue dans celle-ci ne peut en aucun cas être assimilée à une admission de responsabilité. On ne saurait donc présumer que la créance PRV constitue une réclamation visée à l’al. 19(2)d) de la *LACC*.

En deuxième lieu, la Loi 26, tout comme le règlement PRV, ne créent pas une présomption légale ou factuelle de l’existence de représentations frauduleuses de la part d’un débiteur à l’endroit d’un organisme public. L’emploi du conditionnel à l’art. 3 de la Loi 26 et à l’art. 1 du règlement PRV pour décrire l’objet du PRV signale que la fraude est une éventualité, par opposition à quelque chose de certain. L’article 7 du règlement PRV appuie ce constat puisqu’il précise que le fait pour une personne physique ou une entreprise de se prévaloir du PRV ne constitue pas une reconnaissance de responsabilité ni une admission qu’elle a commis une faute. La faute dont il est question à l’art. 7 relève de la responsabilité civile et se limite au contrat public visé par l’entente PRV. Lorsque le législateur entend faire référence à des procédures de nature pénale ou criminelle, ou encore à des recours civils se situant hors du champ de l’entente PRV, il le fait expressément. L’article 7 du règlement PRV, lu conjointement avec l’art. 8, confirme cette interprétation.

La Ville a tort de dire qu’une lecture conjointe des art. 1, 3 et 10 de la Loi 26 mène à une conclusion que la personne physique ou l’entreprise qui participe au PRV a nécessairement fraudé un organisme public. Bien que l’art. 1 de la Loi 26 ne traite pas de la fraude à titre hypothétique, l’art. 3 de la Loi 26 et l’art. 1 du règlement PRV sont clairs : les dispositions substantielles de la Loi 26 et du règlement PRV ne considèrent la fraude que de façon hypothétique. Enfin, il ne faut pas confondre les deux régimes créés par la Loi 26. L’article 10 énonce qu’une fraude a été commise, mais celui-ci fait partie du régime introduit par le chapitre III (art. 10 à 17) qui est applicable aux recours judiciaires intentés contre une personne physique ou une entreprise qui aurait participé à une fraude visant un contrat public, et non du régime du PRV, introduit par le chapitre II (art. 3 à 9). Il appartient aux tribunaux de conclure qu’une fraude a été commise, et la reconnaissance judiciaire de l’existence d’une fraude n’intervient que dans le régime propre au chapitre III, lequel entre en vigueur seulement lorsque le régime du

to whom the VRP applies. Accordingly, the City has not shown that the VRP claim falls within s. 19(2)(d) of the *CCAA*. Neither the content of the VRP agreement nor its legal framework supports a presumption that SM Group admitted to having committed a fraudulent act.

Furthermore, a right to pre-post compensation, or set-off, invoked by a creditor under the civil law or the common law can be stayed by a court under ss. 11 and 11.02 of the *CCAA*. Under s. 11.02 of the *CCAA*, a court may stay any action, suit or other proceeding that might be brought against the debtor company. While at first glance the language of this provision limits the power to order a stay to judicial proceedings, the courts have taken a large and liberal approach in interpreting the scope of the rights and remedies that can be included in a stay order. A court has the power to stay rights held by creditors if the exercise of those rights could jeopardize the restructuring process. This includes a creditor's right to effect pre-post compensation. Such an interpretation advances the *CCAA*'s remedial objectives and is consistent with its scheme.

In the vast majority of cases, an initial order will, and should, stay a creditor's right to set up pre-post compensation against the debtor. However, a court may in its discretion refuse to impose such a prohibition or, if pre-post compensation was stayed by the order, lift the stay at a later date to allow an interested creditor to assert its rights. The absolute prohibition against pre-post compensation imposed by the Quebec Court of Appeal in *Kitco* must therefore be tempered. However, a court must be cautious before allowing such a form of compensation, given its high disruptive potential.

Moreover, s. 21 of the *CCAA* does not grant creditors a right to pre-post compensation that would be shielded from a supervising judge's power to order a stay under ss. 11 and 11.02 of the *CCAA*. Read in light of its context, its purpose and the scheme of the *CCAA*, s. 21 is limited to authorizing compensation between debts that arise before an initial order is made ("pre-pre compensation") for the purpose of quantifying creditors' claims on the date of commencement of proceedings. This provision does not have the effect of authorizing pre-post compensation. That being said, s. 21 of the *CCAA* does not prohibit this form of compensation either. It follows that a supervising judge

PRV, introduit par le chapitre II, prend fin. Le renvoi à l'art. 10 dans l'art. 3 ne sert qu'à préciser quelles sont les personnes physiques visées par le PRV. En conséquence, la Ville n'a pas démontré que la créance PRV relevait de l'al. 19(2)d) de la *LACC*. Ni le contenu de l'entente PRV ni le cadre juridique qui lui est propre ne permettent de présumer que Groupe SM a admis avoir commis un acte frauduleux.

Par ailleurs, le droit à la compensation pré-post invoqué par un créancier en vertu du droit civil ou de la common law peut être suspendu par un tribunal en application des art. 11 et 11.02 de la *LACC*. L'article 11.02 de la *LACC* permet de suspendre toute action, poursuite ou autre procédure pouvant être intentée contre la compagnie débitrice. Bien que le texte de cette disposition limite à première vue aux procédures judiciaires l'application du pouvoir de suspension, la jurisprudence interprète de manière large et libérale l'étendue des droits et recours susceptibles d'être inclus dans une ordonnance de suspension. Le tribunal est habilité à suspendre des droits reconnus aux créanciers mais dont l'exercice serait susceptible de mettre en péril la restructuration, y compris le droit d'opérer compensation pré-post. Une telle interprétation favorise les objectifs réparateurs de la *LACC*, en plus d'être cohérente avec l'économie de cette loi.

Dans la très vaste majorité des cas, l'ordonnance initiale suspendra, et devrait suspendre, le droit d'un créancier d'opposer à la débitrice la compensation pré-post. En revanche, le tribunal peut à sa discrétion refuser d'imposer une telle interdiction ou, si la compensation pré-post a été suspendue par l'ordonnance, lever cette suspension par la suite pour permettre à un créancier intéressé de faire valoir ses droits. L'interdiction absolue énoncée par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Kitco* à l'égard de la compensation pré-post doit donc être tempérée. Cependant, le tribunal doit faire preuve de prudence avant de permettre une telle forme de compensation, considérant son fort potentiel perturbateur.

En outre, l'art. 21 de la *LACC* ne confère pas aux créanciers un droit à la compensation pré-post qui serait à l'abri du pouvoir de suspension dont dispose le juge surveillant en vertu des art. 11 et 11.02 de la *LACC*. Lu à la lumière de son contexte, de son objet et de l'esprit de la *LACC*, l'art. 21 se limite à autoriser la compensation entre des dettes nées avant le prononcé de l'ordonnance initiale (« compensation pré-pré ») aux fins de quantification des réclamations des créanciers au jour de l'ouverture. Cette disposition n'a pas pour effet d'autoriser la compensation pré-post. Cela dit, l'art. 21 de la *LACC* n'a pas non plus pour effet d'interdire cette forme de compensation. Il

retains the discretion to stay or to authorize the exercise of a right to pre-post compensation, or set-off, invoked by a creditor under the civil law or the common law.

In exercising its discretion under the *CCAA*, a court must keep three baseline considerations in mind: (1) the appropriateness of the order being sought, (2) due diligence and (3) good faith on the applicant's part. The first consideration relates both to the order itself and to the means that are employed. It is assessed in light of the *CCAA*'s remedial objectives, which include protecting the public interest. In very specific circumstances, a court could conclude that protection of the public interest and the *CCAA*'s other remedial objectives justify authorizing pre-post compensation in favour of a creditor that has proved that it was a victim of fraud within the meaning of s. 19(2)(d) of the *CCAA*. However, the court should take care not to reduce the public interest to the interests of a particular creditor or group of creditors. The second consideration is also important because it discourages parties from sitting on their rights and ensures that creditors do not strategically manoeuvre or position themselves to gain an advantage.

In the case at bar, the words of the stay order made by the Superior Court are broad enough to stay pre-post compensation, and it would not be appropriate to lift the stay in relation to the VRP claim. Because the City has not proved the alleged fraud and has not relied, in support of its position, on any of the *CCAA*'s remedial objectives other than protecting the public interest, it has not discharged its burden of proving that the order being sought is appropriate. In addition, the City did not act with the diligence expected in *CCAA* proceedings.

With regard to the water meter contract claim, the Superior Court agreed to lift the stay of proceedings to allow the City to establish the existence and amount of its claim in that case. That order did not authorize the City to withhold the amounts owed to SM Group for the work subsequent to the initial order with a view to effecting compensation if the City was successful in the case relating to the water meter contract. In the circumstances, an order allowing the City to withhold the amounts owed to SM Group pending the outcome of that case would not be appropriate for the same reasons as those relating to the VRP claim.

s'ensuit que le juge surveillant conserve le pouvoir discrétionnaire de suspendre ou d'autoriser l'exercice du droit à la compensation pré-post invoqué par un créancier en vertu du droit civil ou de la common law.

Dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère la *LACC*, le tribunal doit garder à l'esprit trois considérations de base : (1) l'opportunité de l'ordonnance sollicitée, (2) la diligence et (3) la bonne foi du demandeur. La première considération vise tout autant l'ordonnance elle-même que les moyens utilisés et s'évalue au regard des objectifs réparateurs de la *LACC*, dont la protection de l'intérêt public. Dans des circonstances bien particulières, le tribunal pourrait conclure que la protection de l'intérêt public, de même que les autres objectifs réparateurs de la *LACC*, justifient d'autoriser la compensation pré-post en faveur d'un créancier qui a démontré avoir été victime de fraude au sens de l'al. 19(2)d) de la *LACC*. Par contre, le tribunal doit se garder de réduire l'intérêt public à l'intérêt d'un créancier ou d'un groupe de créanciers en particulier. La deuxième considération est également importante étant donné qu'elle décourage les parties de rester sur leurs positions et fait en sorte que les créanciers n'usent pas stratégiquement de ruse ou ne se placent pas eux-mêmes dans une position pour obtenir un avantage.

Dans la présente affaire, les termes de l'ordonnance de suspension rendue par la Cour supérieure sont suffisamment larges pour suspendre la compensation pré-post et il n'est pas indiqué de lever cette suspension en ce qui concerne la créance PRV. Puisque la Ville n'a pas apporté la preuve de la fraude alléguée et n'a pas invoqué un objectif réparateur de la *LACC* autre que la protection de l'intérêt public au soutien de sa position, elle ne s'est pas déchargée du fardeau qui lui incombait d'établir le caractère indiqué de l'ordonnance sollicitée. Au surplus, la Ville n'a pas fait montre de la diligence attendue dans le cadre d'une procédure fondée sur la *LACC*.

Pour ce qui est de la créance relative au contrat des compteurs d'eau, la Cour supérieure a accepté de lever la suspension des procédures pour permettre à la Ville d'établir l'existence et le montant de sa créance dans ce dossier. Cette ordonnance n'a pas autorisé la Ville à retenir les sommes dues à Groupe SM pour les travaux postérieurs à l'ordonnance initiale en vue d'opérer compensation dans l'éventualité où elle aurait gain de cause dans le dossier relatif au contrat des compteurs d'eau. Dans les circonstances, une ordonnance permettant à la Ville de retenir les sommes dues à Groupe SM jusqu'au dénouement du litige relatif au contrat des compteurs d'eau ne serait pas indiquée pour les mêmes motifs que ceux relatifs à la créance PRV.

Per Brown J. (dissenting): The appeal should be allowed solely for the purpose of remanding the case to the Superior Court so it can decide whether the City may effect pre-post compensation for the VRP claim and whether compensation is available in respect of the water meter claim. There is agreement with the majority that a supervising judge has a discretion under s. 11 of the CCAA as to whether to allow a creditor to effect pre-post compensation, or set-off. However, this discretion is not limited solely to the exceptional circumstances the majority describes. The scope of s. 21 of the CCAA is not limited to pre-pre compensation; pre-post compensation is permitted, but must be subject to the exercise of a supervising judge's discretion. Moreover, nothing in s. 21 of the CCAA prohibits judicial compensation.

The approach taken by the Quebec Court of Appeal in *Kitco*, according to which pre-post compensation will never be authorized under the CCAA, involves several errors and must be rejected. To begin with, the Court of Appeal erred in relying on a judgment rendered by the Court in the context of a bankruptcy under the *Bankruptcy and Insolvency Act* (“BIA”). Although the scheme established by the CCAA and the one established by the BIA must be viewed as an integrated body of insolvency law, there remain many differences between them, including two that are fundamental. First, when an insolvent company has recourse to the CCAA, it continues its business activities and is not divested of its property in favour of a third party, unlike with the measures put in place under the BIA that vest the bankrupt's property in a trustee. There is thus no loss of mutuality under the CCAA. This mutuality, which survives the initial order, is what makes compensation possible under the CCAA, unlike under the BIA. Secondly, the scheme established by the CCAA is flexible and allows creative solutions to be put forward to achieve the objective of restructuring a financially distressed company, in contrast to the BIA, which provides a set of pre-established rules. The CCAA's provisions must be interpreted expansively to enable its remedial objectives to be achieved. Because of these objectives, a broad discretion is also conferred on supervising judges by s. 11 of the CCAA. This discretion has no equivalent in the BIA.

Next, the state of the law elsewhere in Canada is clear: pre-post set-off is possible under the CCAA, subject to a supervising judge's discretion to stay such set-off having

Le juge Brown (dissident) : L'appel devrait être accueilli à seule fin de retourner le dossier devant la Cour supérieure pour qu'il soit décidé, d'une part, si la Ville peut opérer compensation pré-post à l'égard de la créance PRV et, d'autre part, si la réclamation à l'égard des compteurs d'eau donne ouverture à compensation. Il y a accord avec l'avis de la majorité portant que le juge surveillant possède, en vertu de l'art. 11 de la LACC, le pouvoir discrétionnaire d'autoriser ou non un créancier à opérer compensation pré-post. Cependant, ce pouvoir n'est pas limité aux seules circonstances exceptionnelles décrites par la majorité. Le champ d'application de l'art. 21 de la LACC n'est pas restreint à la compensation pré-pré; la compensation pré-post est permise, mais doit être assujettie à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge surveillant. De plus, rien dans l'art. 21 de la LACC n'interdit la compensation judiciaire.

L'approche établie par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Kitco*, selon laquelle la compensation pré-post ne sera jamais autorisée en vertu de la LACC, contient plusieurs erreurs et doit être rejetée. Tout d'abord, la Cour d'appel s'appuie erronément sur un arrêt de la Cour rendu dans un contexte de faillite sous le régime de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (« LFI »). Or, bien que le régime établi par la LACC et celui établi par la LFI doivent être perçus comme un ensemble intégré de règles du droit de l'insolvabilité, de nombreuses différences persistent entre ceux-ci, dont deux distinctions fondamentales. Premièrement, lorsque l'entreprise insolvable a recours à la LACC, elle continue ses opérations commerciales et n'est pas dessaisie de ses biens au profit d'un tiers, contrairement aux mesures mises en place en vertu de la LFI, suivant lesquelles le syndic obtient la saisine des biens du failli. Il n'y a donc pas de perte de réciprocité sous le régime de la LACC. Cette réciprocité, qui subsiste au-delà de l'ordonnance initiale, est ce qui rend possible la compensation en vertu de la LACC, par opposition à la LFI. Deuxièmement, le régime établi par la LACC est flexible et permet de mettre de l'avant des solutions créatives afin d'atteindre l'objectif de restructuration d'une entreprise en difficultés financières, par contraste avec la LFI, qui prévoit un ensemble de règles préétablies. Les dispositions de la LACC doivent être interprétées largement afin de permettre la réalisation de ses objectifs réparateurs, en raison desquels un vaste pouvoir discrétionnaire est également conféré au juge surveillant par l'art. 11 de la LACC. Ce pouvoir n'a pas d'équivalent dans la LFI.

Ensuite, l'état du droit ailleurs au Canada est clair : la compensation pré-post est possible sous le régime de la LACC, sous réserve du pouvoir discrétionnaire du juge

regard to its effects on the status quo period, the underlying objectives of this period, the advancement of efforts to reach an arrangement, and the remedial objectives of the CCAA. The approach proposed in *Kitco* has created an asymmetry between the interpretation given to s. 21 of the CCAA by the Quebec courts and the interpretation given to it by the courts of other Canadian provinces, which is contrary to the principle of homogenous interpretation of federal statutes.

Lastly, staying the remedies of an insolvent company's creditors under the CCAA to allow the company to develop a plan of arrangement is of critical importance. However, where a plan of arrangement cannot be contemplated and the insolvent company will be liquidated or sold in any event, to conclude that pre-post compensation is never allowed could be unfair to the company's creditors with claims that are certain, liquid and exigible. In such cases, the creditors' remedies will be stayed indefinitely and they will never be able to effect pre-post compensation, since the insolvent company will become an "empty shell" after the sale. Moreover, allowing pre-post compensation will not have the effect of derailing the company's restructuring process, as there is no such process in this situation.

In the instant case, there is no need to decide whether the VRP claim must be characterized as a claim based on "false pretences or fraudulent misrepresentation" within the meaning of s. 19(2)(d) of the CCAA. Section 21 of the CCAA must be interpreted as allowing pre-post compensation regardless of whether a claim results from fraud for the purposes of s. 19(2)(d). It is true that proof that the debt underlying a claim is fraudulent is a relevant factor in the exercise of a supervising judge's discretion to permit pre-post compensation; however, whether the City's VRP claim results from fraud is a question to be decided by the supervising judge, not by the Court.

Given that the supervising judge did not exercise her discretion under s. 11 of the CCAA, believing herself to be bound by the conclusions of the Quebec Court of Appeal in *Kitco*, it is not for the Court to exercise that discretion in order to determine whether to permit pre-post compensation. Supervising judges are in the best position to decide whether to exercise their discretion in a particular case. In cases involving an exercise of discretion by a court of first

surveillant d'en suspendre l'application pour tenir compte des incidences de la compensation pré-post sur la période de statu quo et de ses objectifs sous-jacents, du bon déroulement des efforts déployés pour réaliser un arrangement et des objectifs réparateurs de la LACC. L'approche avancée dans l'arrêt *Kitco* crée une asymétrie entre l'interprétation de l'art. 21 de la LACC par les tribunaux du Québec et par les tribunaux d'autres provinces canadiennes, qui va à l'encontre du principe de l'interprétation uniforme des lois fédérales.

Enfin, la suspension, en vertu de la LACC, des recours des créanciers d'une entreprise insolvable afin de permettre à celle-ci d'élaborer un plan d'arrangement revêt une importance cruciale. Par contre, lorsqu'un plan d'arrangement n'est pas envisageable et que l'entreprise insolvable sera de toute manière liquidée ou vendue, conclure que la compensation pré-post n'est jamais permise pourrait être injuste pour les créanciers de cette entreprise ayant une créance certaine, liquide et exigible. En effet, dans ces cas, les recours des créanciers seront suspendus indéfiniment et ils ne pourront jamais exercer compensation pré-post, l'entreprise insolvable étant devenue après la vente une « coquille vide ». Par ailleurs, permettre la compensation pré-post n'aura pas comme effet de faire dérailler le processus de restructuration de l'entreprise, ce processus étant alors inexistant.

En l'espèce, il n'est pas nécessaire de trancher la question de savoir si la créance PRV doit être qualifiée de réclamation fondée sur des « faux-semblants ou la présentation erronée et frauduleuse des faits » au sens de l'al. 19(2)d) de la LACC. L'article 21 de la LACC doit être interprété comme permettant d'opérer compensation pré-post, peu importe qu'il s'agisse ou non d'une réclamation qui découle d'une fraude au sens de l'al. 19(2)d). Certes, la démonstration du caractère frauduleux de la dette à l'origine d'une créance constitue un facteur pertinent dans l'exercice par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire de permettre la compensation pré-post; cependant, la question de savoir si la créance PRV de la Ville résulte d'une fraude est une question à laquelle il appartient à la juge surveillante de répondre, et non à la Cour.

Étant donné que, s'estimant liée par les conclusions de la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Kitco*, la juge surveillante n'a pas exercé le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 11 de la LACC, il ne revient pas à la Cour de l'exercer afin de décider s'il y a lieu d'autoriser ou non la compensation pré-post. Les juges surveillants sont les mieux placés pour décider s'ils doivent exercer leur pouvoir discrétionnaire dans une situation donnée.

instance, it is not in the interests of justice for the Court to step into that court's shoes and decide these matters.

Cases Cited

By Wagner C.J. and Côté J.

Overruled: *Quebec (Agence du revenu) v. Kitco Metals Inc.*, 2017 QCCA 268; **considered:** *North American Tungsten Corp., Re*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6, aff'd 2015 BCCA 426, 378 B.C.A.C. 116; *North American Tungsten Corp., Re*, 2015 BCSC 1382, 28 C.B.R. (6th) 147; *Air Canada, Re* (2003), 45 C.B.R. (4th) 13; **referred to:** *R. v. Fedele*, 2018 QCCA 1901; *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; 9354-9186 *Québec inc. v. Callidus Capital Corp.*, 2020 SCC 10, [2020] 1 S.C.R. 522; *Léger v. Ouellet*, 2011 QCCA 1858; *Dupuis v. Cernato Holdings Inc.*, 2019 QCCA 376; *Berger, Re*, 2010 ONSC 4376, 70 C.B.R. (5th) 225; *Lambert v. Macara*, [2004] R.J.Q. 2637; *Canada Mortgage and Housing Corp. v. Gray*, 2014 ONCA 236, 119 O.R. (3d) 710; *Terrain DEV Immobilier inc. v. Charron*, 2021 QCCA 417; *Pelletier v. CAE Rive-Nord*, 2019 QCCA 2164; *Tavan v. Rostami*, 2014 QCCA 304; *Guilbert v. Economical Mutual Insurance Co.*, 2020 MBQB 179, [2021] I.L.R. ¶I-6280; *Sharma v. Sandhu*, 2019 MBQB 160; *Royal Bank of Canada v. Hejna*, 2013 ONSC 1719; *Re Horwitz* (1984), 52 C.B.R. (N.S.) 102, aff'd (1985), 53 C.B.R. (N.S.) 275; *Agriculture Financial Services Corp. v. Zaborski*, 2009 ABQB 183, 58 C.B.R. (5th) 301; *Szeto, Re*, 2014 BCSC 1563, 15 C.B.R. (6th) 255; *The Toronto-Dominion Bank v. Merenick*, 2007 BCSC 1261; *Johnson v. Erdman*, 2007 SKQB 223, 34 C.B.R. (5th) 108; *Coyle (Bankrupt), Re*, 2011 NSSC 238, 304 N.S.R. (2d) 369; *Meridian Developments Inc. v. Toronto Dominion Bank* (1984), 32 Alta. L.R. (2d) 150; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 109; *Quinsam Coal Corp., Re*, 2000 BCCA 386, 20 C.B.R. (4th) 145; *Muscletech Research & Development Inc., Re* (2006), 19 C.B.R. (5th) 54; *Parc industriel Laprade inc. v. Conporec inc.*, 2008 QCCA 2222, [2008] R.J.Q. 2590; *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513; *Quintette Coal Ltd. v. Nippon Steel Corp.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 105; *Smoky River Coal Ltd., Re*, 1999 ABCA 179, 71 Alta. L.R. (3d) 1; *Associated Investors of Canada Ltd. (Manager of) v. Principal Savings & Trust Co. (Liquidator of)* (1993), 13 Alta. L.R. (3d) 115; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Stein v. Blake*, [1996] 1 A.C. 243; *Woodward's*

Dans les affaires qui reposent sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par un tribunal de première instance, il n'est pas dans l'intérêt de la justice que la Cour se mette à la place de ce tribunal et tranche ces questions.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Wagner et la juge Côté

Arrêt rejeté : *Québec (Agence du revenu) c. Métaux Kitco inc.*, 2017 QCCA 268, 46 C.B.R. (6th) 173; **arrêts examinés :** *North American Tungsten Corp., Re*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6, conf. par 2015 BCCA 426, 378 B.C.A.C. 116; *North American Tungsten Corp., Re*, 2015 BCSC 1382, 28 C.B.R. (6th) 147; *Air Canada, Re* (2003), 45 C.B.R. (4th) 13; **arrêts mentionnés :** *R. c. Fedele*, 2018 QCCA 1901; *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; 9354-9186 *Québec inc. c. Callidus Capital Corp.*, 2020 CSC 10, [2020] 1 R.C.S. 522; *Léger c. Ouellet*, 2011 QCCA 1858; *Dupuis c. Cernato Holdings Inc.*, 2019 QCCA 376; *Berger, Re*, 2010 ONSC 4376, 70 C.B.R. (5th) 225; *Lambert c. Macara*, [2004] R.J.Q. 2637; *Canada Mortgage and Housing Corp. c. Gray*, 2014 ONCA 236, 119 O.R. (3d) 710; *Terrain DEV Immobilier inc. c. Charron*, 2021 QCCA 417; *Pelletier c. CAE Rive-Nord*, 2019 QCCA 2164; *Tavan c. Rostami*, 2014 QCCA 304; *Guilbert c. Economical Mutual Insurance Co.*, 2020 MBQB 179, [2021] I.L.R. ¶I-6280; *Sharma c. Sandhu*, 2019 MBQB 160; *Royal Bank of Canada c. Hejna*, 2013 ONSC 1719; *Re Horwitz* (1984), 52 C.B.R. (N.S.) 102, conf. par (1985), 53 C.B.R. (N.S.) 275; *Agriculture Financial Services Corp. c. Zaborski*, 2009 ABQB 183, 58 C.B.R. (5th) 301; *Szeto, Re*, 2014 BCSC 1563, 15 C.B.R. (6th) 255; *The Toronto-Dominion Bank c. Merenick*, 2007 BCSC 1261; *Johnson c. Erdman*, 2007 SKQB 223, 34 C.B.R. (5th) 108; *Coyle (Bankrupt), Re*, 2011 NSSC 238, 304 N.S.R. (2d) 369; *Meridian Developments Inc. c. Toronto Dominion Bank* (1984), 32 Alta. L.R. (2d) 150; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 109; *Quinsam Coal Corp., Re*, 2000 BCCA 386, 20 C.B.R. (4th) 145; *Muscletech Research & Development Inc., Re* (2006), 19 C.B.R. (5th) 54; *Parc industriel Laprade inc. c. Conporec inc.*, 2008 QCCA 2222, [2008] R.J.Q. 2590; *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513; *Quintette Coal Ltd. c. Nippon Steel Corp.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 105; *Smoky River Coal Ltd., Re*, 1999 ABCA 179, 71 Alta. L.R. (3d) 1; *Associated Investors of Canada Ltd. (Manager of) c. Principal Savings & Trust Co. (Liquidator of)* (1993), 13 Alta. L.R. (3d) 115; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre*

Ltd., Re (1993), 79 B.C.L.R. (2d) 257; *Lehndorff General Partner Ltd., Re* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24; *Hawkair Aviation Services Ltd., Re*, 2006 BCSC 669, 22 C.B.R. (5th) 11; *Ernst & Young Inc. v. Essar Global Fund Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1; *Canadian Red Cross Society/Société canadienne de la Croix-Rouge, Re* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299.

By Brown J. (dissenting)

Quebec (Agence du revenu) v. Kitco Metals Inc., 2017 QCCA 268; *D.I.M.S. Construction inc. (Trustee of) v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 52, [2005] 2 S.C.R. 564; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; 9354-9186 *Québec inc. v. Callidus Capital Corp.*, 2020 SCC 10, [2020] 1 S.C.R. 522; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 109; *Quintette Coal Ltd. v. Nippon Steel Corp.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 105; *Cam-Net Communications v. Vancouver Telephone Co.*, 1999 BCCA 751, 71 B.C.L.R. (3d) 226; *North American Tungsten Corp., Re*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6, aff'd 2015 BCCA 426, 378 B.C.A.C. 116; *Re Just Energy Corp.*, 2021 ONSC 1793; *Crystallex International Corp., Re*, 2012 ONSC 6812, 100 C.B.R. (5th) 132; *Air Canada, Re* (2003), 45 C.B.R. (4th) 13; *North American Tungsten Corp., Re*, 2015 BCSC 1382, 28 C.B.R. (6th) 147; *Canadian Broadcasting Corp. v. Manitoba*, 2021 SCC 33, [2021] 2 S.C.R. 704.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act, the Companies' Creditors Arrangement Act and the Income Tax Act, S.C. 1997, c. 12.

Act to ensure mainly the recovery of amounts improperly paid as a result of fraud or fraudulent tactics in connection with public contracts, CQLR, c. R-2.2.0.0.3, ss. 1, Chapter II, 3 to 9, Chapter III, 10 to 17.

Act to give effect to the Charbonneau Commission recommendations on political financing, S.Q. 2016, c. 18.

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 71, 97(3), 121(1), 178(1)(e).

Civil Code of Québec, art. 2849.

Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 6(1), Part II, 11, 11.01, 11.02, 11.08, 11.1, Part III, 19, 20, 21, 32.

Integrity in Public Contracts Act, S.Q. 2012, c. 25.

Voluntary Reimbursement Program, CQLR, c. R-2.2.0.0.3, r. 1, ss. 1, 4, 7, 8.

du Revenu national, [1995] 3 R.C.S. 453; *Stein c. Blake*, [1996] 1 A.C. 243; *Woodward's Ltd., Re* (1993), 79 B.C.L.R. (2d) 257; *Lehndorff General Partner Ltd., Re* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24; *Hawkair Aviation Services Ltd., Re*, 2006 BCSC 669, 22 C.B.R. (5th) 11; *Ernst & Young Inc. c. Essar Global Fund Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1; *Canadian Red Cross Society/Société canadienne de la Croix-Rouge, Re* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299.

Citée par le juge Brown (dissident)

Québec (Agence du revenu) c. Métaux Kitco inc., 2017 QCCA 268, 46 C.B.R. (6th) 173; *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 52, [2005] 2 R.C.S. 564; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; 9354-9186 *Québec inc. c. Callidus Capital Corp.*, 2020 CSC 10, [2020] 1 R.C.S. 522; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 109; *Quintette Coal Ltd. c. Nippon Steel Corp.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 105; *Cam-Net Communications c. Vancouver Telephone Co.*, 1999 BCCA 751, 71 B.C.L.R. (3d) 226; *North American Tungsten Corp., Re*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6, conf. par 2015 BCCA 426, 378 B.C.A.C. 116; *Re Just Energy Corp.*, 2021 ONSC 1793; *Crystallex International Corp., Re*, 2012 ONSC 6812, 100 C.B.R. (5th) 132; *Air Canada, Re* (2003), 45 C.B.R. (4th) 13; *North American Tungsten Corp., Re*, 2015 BCSC 1382, 28 C.B.R. (6th) 147; *Société Radio-Canada c. Manitoba*, 2021 CSC 33, [2021] 2 R.C.S. 704.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, art. 2849.

Loi donnant suite aux recommandations de la Commission Charbonneau en matière de financement politique, L.Q. 2016, c. 18.

Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et la Loi de l'impôt sur le revenu, L.C. 1997, c. 12.

Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 71, 97(3), 121(1), 178(1)e).

Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36, art. 6(1), partie II, 11, 11.01, 11.02, 11.08, 11.1, partie III, 19, 20, 21, 32.

Loi sur les liquidations et les restructurations, L.R.C. 1985, c. W-11, art. 73(1).

Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics, L.Q. 2012, c. 25.

Loi visant principalement la récupération de sommes payées injustement à la suite de fraudes ou de

Winding-up and Restructuring Act, R.S.C. 1985, c. W-11, s. 73(1).

Authors Cited

- Alberta. Court of Queen's Bench. *Alberta Template CCAA Initial Order*, January 2019 (online: [https://www.albertacourts.ca/docs/default-source/qb/cal01---2470918-v2-ccaa-order-\(alberta\)---jagr-markup65b9d3391b316d6b9fc9ff00001037d2.pdf?sfvrsn=e986ad80_4](https://www.albertacourts.ca/docs/default-source/qb/cal01---2470918-v2-ccaa-order-(alberta)---jagr-markup65b9d3391b316d6b9fc9ff00001037d2.pdf?sfvrsn=e986ad80_4); archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC53_1_eng.pdf).
- Anderson, A. Robert, Thomas Gelbman and Benjamin Pullen. "Recent Developments in the Law of Set-off", in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2009*. Toronto: Carswell, 2010, 1.
- Boucher, Bernard. "Procédures en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*", dans *JurisClasseur Québec — Collection Droit des affaires — Faillite, insolvabilité et restructuration*, par Stéphane Rousseau, dir. Montréal: LexisNexis, 2010, fascicule 14 (feuilles mobiles mises à jour avril 2021, envoi n° 20).
- British Columbia. Supreme Court. *Model CCAA Initial Order*, August 1, 2015 (online: https://www.bccourts.ca/supreme_court/practice_and_procedure/practice_directions/civil/CCAA_Model_Initial_Order.docx; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC53_2_eng.pdf).
- Brochu, Denis. *Précis de la faillite et de l'insolvabilité*, 5^e éd. Montréal: LexisNexis, 2016.
- Code civil du Québec: Annotations — Commentaires 2020-2021*, 5^e éd. par Benoît Moore, dir., et autres. Montréal: Yvon Blais, 2020.
- Edwards, Stanley E. "Reorganizations Under the Companies' Creditors Arrangement Act" (1947), 25 *Can. Bar Rev.* 587.
- Houlden, L. W., G. B. Morawetz and Janis Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 3, 4th ed. rev. Toronto: Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated 2021, release 3).
- Keay, Andrew. "Insolvency Law: A Matter of Public Interest?" (2000), 51 *N. Ir. Legal Q.* 509.
- McElcheran, Kevin P. *Commercial Insolvency in Canada*, 4th ed. Toronto: LexisNexis, 2019.
- Morin, Luc, and Guillaume-Pierre Michaud. "Set-Off and Compensation in Insolvency Restructuring under the BIA/CCAA: After the *Kitco* and *Beyond the Rack Decisions*", in Janis P. Sarra and Barbara Romaine,

manœuvres dolosives dans le cadre de contrats publics, RLRQ, c. R-2.2.0.0.3, art. 1, chapitre II, 3 à 9, chapitre III, 10 à 17.

Programme de remboursement volontaire, RLRQ, c. R-2.2.0.0.3, r. 1, art. 1, 4, 7, 8.

Doctrine et autres documents cités

- Alberta. Cour du Banc de la Reine. *Alberta Template CCAA Initial Order*, January 2019 (en ligne : [https://www.albertacourts.ca/docs/default-source/qb/cal01---2470918-v2-ccaa-order-\(alberta\)---jagr-markup65b9d3391b316d6b9fc9ff00001037d2.pdf?sfvrsn=e986ad80_4](https://www.albertacourts.ca/docs/default-source/qb/cal01---2470918-v2-ccaa-order-(alberta)---jagr-markup65b9d3391b316d6b9fc9ff00001037d2.pdf?sfvrsn=e986ad80_4); version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC53_1_eng.pdf).
- Anderson, A. Robert, Thomas Gelbman and Benjamin Pullen. « Recent Developments in the Law of Set-off », in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2009*, Toronto, Carswell, 2010, 1.
- Boucher, Bernard. « Procédures en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* », dans *JurisClasseur Québec — Collection Droit des affaires — Faillite, insolvabilité et restructuration*, par Stéphane Rousseau, dir., Montréal, LexisNexis, 2010, fascicule 14 (feuilles mobiles mises à jour avril 2021, envoi n° 20).
- Brochu, Denis. *Précis de la faillite et de l'insolvabilité*, 5^e éd., Montréal, LexisNexis, 2016.
- Code civil du Québec : Annotations — Commentaires 2020-2021*, 5^e éd. par Benoît Moore, dir., et autres, Montréal, Yvon Blais, 2020.
- Colombie-Britannique. Cour suprême. *Model CCAA Initial Order*, August 1, 2015 (en ligne : https://www.bccourts.ca/supreme_court/practice_and_procedure/practice_directions/civil/CCAA_Model_Initial_Order.docx; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC53_2_eng.pdf).
- Edwards, Stanley E. « Reorganizations Under the Companies' Creditors Arrangement Act » (1947), 25 *R. du B. can.* 587.
- Houlden, L. W., G. B. Morawetz and Janis Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 3, 4th ed. rev., Toronto, Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated 2021, release 3).
- Keay, Andrew. « Insolvency Law : A Matter of Public Interest? » (2000), 51 *N. Ir. Legal Q.* 509.
- McElcheran, Kevin P. *Commercial Insolvency in Canada*, 4th ed., Toronto, LexisNexis, 2019.
- Morin, Luc, and Guillaume-Pierre Michaud. « Set-Off and Compensation in Insolvency Restructuring under the BIA/CCAA : After the *Kitco* and *Beyond the Rack Decisions* », in Janis P. Sarra and Barbara Romaine,

- eds., *Annual Review of Insolvency Law 2016*. Toronto: Thomson Reuters, 2017, 311.
- Ontario. Superior Court of Justice. Commercial List. *Initial Order*, January 21, 2014 (online: <https://www.ontariocourts.ca/scj/files/forms/com/intitial-order-CCAA-EN.doc>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC53_3_eng.pdf).
- Quebec. Superior Court. Commercial Division. *Initial Order*, May 2014 (online: https://www.barreaudemontreal.qc.ca/sites/default/files/frm-ordonnanceinitiale_mai2014.doc; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC53_4_eng.pdf).
- Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2013.
- Sarra, Janis P. "The Oscillating Pendulum: Canada's Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law", in Janis P. Sarra and Barbara Romaine, eds., *Annual Review of Insolvency Law 2016*. Toronto: Thomson Reuters, 2017, 9.
- Sarra, Janis P., Geoffrey B. Morawetz and L. W. Houlden. *The 2020-2021 Annotated Bankruptcy And Insolvency Act*. Toronto: Thomson Reuters, 2020.
- Saskatchewan. Court of Queen's Bench. *Saskatchewan Template CCAA Initial Order*, December 6, 2017 (online: <https://sasklawcourts.ca/wp-content/uploads/2021/07/QB1.CCAAINitialOrder.docx>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC53_5_eng.pdf).
- Thornton, Robert. "Air Canada and Stelco: Legal Developments and Practical Lessons", in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2006*. Toronto: Thomson/Carswell, 2007, 73.
- Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2015.
- eds., *Annual Review of Insolvency Law 2016*, Toronto, Thomson Reuters, 2017, 311.
- Ontario. Cour supérieure de justice. Rôle des affaires commerciales. *Ordonnance initiale*, 21 janvier 2014 (en ligne : <https://www.ontariocourts.ca/scj/files/forms/com/intitial-order-CCAA-FR.doc>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC53_3_fra.pdf).
- Québec. Cour supérieure. Chambre commerciale. *Ordonnance initiale*, mai 2014 (en ligne : https://www.barreaudemontreal.qc.ca/sites/default/files/frm-ordonnanceinitiale_mai2014.doc; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC53_4_fra.pdf).
- Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 2013.
- Sarra, Janis P. « The Oscillating Pendulum : Canada's Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law », in Janis P. Sarra and Barbara Romaine, eds., *Annual Review of Insolvency Law 2016*, Toronto, Thomson Reuters, 2017, 9.
- Sarra, Janis P., Geoffrey B. Morawetz and L. W. Houlden. *The 2020-2021 Annotated Bankruptcy And Insolvency Act*, Toronto, Thomson Reuters, 2020.
- Saskatchewan. Cour du Banc de la Reine. *Saskatchewan Template CCAA Initial Order*, December 6, 2017 (en ligne : <https://sasklawcourts.ca/wp-content/uploads/2021/07/QB1.CCAAINitialOrder.docx>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC53_5_eng.pdf).
- Thornton, Robert. « Air Canada and Stelco : Legal Developments and Practical Lessons », in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2006*, Toronto, Thomson/Carswell, 2007, 73.
- Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2015.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Rochette, Healy and Ruel JJ.A.), 2020 QCCA 438, [2020] J.Q. n° 1852 (QL), 2020 CarswellQue 1987 (WL Can.), affirming a decision of Coriveau J., 2019 QCCS 2316, [2019] J.Q. n° 4840 (QL), 2019 CarswellQue 5032 (WL Can.). Appeal dismissed, Brown J. dissenting.

Raphaël Lescop and Eleni Yiannakis, for the appellant.

Guy P. Martel and Danny Duy Vu, for the respondent.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Rochette, Healy et Ruel), 2020 QCCA 438, [2020] J.Q. n° 1852 (QL), 2020 CarswellQue 1987 (WL Can.), qui a confirmé une décision de la juge Coriveau, 2019 QCCS 2316, [2019] J.Q. n° 4840 (QL), 2019 CarswellQue 5032 (WL Can.). Pourvoi rejeté, le juge Brown est dissident.

Raphaël Lescop et Eleni Yiannakis, pour l'appelante.

Guy P. Martel et Danny Duy Vu, pour l'intimée.

Alain Tardif, for the interveners the Alaris Royalty Corp. and the Integrated Private Debt Fund V LP.

Luc Béliveau, for the intervenor Thornhill Investments Inc.

Elizabeth Ferland, for the intervenor Ville de Laval.

Marc Duchesne, for the intervenor Union des municipalités du Québec.

English version of the judgment of Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté, Rowe and Martin JJ. delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND CÔTÉ J. —

TABLE OF CONTENTS

	Paragraph
I. <u>Introduction</u>	1
II. <u>Facts</u>	6
III. <u>Judicial History</u>	14
A. <i>Quebec Superior Court, 2019 QCCS 2316 (Corriveau J.)</i>	14
B. <i>Quebec Court of Appeal, 2020 QCCA 438 (Rochette and Healy J.J.A., Ruel J.A. Dissenting in Part)</i>	15
IV. <u>Issues</u>	17
V. <u>Analysis</u>	19
A. <i>Voluntary Reimbursement Program Claim</i>	21
(1) <u>Characterization of the Voluntary Reimbursement Program Claim</u>	21
(2) <u>Compensation Between Debts Arising Before and After an Initial Order (Pre-post Compensation)</u>	44

Alain Tardif, pour les intervenantes Alaris Royalty Corp. et Integrated Private Debt Fund V LP.

Luc Béliveau, pour l'intervenante Thornhill Investments Inc.

Elizabeth Ferland, pour l'intervenante la Ville de Laval.

Marc Duchesne, pour l'intervenante l'Union des municipalités du Québec.

Le jugement du juge en chef Wagner et des juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Rowe et Martin a été rendu par

LE JUGE EN CHEF ET LA JUGE CÔTÉ —

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. <u>Introduction</u>	1
II. <u>Faits</u>	6
III. <u>Historique judiciaire</u>	14
A. <i>Cour supérieure du Québec, 2019 QCCS 2316 (la juge Corriveau)</i>	14
B. <i>Cour d'appel du Québec, 2020 QCCA 438 (les juges Rochette et Healy, le juge Ruel, dissident en partie)</i>	15
IV. <u>Questions en litige</u>	17
V. <u>Analyse</u>	19
A. <i>Créance du Programme de remboursement volontaire</i>	21
(1) <u>Qualification de la créance du Programme de remboursement volontaire</u>	21
(2) <u>Compensation entre des dettes nées avant et après le prononcé de l'ordonnance initiale (compensation pré-post)</u>	44

(a)	<i>Power to Grant and Lift a Stay of the Right to Pre-post Compensation</i>	54
(b)	<i>Scope of Section 21 of the CCAA</i>	63
(c)	<i>Application</i>	83
B.	<i>Water Meter Contract Claim</i>	96
VI.	<u>Conclusion</u>	100
I.	<u>Introduction</u>	

[1] This appeal raises an issue relating to compensation, or set-off in a common law setting, between two debts in the context of proceedings under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 ("CCAA"). The question is whether compensation is permitted for debts between the same parties: on the one hand, a debt resulting from the *Act to ensure mainly the recovery of amounts improperly paid as a result of fraud or fraudulent tactics in connection with public contracts*, CQLR, c. R-2.2.0.0.3 ("Bill 26"), that predates an initial order made under the CCAA and, on the other hand, a debt between the same parties that postdates that order. In these reasons, we will use the expression "pre-post compensation" to refer generally to compensation between debts arising before and after an initial order.

[2] This question thus affords the Court an occasion to interpret, for the first time, certain provisions of Bill 26 as well as the regulation made under it, the *Voluntary Reimbursement Program*, CQLR, c. R-2.2.0.0.3, r. 1 ("VRP Regulation"). In doing so, we will clarify for public bodies the burden of proof that rests on them in seeking to establish that a claim arising from an agreement entered into under the Voluntary Reimbursement Program ("VRP") is fraudulent.

[3] Bill 26 was passed by the Quebec National Assembly in March 2015 in response to a commission

a)	<i>Pouvoir d'accorder et de lever une suspension du droit à la compensation pré-post</i>	54
b)	<i>La portée de l'art. 21 de la LACC</i>	63
c)	<i>Application</i>	83
B.	<i>Créance relative au contrat des compteurs d'eau</i>	96
VI.	<u>Conclusion</u>	100
I.	<u>Introduction</u>	

[1] Le présent pourvoi soulève un problème de compensation entre deux dettes dans le contexte de procédures engagées sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36 (« LACC »). Il s'agit de savoir si la compensation est permise entre des dettes entre les mêmes parties, d'une part, une dette résultant de la *Loi visant principalement la récupération de sommes payées injustement à la suite de fraudes ou de manœuvres dolosives dans le cadre de contrats publics*, RLRQ, c. R-2.2.0.0.3 (« Loi 26 »), antérieure à une ordonnance initiale émise en vertu de la LACC, et, d'autre part, une dette postérieure à cette ordonnance encourue entre les mêmes parties. Dans les présents motifs, nous utiliserons l'expression « compensation pré-post » pour désigner de manière générale la compensation entre des dettes nées avant et après l'émission d'une ordonnance initiale.

[2] Cette question fournit ainsi à notre Cour l'occasion d'interpréter pour la première fois certaines dispositions de la Loi 26, ainsi que son règlement d'application, le *Programme de remboursement volontaire*, RLRQ, c. R-2.2.0.0.3, r. 1 (« règlement PRV »). Ce faisant, nous clarifions, à l'intention des organismes publics, le fardeau de preuve qui leur incombe lorsqu'ils tentent d'établir le caractère frauduleux d'une créance résultant d'une entente conclue en vertu du Programme de remboursement volontaire (« PRV »).

[3] La Loi 26 a été adoptée par l'Assemblée nationale du Québec en mars 2015 à la suite d'une

of inquiry that had brought to light the existence of schemes involving collusion and corruption in the awarding and management of public contracts in the construction industry (“Charbonneau Commission”), and the VRP Regulation was made a few months later. The program resulting from this legislation, which was in effect for two years, allowed enterprises to “reimburse certain amounts improperly paid in the course of the tendering, awarding or management of a public contract in relation to which there may have been fraud or fraudulent tactics” (s. 3 of Bill 26).

[4] To answer the question with respect to compensation in the context of this appeal, the Court must first determine whether a claim arising from an agreement entered into under the VRP is necessarily a “claim that relates to” a “debt or liability resulting from obtaining property or services by false pretences or fraudulent misrepresentation” pursuant to s. 19(2)(d) of the CCAA. We would answer this question in the negative. It cannot be presumed that a claim arising from the VRP falls within that provision where no evidence to this effect has been tendered. We also conclude that a court should generally exercise its discretion to stay pre-post compensation, although it may, in rare cases, refuse such a stay. As well, the court may later lift the stay of the right to pre-post compensation in appropriate cases. In the case at bar, however, we conclude that the initial order stayed the right of the appellant, Ville de Montréal (“City”), to pre-post compensation and that it would not be appropriate to lift the stay in relation to the claims in issue.

[5] The appeal should therefore be dismissed.

II. Facts

[6] SM Group, which at the relevant time was a consulting engineering firm, performed a variety of contracts for the City over a period of several years. The Charbonneau Commission’s work uncovered a

commission d’enquête qui a mis en lumière l’existence de stratagèmes de collusion et de corruption dans l’octroi et la gestion de contrats publics dans l’industrie de la construction (« Commission Charbonneau »), et le règlement PRV a été pris quelques mois plus tard. Mis en vigueur pour une période de deux ans, le programme issu de cette loi a permis à des entreprises de « rembourser certaines sommes payées injustement dans le cadre de l’adjudication, de l’attribution ou de la gestion d’un contrat public et pour lequel il aurait pu y avoir fraude ou manœuvre dolosive » (art. 3 de la Loi 26).

[4] Pour trancher la question relative à la compensation dans le contexte du présent pourvoi, notre Cour doit d’abord déterminer si une créance découlant d’une entente conclue dans le cadre du PRV constitue nécessairement une « réclamation se rapportant à » une « dette ou obligation résultant de l’obtention de biens ou de services par des faux-semblants ou la présentation erronée et frauduleuse des faits » aux termes de l’al. 19(2)d) de la LACC. Nous sommes d’avis de répondre à cette question par la négative. On ne peut présumer qu’une créance issue du PRV est visée par cette disposition lorsqu’aucune preuve n’a été administrée à cet effet. Nous concluons par ailleurs que le tribunal devrait généralement exercer son pouvoir discrétionnaire afin de suspendre la compensation pré-post, bien qu’il puisse, dans de rares cas, refuser de la suspendre. De même, le tribunal peut, par la suite, lever la suspension du droit à la compensation pré-post dans les cas qui s’y prêtent. En l’espèce, toutefois, nous concluons que l’ordonnance initiale a suspendu le droit de l’appelante Ville de Montréal (« Ville ») à la compensation pré-post et qu’il n’est pas indiqué de lever cette suspension pour ce qui est des créances en litige.

[5] En conséquence, l’appel doit être rejeté.

II. Faits

[6] Groupe SM, qui était au moment des faits une firme de génie-conseil, a exécuté divers contrats pour la Ville sur une période de plusieurs années. Les travaux de la Commission Charbonneau ont

link between SM Group and certain central players in the collusion schemes. Two of its former officers were in fact charged with criminal offences. SM Group subsequently became insolvent.

révélé l’existence d’un lien entre Groupe SM et des acteurs au cœur des stratagèmes de collusion. Deux de ses anciens dirigeants ont d’ailleurs fait l’objet d’accusations criminelles. Par la suite, Groupe SM est devenu insolvable.

[7] On August 24, 2018, the Quebec Superior Court made an initial order by which SM Group became subject to proceedings under the CCAA and the rights and remedies of creditors were stayed. The respondent, Deloitte Restructuring Inc. (“Deloitte”), was appointed as monitor. Following that order, SM Group continued to perform work for the City, including the construction of the Samuel De Champlain Bridge and the rebuilding of the Turcot Interchange.

[7] Le 24 août 2018, la Cour supérieure du Québec (« Tribunal ») rend une ordonnance initiale assujettissant Groupe SM à des procédures déposées en vertu de la LACC et suspendant les droits et recours des créanciers. L’intimée Restructuration Deloitte Inc. (« Deloitte ») est nommée à titre de contrôleur. Postérieurement à cette ordonnance, Groupe SM continue à effectuer des travaux dont bénéficie la Ville, notamment la construction du pont Samuel-De Champlain et la réfection de l’échangeur Turcot.

[8] The City refused to pay for that work. On November 7, 2018, it invoked its right to effect compensation between its debt to SM Group for the work done after the initial order and two claims against SM Group that, according to the City, arose before the order and resulted from fraud on SM Group’s part.

[8] La Ville refuse de payer ces travaux. Le 7 novembre 2018, elle invoque son droit d’opérer compensation entre sa dette envers Groupe SM résultant des travaux effectués postérieurement à l’ordonnance initiale, et deux créances de Groupe SM qui, soutient-elle, sont nées avant l’ordonnance et résulteraient de fraude de ce dernier.

[9] On November 12, 2018, the Superior Court approved the sale of some of SM Group’s assets to Thornhill Investments Inc. (“Thornhill”). One week later, SM Group’s contracts were assigned to Thornhill.

[9] Le 12 novembre 2018, le Tribunal approuve la vente partielle des actifs de Groupe SM à Thornhill Investments Inc. (« Thornhill »). Une semaine plus tard, les contrats de Groupe SM sont cédés à Thornhill.

[10] The two claims raised by the City are related to the application of Bill 26. The purpose of that statute, read in conjunction with the *Integrity in Public Contracts Act*, S.Q. 2012, c. 25, enacted in 2012, and the *Act to give effect to the Charbonneau Commission recommendations on political financing*, S.Q. 2016, c. 18, enacted in 2016, is to strengthen public confidence in government institutions by addressing the revelations made by the Charbonneau Commission. Bill 26 has been described as [TRANSLATION] “a statutory benchmark for establishing a lack of ethics and lax (if not criminal) morals in a number of enterprises in relation to the awarding of public contracts in Quebec” (*R. v. Fedele*, 2018 QCCA 1901, at para. 44 (CanLII)).

[10] Les deux créances invoquées par la Ville sont liées à l’application de la Loi 26. Lue avec la *Loi sur l’intégrité en matière de contrats publics*, L.Q. 2012, c. 25, adoptée en 2012, et la *Loi donnant suite aux recommandations de la Commission Charbonneau en matière de financement politique*, L.Q. 2016, c. 18, adoptée en 2016, la Loi 26 a pour objectif de renforcer la confiance du public dans les institutions publiques en donnant suite aux révélations émanant de la Commission Charbonneau. Elle a été décrite comme « un repère législatif permettant de conclure au manque d’éthique et à la morale laxiste (sinon criminelle) dans plusieurs entreprises en lien avec l’octroi de contrats publics au Québec » (*R. c. Fedele*, 2018 QCCA 1901, par. 44 (CanLII)).

[11] The first claim the City alleges it has against SM Group arises from a settlement agreement entered into in November 2017 by SM Group and the Minister of Justice, acting on the City's behalf, under the VRP ("VRP claim"). The second is based on a proceeding brought by the City against SM Group in September 2018, in which it claimed more than \$14 million from SM Group for allegedly having participated in collusion in relation to a call for tenders for a water meter contract ("water meter contract claim").

[12] Because SM Group had failed to repay the VRP claim and because the sale of certain assets to Thornhill was imminent, the City advised SM Group that it intended to effect compensation between what it owed SM Group and the above-mentioned claims, noting that those claims could not be discharged or dealt with by a compromise or arrangement in the planned restructuring process given that they resulted from fraud and from a misappropriation of public funds.

[13] In response, Deloitte applied for a declaratory judgment stating that compensation could not be effected with respect to the amounts owed by the City to SM Group for work performed for the City.

III. Judicial History

A. *Quebec Superior Court, 2019 QCCS 2316 (Corriveau J.)*

[14] The supervising judge granted Deloitte's application for a declaratory judgment and held that pre-post compensation could not be effected in favour of the City. Even though, in her view, the VRP claim was linked to an allegation of fraud that had not been refuted by SM Group, she concluded that, according to the principles laid down in *Quebec (Agence du revenu) v. Kitco Metals Inc.*, 2017 QCCA 268, pre-post compensation was not possible. She also concluded that the water meter contract claim was neither liquid nor exigible, which precluded compensation.

[11] La première créance que la Ville prétend détenir contre Groupe SM résulte d'une entente de règlement intervenue en novembre 2017 entre Groupe SM et la ministre de la Justice, agissant pour le compte de la Ville, dans le cadre du PRV (« créance PRV »). La seconde créance est fondée sur un recours intenté par la Ville contre Groupe SM, en septembre 2018, dans lequel elle lui réclame plus de 14 millions de dollars au motif qu'il aurait participé à une collusion relativement à l'appel d'offres du contrat des compteurs d'eau (« créance relative au contrat des compteurs d'eau »).

[12] Vu le défaut de Groupe SM de rembourser la créance PRV et l'imminence de la vente de certains actifs à Thornhill, la Ville informe Groupe SM de son intention d'opérer compensation entre ce qu'elle lui doit et les créances ci-haut mentionnées, tout en précisant que ces créances ne peuvent être purgées ou compromises par la restructuration envisagée puisqu'elles découlent de la fraude et d'un détournement de fonds du Trésor public.

[13] En réponse, Deloitte demande un jugement déclaratoire portant que les sommes dues à Groupe SM par la Ville pour des travaux exécutés pour son bénéfice ne peuvent faire l'objet de compensation.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure du Québec, 2019 QCCS 2316 (la juge Corriveau)*

[14] La juge surveillante accueille la demande en jugement déclaratoire de Deloitte et décide que la compensation pré-post ne peut s'opérer en faveur de la Ville. Même si, selon elle, la créance PRV est liée à une allégation de fraude non réfutée par Groupe SM, la juge surveillante conclut que, selon les enseignements de l'arrêt *Québec (Agence du revenu) c. Métaux Kitco inc.*, 2017 QCCA 268, 46 C.B.R. (6th) 173, la compensation pré-post n'est pas possible. Elle statue par ailleurs que la créance relative au contrat des compteurs d'eau n'est ni liquide ni exigible, de sorte que la compensation ne peut être opérée.

B. *Quebec Court of Appeal, 2020 QCCA 438 (Rochette and Healy J.J.A., Ruel J.A. Dissenting in Part)*

[15] Rochette J.A., writing for the majority, rejected the City's argument regarding the VRP claim. Relying on *Kitco*, he reached the same conclusion as the supervising judge: that pre-post compensation could not be effected in this case. He also rejected the City's argument that a claim relating to fraud falling within s. 19(2)(d) of the CCAA is an exception to the rule stated in that case. In any event, he expressed the view that the City had not proved that s. 19(2)(d) applied to its claims. Finally, with regard to the water meter contract claim, Rochette J.A. added that the conditions for judicial compensation were not met, since the certainty, liquidity and exigibility of that claim had to be determined later in a proceeding other than that of the restructuring case.

[16] Ruel J.A., dissenting in part, agreed with his colleagues on the nature of the water meter contract claim. However, he was of the view that the VRP claim had to be presumed to fall within s. 19(2)(d) of the CCAA and that *Kitco* had to be distinguished on the basis that it had been rendered in a different context. In the final analysis, Ruel J.A. found that s. 19(2)(d) of the CCAA represents an exception to the principle established in that case and that it therefore allowed pre-post compensation between the two parties' respective debts.

IV. Issues

[17] This appeal raises the following three questions:

1. Is the VRP claim a claim that relates to a debt resulting from fraud pursuant to s. 19(2)(d) of the CCAA?
2. Does the CCAA permit compensation between a debt that arises before an initial order and one that arises after that order?
3. If compensation is permitted, should the City be authorized to withhold the payments owed

B. *Cour d'appel du Québec, 2020 QCCA 438 (les juges Rochette et Healy, le juge Ruel, dissident en partie)*

[15] Rédigeant pour la majorité, le juge Rochette rejette la prétention de la Ville relativement à la créance PRV. S'appuyant sur l'arrêt *Kitco*, il conclut, à l'instar de la juge surveillante, que la compensation pré-post ne peut s'opérer en l'espèce. En outre, il rejette l'argument de la Ville selon lequel une créance relative à la fraude visée par l'al. 19(2)d) de la LACC constitue une exception à la règle énoncée dans cet arrêt. Quoiqu'il en soit, il se dit d'avis que la Ville n'a pas prouvé que ses créances sont visées par cette disposition. Enfin, en ce qui concerne la créance relative au contrat des compteurs d'eau, le juge Rochette ajoute que les conditions de la compensation judiciaire ne sont pas réunies, le caractère certain, liquide et exigible de cette créance devant être déterminé postérieurement dans une autre instance que celle du dossier de restructuration.

[16] Dissident en partie, le juge Ruel partage l'avis de ses collègues sur la nature de la créance relative au contrat des compteurs d'eau. Cependant, il est plutôt d'avis qu'il faut présumer que la créance PRV est visée par l'al. 19(2)d) de la LACC et que l'arrêt *Kitco* doit être distingué étant donné qu'il a été rendu dans un contexte différent. En dernière analyse, le juge Ruel estime que l'al. 19(2)d) de la LACC fait exception au principe établi dans cet arrêt et permet donc la compensation pré-post entre les dettes respectives des deux parties.

IV. Questions en litige

[17] Le présent pourvoi soulève les trois questions suivantes :

1. La créance PRV est-elle une réclamation se rapportant à une dette qui résulte de fraude aux termes de l'al. 19(2)d) de la LACC?
2. La LACC autorise-t-elle la compensation entre une dette née avant une ordonnance initiale et une dette née après cette ordonnance?
3. Si la compensation est permise, la Ville devrait-elle être autorisée à retenir les paiements dus

to SM Group until judgment is rendered in the case relating to the water meter contract?

[18] We will deal with these questions by considering each of the City's claims separately.

V. Analysis

[19] In essence, the City argues that the VRP claim cannot be dealt with by a compromise or arrangement because it relates to a debt resulting from fraud pursuant to s. 19(2)(d) of the CCAA. According to the City, such a claim falls outside the absolute prohibition against pre-post compensation imposed by *Kitco*. The City also argues that the absolute nature of the *Kitco* rule is inconsistent with the broad discretion conferred on supervising judges by the CCAA. It submits that supervising judges can, in exercising their discretion, authorize pre-post compensation in appropriate circumstances. The exercise of this discretion is particularly appropriate where fraud is involved.

[20] For the reasons that follow, we are of the view that the VRP claim in this case is not a claim that relates to a debt resulting from fraud pursuant to s. 19(2)(d) of the CCAA. We also conclude that a right to pre-post compensation, or set-off, invoked under the civil law or the common law can be stayed under ss. 11 and 11.02 of the CCAA. In our opinion, however, a supervising judge has the discretion to authorize pre-post compensation only in exceptional circumstances, given the high disruptive potential of this form of compensation. In this regard, the fact that the debt underlying a VRP claim is fraudulent, where this is shown, is a relevant factor in the exercise of the supervising judge's discretion. In this case, we find that it would not be appropriate to allow the City to effect compensation with respect to the VRP claim. Nor would it be appropriate to authorize the City to withhold the payments owed to SM Group pending the outcome of the case relating to the water meter contract.

à Groupe SM en attendant que jugement soit rendu dans le dossier relatif au contrat des compteurs d'eau?

[18] Nous traiterons de ces questions en abordant séparément chacune des créances invoquées par la Ville.

V. Analyse

[19] Essentiellement, la Ville soutient que la créance PRV est une réclamation qui ne peut être considérée dans le cadre d'une transaction ou d'un arrangement, puisqu'elle se rapporte à une dette qui résulte de fraude aux termes de l'al. 19(2)d) de la LACC. Selon la Ville, une telle réclamation échappe à l'interdiction absolue énoncée dans l'arrêt *Kitco* à l'égard de la compensation pré-post. La Ville plaide également que le caractère absolu de la règle de l'arrêt *Kitco* est incompatible avec le large pouvoir discrétionnaire conféré au juge surveillant par la LACC. La Ville estime que le juge surveillant peut, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, autoriser la compensation pré-post dans des circonstances appropriées. L'exercice de ce pouvoir est d'autant plus indiqué en présence de fraude.

[20] Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis que la créance PRV visée en l'espèce n'est pas une réclamation se rapportant à une dette qui résulte de fraude aux termes de l'al. 19(2)d) de la LACC. Nous concluons par ailleurs que le droit à la compensation pré-post invoqué en vertu du droit civil ou de la common law peut être suspendu en application des art. 11 et 11.02 de la LACC. Toutefois, nous sommes d'avis que le juge surveillant possède le pouvoir discrétionnaire d'autoriser la compensation pré-post dans des circonstances exceptionnelles seulement, considérant le fort potentiel perturbateur de cette forme de compensation. À cet égard, le caractère frauduleux de la dette à l'origine d'une créance PRV, lorsque démontré, constitue un facteur pertinent dans l'exercice de la discrétion du juge surveillant. En l'espèce, nous estimons qu'il ne serait pas indiqué de permettre à la Ville d'opérer compensation en ce qui concerne la créance PRV. Il ne serait pas non plus approprié d'autoriser la Ville à retenir les paiements dus à Groupe SM jusqu'au dénouement du litige relatif au contrat des compteurs d'eau.

A. *Voluntary Reimbursement Program Claim*

(1) Characterization of the Voluntary Reimbursement Program Claim

[21] We must begin by determining whether the VRP claim is a claim that relates to a fraudulent debt, because this is the premise behind the City’s reasoning. For the reasons that follow, we conclude that this basic premise is not correct: the VRP claim is not a claim that relates to a debt resulting from fraud pursuant to s. 19(2)(d) of the *CCAA*. The mere fact that a debtor company participated in the VRP is not sufficient to infer that the company defrauded a public body. In light of this conclusion, it is not necessary for us to deal with Deloitte’s alternative argument that s. 19 of the *CCAA* is inapplicable in this case because there is no plan providing for a compromise or arrangement.

[22] The first step in characterizing the VRP claim is to distinguish, for the purposes of the *CCAA*, claims that are subject to a compromise or arrangement from those that are not. Section 19(1) of the *CCAA* sets out the general scheme governing claims that may be dealt with by a compromise or arrangement:

19 (1) Subject to subsection (2), the only claims that may be dealt with by a compromise or arrangement in respect of a debtor company are

(a) claims that relate to debts or liabilities, present or future, to which the company is subject on the earlier of

(i) the day on which proceedings commenced under this Act, and

(ii) if the company filed a notice of intention under section 50.4 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* or commenced proceedings under this Act with the consent of inspectors referred to in section 116 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, the date of

A. *Créance du Programme de remboursement volontaire*

(1) Qualification de la créance du Programme de remboursement volontaire

[21] Il nous incombe de déterminer, d’entrée de jeu, si la créance PRV est une réclamation se rapportant à une dette frauduleuse, puisque cette prémisse explique le raisonnement de la Ville. Pour les motifs qui suivent, nous concluons que cette prémisse fondamentale n’est pas fondée : la créance PRV n’est pas une réclamation se rapportant à une dette qui résulte de fraude aux termes de l’al. 19(2)d) de la *LACC*. En effet, la seule participation au PRV par une société débitrice n’est pas suffisante pour inférer la commission d’une fraude par cette dernière à l’endroit d’un organisme public. Considérant cette conclusion, il n’est pas nécessaire de nous prononcer sur l’argument subsidiaire de Deloitte selon lequel l’art. 19 de la *LACC* serait inapplicable en l’espèce, en raison de l’absence de plan prévoyant une transaction ou un arrangement.

[22] Pour qualifier la créance PRV, il faut d’abord distinguer, au sens de la *LACC*, les réclamations compromises par la transaction ou l’arrangement de celles qui ne le sont pas. Le paragraphe 19(1) de cette loi énonce le régime général encadrant les réclamations qui peuvent être considérées dans le cadre d’une transaction ou d’un arrangement :

19 (1) Les seules réclamations qui peuvent être considérées dans le cadre d’une transaction ou d’un arrangement visant une compagnie débitrice sont :

a) celles se rapportant aux dettes et obligations, présentes ou futures, auxquelles la compagnie est assujettie à celle des dates ci-après qui est antérieure à l’autre :

(i) la date à laquelle une procédure a été intentée sous le régime de la présente loi à l’égard de la compagnie,

(ii) la date d’ouverture de la faillite, au sens de l’article 2 de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, si elle a déposé un avis d’intention sous le régime de l’article 50.4 de cette loi ou qu’elle a intenté une procédure sous le régime de la présente loi avec le

the initial bankruptcy event within the meaning of section 2 of that Act; and

(b) claims that relate to debts or liabilities, present or future, to which the company may become subject before the compromise or arrangement is sanctioned by reason of any obligation incurred by the company before the earlier of the days referred to in subparagraphs (a)(i) and (ii).

[23] As an exception to this scheme, s. 19(2) of the CCAA provides that certain claims may not be dealt with by a compromise or arrangement, including those that result from fraud:

(2) A compromise or arrangement in respect of a debtor company may not deal with any claim that relates to any of the following debts or liabilities unless the compromise or arrangement explicitly provides for the claim's compromise and the creditor in relation to that debt has voted for the acceptance of the compromise or arrangement:

...

(d) any debt or liability resulting from obtaining property or services by false pretences or fraudulent misrepresentation, other than a debt or liability of the company that arises from an equity claim; . . .

[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, [2020] 1 S.C.R. 522, 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

consentement des inspecteurs visés à l’article 116 de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*;

b) celles se rapportant aux dettes et obligations, présentes ou futures, auxquelles elle peut devenir assujettie avant l’acceptation de la transaction ou de l’arrangement, en raison d’une obligation contractée antérieurement à celle des dates mentionnées aux sous-alinéas a)(i) et (ii) qui est antérieure à l’autre.

[23] À titre d’exception à ce régime, le par. 19(2) de la LACC prévoit que certaines réclamations ne peuvent être compromises, notamment celles découlant de fraude :

(2) La réclamation se rapportant à l’une ou l’autre des dettes ou obligations ci-après ne peut toutefois être ainsi considérée, à moins que la transaction ou l’arrangement ne prévoie expressément la possibilité de transiger sur cette réclamation et que le créancier intéressé n’ait voté en faveur de la transaction ou de l’arrangement proposé :

...

d) toute dette ou obligation résultant de l’obtention de biens ou de services par des faux-semblants ou la présentation erronée et frauduleuse des faits, autre qu’une dette ou obligation de la compagnie qui découle d’une réclamation relative à des capitaux propres;

[24] Pour déterminer le fardeau de preuve applicable à ce régime, il convient de se référer à la jurisprudence et à la doctrine portant sur l’al. 178(1)(e) de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3 (« LFI »), lequel s’apparente en tous points à l’al. 19(2)(d) de la LACC. Comme notre Cour l’a souligné dans l’arrêt *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, ces deux lois « [font] partie d’un ensemble intégré de règles du droit de l’insolvabilité » (par. 78; voir aussi 9354-9186 *Québec inc. c. Callidus Capital Corp.*, 2020 CSC 10, [2020] 1 R.C.S. 522, par. 74).

[25] Afin de satisfaire au fardeau qui lui incombe, c’est-à-dire démontrer que sa créance est une réclamation qui se rapporte à une dette « résultant de l’obtention de biens ou de services par des faux-semblants ou la présentation erronée et frauduleuse des faits », le créancier intéressé devra établir, par

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] 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).

[26] The City's burden was certainly not negligible: it had to prove that SM Group had knowingly made a false representation that led to the VRP claim. However, the City considered it sufficient for that purpose to mention that the claim existed, and did not try to prove or even allege any of these elements, presuming or assuming that the VRP claim resulted from fraudulent representations.

[27] As a result, the content of the VRP agreement, Bill 26 and the VRP Regulation must be interpreted to determine whether the VRP claim may be dealt with by a compromise or arrangement. In this regard, and for the reasons that follow, we agree with the

prépondérance des probabilités, les quatre éléments suivants : (i) le débiteur lui a fait une représentation; (ii) cette représentation était fausse; (iii) le débiteur savait que la représentation était fausse; (iv) cette fausse représentation a été faite dans le but d'obtenir un bien ou un service (*Léger c. Ouellet*, 2011 QCCA 1858, par. 30 (CanLII); *Dupuis c. Cernato Holdings Inc.*, 2019 QCCA 376, par. 37 (CanLII); voir aussi L. W. Houlden, G. B. Morawetz et J. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (4^e éd. rév. (feuilles mobiles)), vol. 3, H§63; *Berger, Re*, 2010 ONSC 4376, 70 C.B.R. (5th) 225, par. 28; J. P. Sarra, G. B. Morawetz et L. W. Houlden, *The 2020-2021 Annotated Bankruptcy And Insolvency Act* (2020), p. 1001 et 1006; D. Brochu, *Précis de la faillite et de l'insolvabilité* (5^e éd. 2016), p. 502-503). Une fois ces éléments prouvés, le créancier d'une réclamation visée par l'al. 19(2)d) de la LACC bénéficie d'une position plus avantageuse que les autres créanciers ordinaires, dans la mesure où cette réclamation ne peut être compromise dans le cadre d'une transaction ou d'un arrangement, quoiqu'elle ne confère pas le statut de créancier garanti (voir Houlden, Morawetz et Sarra, H§63). Cette exception au régime général institué par le par. 19(1) de la LACC doit être interprétée restrictivement (voir notamment, par analogie, *Lambert c. Macara*, [2004] R.J.Q. 2637 (C.A.), par. 96; *Canada Mortgage and Housing Corp. c. Gray*, 2014 ONCA 236, 119 O.R. (3d) 710, par. 24).

[26] Le fardeau qui incombait à la Ville n'était certes pas négligeable. En effet, elle devait prouver que Groupe SM avait sciemment fait une fausse représentation ayant mené à la créance PRV. Toutefois, la Ville a estimé, aux fins de cette démonstration, qu'il suffisait de mentionner l'existence de cette créance, et n'a pas cherché à prouver ni même à alléguer l'un ou l'autre de ces éléments, présumant ou tenant pour acquis que la créance PRV découlait de représentations frauduleuses.

[27] En conséquence, pour déterminer si la créance PRV peut être considérée dans le cadre d'une transaction ou d'un arrangement, il est nécessaire d'interpréter le contenu de l'entente PRV, la Loi 26 ainsi que le règlement PRV. À cet égard, et pour les raisons

majority of the Court of Appeal that s. 19(2)(d) of the CCAA does not apply to the VRP claim.

[28] First, the content of the VRP agreement itself is a complete bar to the City's argument that participation in the program in itself justifies a finding that the City's claim results from SM Group's fraudulent activities. Because this confidential agreement entered into by the parties clearly stipulates that the amount fixed in the agreement can in no way be considered to constitute an admission of liability, it cannot be presumed that the VRP claim is a claim that falls within s. 19(2)(d) of the CCAA. The onus was therefore on the City to prove, in accordance with the provisions of that statute, that SM Group had knowingly made a false representation to it in order to obtain property or a service.

[29] In this regard, there is, moreover, a well-established principle in the case law that a court must generally make its own findings of fact in applying s. 19(2)(d) (see Houlden, Morawetz and Sarra, at H§63). This is true, for example, even where findings possibly linked to fraud have been made in a previous trial or where a default judgment or a consent to judgment might have contained such findings. It can be inferred by analogy from the case law on s. 178(1)(e) of the BIA that the courts have been particularly consistent and rigorous in assessing the evidence presented to them in this regard (see, e.g., *Terrain DEV Immobilier inc. v. Charron*, 2021 QCCA 417, at para. 2 (CanLII); *Dupuis*, at paras. 36-40; *Pelletier v. CAE Rive-Nord*, 2019 QCCA 2164, at paras. 13-19 (CanLII); *Tavan v. Rostami*, 2014 QCCA 304, at paras. 3-6 (CanLII); *Léger*, at paras. 30-40; *Guilbert v. Economical Mutual Insurance Co.*, 2020 MBQB 179, [2021] I.L.R. ¶I-6280, at paras. 20-25; *Sharma v. Sandhu*, 2019 MBQB 160, at paras. 38-45 (CanLII); *Royal Bank of Canada v. Hejna*, 2013 ONSC 1719, at paras. 90-92 (CanLII); *Berger*, at paras. 28-35; *Re Horwitz* (1984), 52 C.B.R. (N.S.) 102 (Ont. H.C.J.), at pp. 106-7, aff'd (1985), 53 C.B.R. (N.S.) 275 (C.A.); *Agriculture Financial Services Corp. v. Zaborski*, 2009 ABQB

que nous expliquons ci-dessous, nous partageons les conclusions des juges majoritaires de la Cour d'appel : la créance PRV n'est pas visée par l'al. 19(2)d) de la LACC.

[28] En premier lieu, le contenu même de l'entente PRV constitue un obstacle dirimant à la prétention de la Ville selon laquelle le seul fait de la participation à ce programme suffit pour conclure que sa créance résulte des activités frauduleuses de Groupe SM. En effet, comme il est clairement stipulé dans cette entente confidentielle intervenue entre les parties que la somme convenue dans celle-ci ne peut en aucun cas être assimilée à une admission de responsabilité, on ne saurait présumer que la créance PRV constitue une réclamation visée à l'al. 19(2)d) de la LACC. En conséquence, il incombait à la Ville de prouver, conformément aux dispositions de cette loi, que Groupe SM lui avait fausement et sciemment fait une représentation afin d'obtenir un bien ou un service.

[29] D'ailleurs, en cette matière, une règle jurisprudentielle bien établie veut qu'un tribunal tire généralement ses propres conclusions factuelles aux fins d'application de l'al. 19(2)d) (voir Houlden, Morawetz et Sarra, H§63). Il en est ainsi, notamment, malgré la présence de conclusions liées possiblement à la fraude prononcées dans le cadre d'un procès antérieur, ou encore lorsqu'un jugement par défaut ou un acquiescement à jugement contiendrait de telles conclusions. La jurisprudence portant sur l'al. 178(1)e) de la LFI permet d'inférer, par analogie, que les tribunaux se montrent particulièrement constants et rigoureux dans l'appréciation de la preuve qui leur est présentée à cet égard (voir notamment *Terrain DEV Immobilier inc. c. Charron*, 2021 QCCA 417, par. 2 (CanLII); *Dupuis*, par. 36-40; *Pelletier c. CAE Rive-Nord*, 2019 QCCA 2164, par. 13-19 (CanLII); *Tavan c. Rostami*, 2014 QCCA 304, par. 3-6 (CanLII); *Léger*, par. 30-40; *Guilbert c. Economical Mutual Insurance Co.*, 2020 MBQB 179, [2021] I.L.R. ¶I-6280, par. 20-25; *Sharma c. Sandhu*, 2019 MBQB 160, par. 38-45 (CanLII); *Royal Bank of Canada c. Hejna*, 2013 ONSC 1719, par. 90-92 (CanLII); *Berger*, par. 28-35; *Re Horwitz* (1984), 52 C.B.R. (N.S.) 102 (H.C.J. Ont.), p. 106-107, conf. par (1985), 53 C.B.R. (N.S.) 275 (C.A.);

183, 58 C.B.R. (5th) 301, at paras. 12-18; *Szeto, Re*, 2014 BCSC 1563, 15 C.B.R. (6th) 255, at paras. 37-63; *The Toronto-Dominion Bank v. Merenick*, 2007 BCSC 1261, at paras. 30-48 (CanLII); *Johnson v. Erdman*, 2007 SKQB 223, 34 C.B.R. (5th) 108, at paras. 10-12; *Coyle (Bankrupt), Re*, 2011 NSSC 238, 304 N.S.R. (2d) 369, at paras. 53-58).

[30] Second, Bill 26 and the VRP Regulation published in the *Gazette officielle du Québec* pursuant to ss. 3 and 4 of that statute do not provide any greater support for the City’s position. We agree with the majority of the Court of Appeal, who rejected the idea of a statutory presumption or a presumption of fact that a debtor made fraudulent representations based solely on the fact that it participated in the VRP. That scheme, which was in effect from November 2015 to December 2017, created no such presumption.

[31] The purpose of the VRP as defined in s. 3 of Bill 26 — in Chapter II, entitled “Reimbursement Program” — supports this conclusion:

3. The Minister publishes in the *Gazette officielle du Québec* a voluntary, fixed-term reimbursement program to make it possible for an enterprise or a natural person mentioned in section 10 to reimburse certain amounts improperly paid in the course of the tendering, awarding or management of a public contract in relation to which there may have been fraud or fraudulent tactics.

[32] The use of the words “may have been” in the phrase “there may have been fraud or fraudulent tactics” clearly contradicts the City’s argument. Moreover, the same words are also used in s. 1 of the VRP Regulation in describing the purpose of that program:

1. The Voluntary Reimbursement Program makes it possible for every natural person and every enterprise to reimburse certain amounts improperly paid by a public body in the course of the tendering, awarding or management of a public contract entered into after 1 October 1996 in relation to which there may have been fraud or fraudulent tactics.

Agriculture Financial Services Corp. c. Zaborski, 2009 ABQB 183, 58 C.B.R. (5th) 301, par. 12-18; *Szeto, Re*, 2014 BCSC 1563, 15 C.B.R. (6th) 255, par. 37-63; *The Toronto-Dominion Bank c. Merenick*, 2007 BCSC 1261, par. 30-48 (CanLII); *Johnson c. Erdman*, 2007 SKQB 223, 34 C.B.R. (5th) 108, par. 10-12; *Coyle (Bankrupt), Re*, 2011 NSSC 238, 304 N.S.R. (2d) 369, par. 53-58).

[30] En deuxième lieu, la Loi 26, tout comme le règlement PRV publié dans la *Gazette officielle du Québec* en vertu des art. 3 et 4 de cette loi, n’appuient pas davantage la thèse de la Ville. Nous partageons l’avis des juges majoritaires de la Cour d’appel, qui rejettent l’idée d’une présomption légale ou factuelle de l’existence de représentations frauduleuses de la part d’un débiteur du seul fait de sa participation au PRV. Ce régime, qui a été en vigueur de novembre 2015 à décembre 2017, n’a pas créé une telle présomption.

[31] En effet, l’objet du PRV tel qu’il est défini à l’art. 3 de la Loi 26, au chapitre II intitulé « Programme de remboursement », étaye cette conclusion :

3. Le ministre publie à la *Gazette officielle du Québec* un programme de remboursement volontaire à durée déterminée afin qu’une entreprise ou une personne physique mentionnée à l’article 10 puisse rembourser certaines sommes payées injustement dans le cadre de l’adjudication, de l’attribution ou de la gestion d’un contrat public et pour lequel il aurait pu y avoir fraude ou manœuvre dolosive.

[32] L’emploi du conditionnel dans l’expression « il aurait pu y avoir fraude ou manœuvre dolosive » contredit clairement la thèse avancée par la Ville. De plus, le conditionnel est également utilisé à l’art. 1 du règlement PRV pour décrire l’objet de ce programme :

1. Le Programme de remboursement volontaire permet à toute personne physique et à toute entreprise de rembourser certaines sommes payées injustement par un organisme public dans le cadre de l’adjudication, de l’attribution ou de la gestion d’un contrat public, conclu après le 1^{er} octobre 1996, et pour lequel il aurait pu y avoir fraude ou ma[n]œuvre dolosive.

[33] The fact that fraud is characterized as a possibility rather than a certainty is by no means surprising. Given the VRP's purpose of recovering amounts paid improperly by public bodies, it stands to reason that Bill 26 does not provide for any mechanism to determine whether amounts agreed to under the VRP are in fact related, in whole or in part, to fraud. Section 7 of the VRP Regulation supports this point, since it states the following:

7. The fact that a natural person or an enterprise participates in the Program does not constitute an admission of liability or of a fault committed by the natural person or enterprise.

[34] The fault in question in s. 7 is a matter of civil liability and is limited to the public contract to which a VRP agreement pertains. Where the legislature intends to refer to penal or criminal proceedings, or to civil proceedings outside the scope of a VRP agreement, it does so expressly. This interpretation is confirmed when s. 7 of the VRP Regulation is read in conjunction with s. 8:

8. Every natural person or enterprise participating in the Program acknowledges that revealing information or sending documents within the Program framework does not restrict in any manner whatever a public body's capacity to bring civil proceedings against the natural person or enterprise in relation to public contracts for which a settlement has not been reached under the Program or to which the Act does not apply.

Every natural person or enterprise acknowledges that participation in the Program and the conclusion of an agreement under it in no manner protects the natural person or enterprise, or its officers, against any penal or criminal proceedings that have been or may be brought in connection with public contracts entered into by the natural person or enterprise.

[35] Evidence that a natural person or enterprise participated in the VRP therefore cannot on its own justify characterizing a claim as being related to a debt resulting from fraud pursuant to s. 19(2)(d) of the CCAA.

[33] Que la fraude soit caractérisée comme une éventualité, par opposition à quelque chose de certain, n'a rien de surprenant. En effet, comme l'objectif du PRV consiste à récupérer des sommes payées injustement par des organismes publics, il va de soi que la Loi 26 ne prévoit aucun mécanisme pour déterminer si, dans les faits, les sommes convenues dans le cadre du PRV sont reliées, en partie ou en totalité, à une fraude. L'article 7 du règlement PRV appuie ce constat, puisqu'il précise ce qui suit :

7. Le fait pour une personne physique ou une entreprise de se prévaloir du Programme ne constitue pas une reconnaissance de responsabilité ni une admission qu'elle a commis une faute.

[34] La faute dont il est question à l'art. 7 relève de la responsabilité civile et se limite au contrat public visé par l'entente PRV. Lorsque le législateur entend faire référence à des procédures de nature pénale ou criminelle, ou encore à des recours civils se situant hors du champ de l'entente PRV, il le fait expressément. L'article 7 du règlement PRV, lu conjointement avec l'art. 8, confirme cette interprétation :

8. Toute personne physique ou entreprise qui se prévaut du Programme reconnaît que le fait qu'elle révèle des informations ou transmette des documents dans ce cadre n'a pas pour effet de limiter, de quelque façon que ce soit, la capacité d'un organisme public d'entreprendre contre elle tout recours civil concernant des contrats publics qui n'auront pas fait l'objet d'un règlement dans le cadre du Programme ou qui ne sont pas visés par la Loi.

De plus, toute personne physique ou entreprise reconnaît que sa participation au Programme, et la conclusion d'une entente en vertu de celui-ci, ne la protège, ni ses dirigeants, d'aucune façon de poursuites pénales et/ou criminelles qui ont été ou pourraient être intentées contre elle à l'égard de contrats publics qu'elle a conclus.

[35] En conséquence, la seule preuve qu'une personne physique ou une entreprise a participé au PRV ne saurait à elle seule permettre de qualifier une créance de réclamation se rapportant à une dette qui résulte de fraude aux termes de l'al. 19(2)d) de la LACC.

[36] However, the City submits that reading ss. 1, 3 and 10 of Bill 26 together leads to an entirely different conclusion, namely that a natural person or enterprise that participated in the VRP necessarily defrauded a public body. In our view, the City is wrong.

[37] It is true that s. 1 of Bill 26 does not refer to fraud as being hypothetical:

1. This Act provides for exceptional measures for the reimbursement and recovery of amounts improperly paid as a result of fraud or fraudulent tactics in the course of the tendering, awarding or management of public contracts.

As we saw above, however, s. 3 of Bill 26 and s. 1 of the VRP Regulation are clear: there is no question that, unlike s. 1 of Bill 26, which sets out the purpose of that statute generally, the substantive provisions of Bill 26 and the VRP Regulation contemplate fraud only hypothetically. In addition, the City's interpretation cannot be reconciled with ss. 7 and 8 of the VRP Regulation, which are reproduced above.

[38] That being said, the City points out that s. 3 of Bill 26 refers to s. 10, which specifically states that fraud was committed:

10. Any enterprise or natural person who has, in any capacity, participated in fraud or fraudulent tactics in the course of the tendering, awarding or management of a public contract is presumed to have caused injury to the public body concerned.

In such a case, the officers of the enterprise in office at the time the fraud or fraudulent tactics occurred are held liable unless they prove that they acted with the care, diligence and skill that a prudent person would have exercised in similar circumstances.

The directors of the enterprise in office at the time the fraud or fraudulent tactics occurred are also held liable if it is established that they knew or ought to have known that fraud or fraudulent tactics were committed in relation to the contract concerned, unless they prove that they acted with the care, diligence and skill that a prudent person would have exercised in similar circumstances.

[36] Cependant, la Ville soutient qu'une lecture conjointe des art. 1, 3 et 10 de la Loi 26 mène à une toute autre conclusion, à savoir que la personne physique ou l'entreprise qui participe au PRV a nécessairement fraudé un organisme public. Nous sommes d'avis qu'elle a tort.

[37] Il est vrai que l'art. 1 de la Loi 26 ne traite pas de la fraude à titre hypothétique :

1. La présente loi prévoit des mesures exceptionnelles adaptées au remboursement et au recouvrement de sommes payées injustement à la suite de fraudes ou de manœuvres dolosives dans le cadre de l'adjudication, de l'attribution ou de la gestion de contrats publics.

Toutefois, comme nous l'avons vu précédemment, l'art. 3 de la Loi 26 et l'art. 1 du règlement PRV sont clairs : il est acquis que, contrairement à l'art. 1 de la Loi 26, qui énonce l'objet de cette loi de manière générale, les dispositions substantielles de la Loi 26 et du règlement PRV ne considèrent la fraude que de façon hypothétique. L'interprétation de la Ville est également inconciliable avec les art. 7 et 8 du règlement PRV, qui sont reproduits plus haut.

[38] Cela dit, la Ville fait remarquer que l'art. 3 de la Loi 26 renvoie à l'art. 10 lequel énonce explicitement qu'une fraude a été commise :

10. Toute entreprise ou toute personne physique qui, à quelque titre que ce soit, a participé à une fraude ou à une manœuvre dolosive dans le cadre de l'adjudication, de l'attribution ou de la gestion d'un contrat public est présumée avoir causé un préjudice à l'organisme public concerné.

Le cas échéant, la responsabilité de ses dirigeants en fonction au moment de la fraude ou de la manœuvre dolosive est engagée, à moins qu'ils ne démontrent avoir agi avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente.

La responsabilité des administrateurs de l'entreprise en fonction au moment de la fraude ou de la manœuvre dolosive est également engagée s'il est établi qu'ils savaient ou qu'ils auraient dû savoir qu'une fraude ou une manœuvre dolosive a été commise relativement au contrat visé, à moins qu'ils ne démontrent avoir agi avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente.

The enterprises and natural persons referred to in this section are solidarily liable for the injury caused, unless such liability is waived by the public body.

[39] We do not agree with the City’s interpretation on this point. It is up to the courts to conclude that fraud of this kind has been committed. More precisely, we are of the view that the City is confusing two schemes created by Bill 26: one — the VRP (ss. 3 to 9) — introduced by Chapter II and the other by Chapter III, which is entitled “Special Rules Applicable to Judicial Proceedings” (ss. 10 to 17). The first scheme was designed to encourage — for a two-year period — natural persons or enterprises fearing that a public body would bring civil proceedings against them to participate in the VRP with a view to entering into an agreement through a completely confidential process (s. 7 of Bill 26; s. 4 of the VRP Regulation). It was only once the first scheme ended that the second, one of an entirely different nature, took effect.

[40] The scheme provided for in ss. 10 to 17 of Bill 26 is one that deviates from the general law. It applies to judicial proceedings brought by a public body, or by the Minister of Justice on behalf of a public body, against a natural person or enterprise that allegedly participated in fraud in relation to a public contract. When a court allows such an action, not only can it assume that the defendant caused injury to the public body through its fraudulent act (s. 10 para. 1), but in addition, “[t]he injury is presumed to correspond to the amount claimed by the public body concerned for the contract concerned if the amount does not exceed 20% of the total amount paid for that contract” (s. 11 para. 1). The enterprises and natural persons contemplated by the statute are solidarily liable for such injury (s. 10 para. 4). An amount granted “bears interest from the date the work is accepted by the public body concerned for the contract concerned” (s. 11 para. 3). As well, the court “must add a lump sum equal to 20% of any amount granted for injury, to cover expenses incurred for the purposes of th[e] Act” (s. 14).

Les entreprises et les personnes physiques visées au présent article sont solidairement responsables du préjudice causé, à moins que l’organisme public n’y renonce.

[39] Nous ne partageons pas cette interprétation de la Ville. Il appartient aux tribunaux de conclure qu’une fraude de cette nature a été commise. Plus précisément, nous estimons que la Ville confond deux régimes créés par la Loi 26 : l’un introduit par le chapitre II — le PRV — (art. 3 à 9), l’autre par le chapitre III intitulé « Règles particulières applicables aux recours judiciaires » (art. 10 à 17). Le premier régime a été conçu afin d’inciter, pendant une période de deux ans, les personnes physiques ou les entreprises craignant qu’un organisme public introduise contre elles une poursuite civile à participer au PRV dans le but de conclure une entente en toute confidentialité (art. 7 de la Loi 26; art. 4 du règlement PRV). Or, ce n’est qu’une fois que le premier régime prend fin que le second entre en vigueur, lequel est d’une toute autre nature.

[40] Le régime prévu aux art. 10 à 17 de la Loi 26 est un régime exorbitant du droit commun, applicable aux recours judiciaires intentés par un organisme public ou le ministre de la Justice, pour le compte d’un organisme public, contre une personne physique ou une entreprise qui aurait participé à une fraude visant un contrat public. Lorsqu’un tel recours est accueilli, non seulement le tribunal peut-il tenir pour acquis que le défendeur a causé par son acte frauduleux un préjudice à l’organisme public (art. 10 al. 1), mais aussi que « [c]e préjudice est présumé correspondre à la somme réclamée par l’organisme public concerné pour le contrat visé lorsque cette somme ne représente pas plus de 20 % du montant total payé pour le contrat visé » (art. 11 al. 1), préjudice pour lequel les entreprises et les personnes physiques visées par la loi sont solidairement responsables (art. 10 al. 4). La somme accordée « porte intérêt à compter de la réception de l’ouvrage par l’organisme public concerné pour le contrat visé » (art. 11 al. 3). De même, le tribunal « doit ajouter à la somme qu’il accorde en réparation du préjudice un montant forfaitaire égal à 20 % de cette somme à titre de frais engagés pour l’application de la [. . .] loi » (art. 14).

[41] In other words, these provisions are designed to make it easier to prove causation and injury when such a proceeding is brought, but it should be noted that they are of no effect if a court finds that the evidence of fraud is insufficient; as well, and most importantly, they in no way make it easier to prove such a fault. Section 10 of Bill 26 is therefore of no assistance to the City, which in any event has not sought to show, on any basis other than the mere existence of the VRP agreement, that SM Group took part in fraud in connection with a contract the City awarded to it. The schemes created by Bill 26 suggest that a court will recognize the existence of fraud only under the Chapter III scheme. Moreover, it appears that the reference to s. 10 in s. 3 merely serves to specify the natural persons to whom the VRP applies, namely directors and officers of enterprises.

[42] Lastly, it should be mentioned that it can easily be imagined that an enterprise that entered into a potentially contentious public contract with a public body would make the strategic choice to participate in the VRP out of fear of bad publicity or to avoid exposing itself to the exceptional scheme of Chapter III of Bill 26, the result of which, if the proceeding were decided in the public body's favour, would likely be significant additional financial liability for the enterprise on top of the legal fees it would have to pay.

[43] In sum, neither the content of the VRP agreement nor its legal framework supports a presumption that SM Group admitted to having committed a fraudulent act; nor does the VRP agreement constitute a serious, precise and concordant presumption of fact (art. 2849 of the *Civil Code of Québec*). It follows that the City has not shown that the VRP claim falls within s. 19(2)(d) of the CCAA.

(2) Compensation Between Debts Arising Before and After an Initial Order (Pre-post Compensation)

[44] The bankruptcy of large companies often resulted in “the entire disruption of the corporation,

[41] Autrement dit, ces dispositions visent à faciliter la preuve du lien de causalité et du préjudice lorsqu'un tel recours est intenté, mais, faut-il le souligner, elles demeurent sans effet dans l'éventualité où un tribunal judiciaire conclut que la preuve relative à la fraude s'avère insuffisante; aussi, et surtout, elles ne facilitent en aucun cas la preuve d'une telle faute. Partant, l'art. 10 de la Loi 26 n'est d'aucun secours pour la Ville, qui, de toute manière, n'a pas cherché à démontrer, autrement qu'en invoquant la seule existence de l'entente PRV, que Groupe SM a participé à une fraude dans le cadre d'un contrat qu'elle lui a octroyé. À en juger par les régimes mis en œuvre par cette loi, la reconnaissance judiciaire de l'existence d'une fraude n'intervient que dans le régime propre au chapitre III de celle-ci. De plus, il appert que le renvoi à l'art. 10 dans l'art. 3 ne sert qu'à préciser quelles sont les personnes physiques visées par le PRV, en l'occurrence les administrateurs et dirigeants des entreprises.

[42] En dernier lieu, il convient de souligner qu'il est facile d'imaginer qu'une entreprise ayant conclu un contrat public possiblement litigieux avec un organisme public fasse le choix stratégique de participer au PRV par crainte de mauvaise publicité ou encore pour éviter de s'exposer au régime exorbitant prévu au chapitre III de la Loi 26, lequel serait susceptible d'emporter pour elle, si le recours était accueilli en faveur de l'organisme, une responsabilité financière additionnelle non négligeable, en sus des frais juridiques qu'elle aurait à déboursier.

[43] En somme, ni le contenu de l'entente PRV ni le cadre juridique qui lui est propre ne permettent de présumer que Groupe SM a admis avoir commis un acte frauduleux, pas plus que l'entente PRV ne constitue une présomption de fait grave, précise et concordante (art. 2849 du *Code civil du Québec*). Il s'ensuit que la Ville n'a pas démontré que la créance PRV relevait de l'al. 19(2)(d) de la LACC.

(2) Compensation entre des dettes nées avant et après le prononcé de l'ordonnance initiale (compensation pré-post)

[44] La mise en faillite des grandes compagnies a fréquemment mené à [TRADUCTION] « la

loss of goodwill, and sale of assets on a discounted basis” (J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2nd ed. 2013), at pp. 22-23; see also *Century Services*, at para. 16). Parliament, wishing to protect the survivability of such companies, which are essential to economic prosperity and to a high rate of employment, therefore set up a restructuring process in the CCAA that was designed to prevent them from being dismantled and having their assets liquidated at a discount (*Century Services*, at paras. 17-18 and 70; *Callidus*, at paras. 41-42).

[45] Initially, restructuring under the CCAA was done through a plan of arrangement or compromise negotiated between the debtor company and its creditors that averted the company’s bankruptcy by allowing it to adjust its debts and reorganize its business (S. E. Edwards, “Reorganizations Under the Companies’ Creditors Arrangement Act” (1947), 25 *Can. Bar Rev.* 587, at pp. 588-90 and 592). Later, liquidation under the CCAA emerged as a practice. Liquidation can also serve as a tool for restructuring a struggling business “by allowing the business to survive, albeit under a different corporate form or ownership” (*Callidus*, at para. 45; see also Sarra, at p. 169; K. P. McElcheran, *Commercial Insolvency in Canada* (4th ed. 2019), at p. 311).

[46] The primary tool that allows the CCAA to achieve its restructuring objective is a stay of proceedings and of creditors’ rights (Sarra, at pp. 17 and 52; McElcheran, at p. 5). The direct effect of a stay is that it creates a status quo period that stabilizes the debtor company’s situation by shielding it from its creditors while the restructuring process is under way (*Century Services*, at para. 60; see also *Kitco*, at para. 43 (CanLII)). Without such a period, there would be a free-for-all in which individual creditors would fight it out to enforce their rights without regard for the company’s survival or the maximization of its liquidation value (*Century Services*, at para. 22).

[47] During the status quo period, the debtor company can therefore continue operating without fear of being driven into bankruptcy by its creditors. This

perturbation complète des activités de l’entreprise, à la perte de sa clientèle et à la vente à rabais de son actif » (J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2^e éd. 2013), p. 22-23; voir aussi *Century Services*, par. 16). Le législateur, soucieux de protéger la capacité de survie de ces compagnies essentielles à la prospérité économique et à un taux d’emploi élevé, a donc mis en place dans la LACC un processus de restructuration destiné à éviter leur démantèlement et la liquidation à rabais de leurs actifs (*Century Services*, par. 17-18 et 70; *Callidus*, par. 41-42).

[45] Initialement, la restructuration sous le régime de la LACC se faisait au moyen d’un plan d’arrangement ou de transaction négocié entre la compagnie débitrice et ses créanciers qui évitait sa mise en faillite en lui permettant de rajuster ses dettes et de réorganiser ses affaires (S. E. Edwards, « Reorganizations Under the Companies’ Creditors Arrangement Act » (1947), 25 *R. du B. can.* 587, p. 588-590 et 592). Puis a émergé, en application de la LACC, une pratique de liquidation qui peut elle aussi constituer un outil de restructuration de l’entreprise en difficulté « en lui permettant de survivre, quoique sous une forme corporative différente ou sous la gouverne de propriétaires différents » (*Callidus*, par. 45; voir aussi Sarra, p. 169; K. P. McElcheran, *Commercial Insolvency in Canada* (4^e éd. 2019), p. 311).

[46] L’instrument principal qui permet à la LACC de réaliser son objectif de restructuration est la suspension des procédures et des droits des créanciers (Sarra, p. 17 et 52; McElcheran, p. 5). L’effet direct de la suspension est qu’elle instaure une période de statu quo qui stabilise la situation de la compagnie débitrice en la mettant à l’abri de ses créanciers pendant que la restructuration suit son cours (*Century Services*, par. 60; voir aussi *Kitco*, par. 43). L’absence d’une telle période entraînerait une situation anarchique où chaque créancier se battraient pour faire valoir ses droits, sans égard à la survie de l’entreprise ou à la maximisation de sa valeur de liquidation (*Century Services*, par. 22).

[47] Durant cette période, la compagnie débitrice peut donc poursuivre ses activités sans craindre d’être poussée à la faillite par ses créanciers. Ce

temporary respite creates an environment conducive to fair negotiations between the various stakeholders and gives the debtor the necessary time to prepare a plan of compromise or arrangement ensuring its survival, or to take steps to maximize the value of the business it operates with a view to its liquidation under the CCAA (*Meridian Developments Inc. v. Toronto Dominion Bank* (1984), 32 Alta. L.R. (2d) 150 (Q.B.), at para. 15; *Kitco*, at para. 43; *Callidus*, at paras. 40 and 46).

[48] The fundamental feature of the CCAA is a grant to the courts that apply it of a broad discretion to make any orders needed to ensure that restructuring is successful and that the CCAA's objectives are achieved (*Century Services*, at para. 19). The true "engine" driving the statutory scheme (*Callidus*, at para. 48, citing *Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 109 (Ont. C.A.), at para. 36), this judicial discretion also plays a prominent part in stays of proceedings.

[49] In principle, a court may deny a stay application. Such applications are rarely denied, however, to the point where the terms "initial order" and "stay order" have, in practice, become interchangeable (*Sarra*, at p. 51). Stays are in fact requested and granted systematically, other than in certain exceptional cases (p. 51).

[50] A stay is a temporary measure, however; once it has been lifted, creditors regain their ability to fully exercise their rights and remedies (*Quinsam Coal Corp., Re*, 2000 BCCA 386, 20 C.B.R. (4th) 145, at paras. 9 and 14). On an initial application in respect of a debtor company, a court may include in its initial order a first stay period of no more than 10 days (s. 11.02(1) of the CCAA). After that, the court may renew the stay for any period it considers necessary (s. 11.02(2) of the CCAA). When a stay is renewed, or at any other time in the course of the proceedings, an interested creditor may, in accordance with the procedure set out in the initial order, apply to the court to lift a stay affecting any of its rights or remedies (*Sarra*, at pp. 58-60 and 88; see also *Muscletech Research & Development Inc., Re*

moment de répit crée un environnement propice à une négociation équitable entre les différentes parties prenantes, en plus d'offrir à la débitrice le temps nécessaire pour préparer un plan de transaction ou d'arrangement assurant sa survie ou pour prendre des mesures maximisant la valeur de l'entreprise qu'elle exploite en vue de sa liquidation en vertu de la LACC (*Meridian Developments Inc. c. Toronto Dominion Bank* (1984), 32 Alta. L.R. (2d) 150 (B.R.), par. 15; *Kitco*, par. 43; *Callidus*, par. 40 et 46).

[48] La caractéristique fondamentale de la LACC est l'attribution au tribunal chargé de son application d'un vaste pouvoir discrétionnaire lui permettant de rendre les ordonnances nécessaires pour mener à bon port la restructuration et atteindre les objectifs de la LACC (*Century Services*, par. 19). Véritable « moteur » du régime législatif (*Callidus*, par. 48, citant *Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 109 (C.A. Ont.), par. 36), ce pouvoir discrétionnaire du tribunal joue également un rôle de premier plan dans le cadre de la suspension des procédures.

[49] En principe, le tribunal peut refuser une demande de suspension. Ces demandes sont toutefois rarement refusées, à tel point que les termes « ordonnance initiale » et « ordonnance de suspension » sont devenus, en pratique, interchangeables (*Sarra*, p. 51). La suspension est en effet demandée et accordée systématiquement, si ce n'est dans certains cas exceptionnels (p. 51).

[50] La suspension est cependant une mesure temporaire; une fois levée, les créanciers retrouvent la capacité d'exercer pleinement leurs droits et recours (*Quinsam Coal Corp., Re*, 2000 BCCA 386, 20 C.B.R. (4th) 145, par. 9 et 14). Dans le cas d'une demande initiale visant une compagnie débitrice, le tribunal peut assortir son ordonnance initiale d'une première période de suspension d'une durée maximale de 10 jours (par. 11.02(1) de la LACC). Par la suite, la suspension peut être renouvelée par le tribunal pour la période qu'il estime nécessaire (par. 11.02(2) de la LACC). Au moment du renouvellement de la suspension, ou à tout autre moment au cours des procédures, un créancier intéressé peut, conformément à la procédure prévue à cet effet dans l'ordonnance initiale, demander au tribunal de lever

(2006), 19 C.B.R. (5th) 54 (Ont. S.C.J.), at para. 5; *Parc industriel Laprade inc. v. Conporec inc.*, 2008 QCCA 2222, [2008] R.J.Q. 2590, at paras. 7-8 and 14-15).

[51] While it is true that the *BIA* and the *CCAA* form part of an integrated body of insolvency law, there are nonetheless some fundamental differences between the two schemes (*Century Services*, at para. 78). Unlike the *BIA*, the *CCAA* gives courts a broad discretion to decide whether a stay is appropriate, to determine how long it should last and to adjust its scope depending on what is needed to restructure the debtor company and to achieve the objectives of the *CCAA*. In this regard, the *CCAA* has been described as a “skeletal” statute that does not contain “a comprehensive code that lays out all that is permitted or barred” (*Century Services*, at para. 57, quoting *Metcalf & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513, at para. 44).

[52] To fully understand the rights and restrictions applicable in a given case, it is therefore not enough to read the legislation; it is also important to consider the court’s exercise of its discretion, which is reflected in all of the many orders made throughout the proceedings.

[53] The question raised by this appeal is therefore whether a court’s discretion allows it to stay a right to pre-post compensation, or set-off, invoked by a creditor under the civil law or the common law and, by extension, to authorize pre-post compensation in appropriate cases.

(a) *Power to Grant and Lift a Stay of the Right to Pre-post Compensation*

[54] In our view, the broad discretion conferred on a court by ss. 11 and 11.02 of the *CCAA* allows it to stay rights held by creditors if the exercise of those rights could jeopardize the restructuring process.

la suspension affectant l’un de ses droits ou recours (Sarrazin, p. 58-60 et 88; voir aussi *Muscletech Research & Development Inc., Re* (2006), 19 C.B.R. (5th) 54 (C.S.J. Ont.), par. 5; *Parc industriel Laprade inc. c. Conporec inc.*, 2008 QCCA 2222, [2008] R.J.Q. 2590, par. 7-8 et 14-15).

[51] Bien que la *LFI* et la *LACC* fassent partie d’un ensemble intégré de règles du droit de l’insolvabilité, il existe tout de même des différences fondamentales entre les deux régimes (*Century Services*, par. 78). En effet, contrairement à ce qui prévaut sous la *LFI*, la *LACC* confère au tribunal un large pouvoir discrétionnaire lui permettant de décider de l’opportunité d’une suspension, de déterminer la durée de celle-ci et d’en ajuster la portée selon les besoins de la restructuration et selon ce qui est nécessaire pour réaliser les objectifs de la *LACC*. En ce sens, la *LACC* a été décrite comme une loi [TRADUCTION] « schématique » ne contenant « pas un code complet énonçant tout ce qui est permis et tout ce qui est interdit » (*Century Services*, par. 57, citant *Metcalf & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513, par. 44).

[52] Pour bien saisir les droits et restrictions applicables dans un cas donné, il ne suffit donc pas de lire la loi; il faut également se pencher sur l’exercice par le tribunal de son pouvoir discrétionnaire, lequel se manifeste dans toute la multitude d’ordonnances rendues tout au long des procédures.

[53] La question que soulève le présent pourvoi consiste donc à déterminer si le pouvoir discrétionnaire dont dispose le tribunal lui permet de suspendre le droit d’opérer compensation pré-post qu’invoque un créancier en vertu du droit civil ou de la common law et, corollairement, d’autoriser la compensation pré-post dans les cas qui s’y prêtent.

a) *Pouvoir d’accorder et de lever une suspension du droit à la compensation pré-post*

[54] Nous sommes d’avis que le vaste pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par les art. 11 et 11.02 de la *LACC* permet à celui-ci de suspendre des droits reconnus aux créanciers mais dont l’exercice

This includes a creditor's right to effect pre-post compensation.

[55] Under s. 11.02 of the CCAA, a court may stay any action, suit or other proceeding that might be brought against the debtor company. Despite the language of s. 11.02, which at first glance limits the power to order a stay to judicial proceedings, the courts have taken a large and liberal approach in interpreting the scope of the rights and remedies that can be included in a stay order (see *Meridian*, at para. 26; *Quintette Coal Ltd. v. Nippon Steel Corp.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 105 (C.A.), at pp. 113-14; *Smoky River Coal Ltd., Re*, 1999 ABCA 179, 71 Alta. L.R. (3d) 1, at paras. 31-33; McElcheran, at pp. 135 and 245-46; R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2nd ed. 2015), at p. 363). For example, in *Quintette Coal*, the British Columbia Court of Appeal concluded that a creditor's right to pre-post set-off can be stayed just like any other enforcement measure with a high disruptive potential (see also *Associated Investors of Canada Ltd. (Manager of) v. Principal Savings & Trust Co. (Liquidator of)* (1993), 13 Alta. L.R. (3d) 115 (C.A.), at paras. 23-24; *North American Tungsten Corp., Re*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6, at paras. 13-16, aff'd 2015 BCCA 426, 378 B.C.A.C. 116, at paras. 28-30). In our view, this interpretation is the correct one, as it advances the CCAA's remedial objectives and is consistent with its scheme.

[56] It can also be seen from the various model initial orders adopted by the country's superior courts that prohibitions against setting off debts are standard practice, and in the vast majority of cases take effect as soon as an initial order is made (see Court of Queen's Bench of Alberta, *Alberta Template CCAA Initial Order*, January 2019 (online), at paras. 14 and 16; Supreme Court of British Columbia, *Model CCAA Initial Order*, August 1, 2015 (online), at paras. 16 and 18; Ontario Superior Court of Justice, Commercial List, *Initial Order*, January 21, 2014 (online), at paras. 15-16; Superior Court of Quebec, Commercial Division, *Initial Order*, May 2014 (online), at paras. 10 and 12; Court of Queen's Bench for

serait susceptible de mettre en péril la restructuration, y compris le droit d'opérer compensation pré-post.

[55] L'article 11.02 de la LACC permet de suspendre toute action, poursuite ou autre procédure pouvant être intentée contre la compagnie débitrice. Malgré le texte de l'art. 11.02, qui limite à première vue aux procédures judiciaires l'application du pouvoir de suspension, la jurisprudence interprète de manière large et libérale l'étendue des droits et recours susceptibles d'être inclus dans une ordonnance de suspension (voir *Meridian*, par. 26; *Quintette Coal Ltd. c. Nippon Steel Corp.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 105 (C.A.), p. 113-114; *Smoky River Coal Ltd., Re*, 1999 ABCA 179, 71 Alta. L.R. (3d) 1, par. 31-33; McElcheran, p. 135 et 245-246; R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2^e éd. 2015), p. 363). À titre d'exemple, dans l'arrêt *Quintette Coal*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que le droit d'un créancier d'opérer compensation pré-post pouvait être suspendu au même titre que toute autre mesure d'exécution possédant un fort potentiel perturbateur (voir aussi *Associated Investors of Canada Ltd. (Manager of) c. Principal Savings & Trust Co. (Liquidator of)* (1993), 13 Alta. L.R. (3d) 115 (C.A.), par. 23-24; *North American Tungsten Corp., Re*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6, par. 13-16, conf. par 2015 BCCA 426, 378 B.C.A.C. 116, par. 28-30). Selon nous, cette interprétation est la bonne, puisqu'elle favorise les objectifs réparateurs de la LACC, en plus d'être cohérente avec l'économie de cette loi.

[56] À la lumière des divers modèles d'ordonnances initiales adoptés par les cours supérieures du pays, on constate d'ailleurs que l'interdiction d'opérer compensation entre des dettes est pratique courante et que, dans la très vaste majorité des cas, une telle interdiction entre en vigueur dès le prononcé de l'ordonnance initiale (voir Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, *Alberta Template CCAA Initial Order*, janvier 2019 (en ligne), par. 14 et 16; Cour suprême de la Colombie-Britannique, *Model CCAA Initial Order*, 1^{er} août 2015 (en ligne), par. 16 et 18; Cour supérieure de justice de l'Ontario, rôle des affaires commerciales, *Ordonnance initiale*, 21 janvier 2014 (en ligne), par. 15-16; Cour supérieure du Québec,

Saskatchewan, *Saskatchewan Template CCAA Initial Order*, December 6, 2017 (online), at paras. 15-16).

[57] A court's discretion is therefore broad enough to allow it to stay the right of creditors to effect pre-post compensation. In such a case, the prohibition against pre-post compensation flows directly from the stay order. Conversely, a court may in its discretion refuse to impose such a prohibition or, if pre-post compensation was stayed by the order, lift the stay at a later date to allow an interested creditor to assert its rights. On this point, we reject the absolute prohibition proposed by the Quebec Court of Appeal in *Kitco*, because we conclude that a court has the discretion to allow pre-post compensation in appropriate cases.

[58] The instances in which a court should not stay the right to effect pre-post compensation in an initial order will be rare, however. It must be borne in mind that a supervising judge's discretion, although broad, is not boundless. It must be exercised in furtherance of the CCAA's remedial objectives (*Callidus*, at para. 49).

[59] The status quo period could be rendered pointless if creditors were allowed to effect pre-post compensation without restraint (see *Kitco*, at paras. 20 and 43). *Tungsten*, in which the court stayed pre-post set-off, provides a good example of the disruptive potential of this form of set-off (*North American Tungsten Corp., Re*, 2015 BCSC 1382, 28 C.B.R. (6th) 147 ("*Tungsten* (S.C.)"), at para. 32, aff'd 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6, at paras. 16, 20 and 25, and 2015 BCCA 426, 378 B.C.A.C. 116, at para. 29). If a creditor could rely on compensation to refuse to pay for goods or services supplied by the debtor during the status quo period, the restructuring could be torpedoed. The debtor would have a disincentive to provide its creditors with goods and services because it would fear not being paid for them; it would then be deprived of the funds needed to continue

Chambre commerciale, *Ordonnance initiale*, mai 2014 (en ligne), par. 10 et 12; Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, *Saskatchewan Template CCAA Initial Order*, 6 décembre 2017 (en ligne), par. 15-16).

[57] Le pouvoir discrétionnaire dont dispose le tribunal est donc suffisamment large pour lui permettre de suspendre le droit des créanciers d'opérer compensation pré-post. Dans un tel cas, l'interdiction d'opérer compensation pré-post découle directement de l'ordonnance de suspension. En revanche, le tribunal peut à sa discrétion refuser d'imposer une telle interdiction ou, si la compensation pré-post a été suspendue par l'ordonnance, lever cette suspension par la suite pour permettre à un créancier intéressé de faire valoir ses droits. Sur ce point, nous écartons l'interdiction absolue proposée par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Kitco*, puisque nous concluons que le tribunal possède le pouvoir discrétionnaire de permettre la compensation pré-post dans les cas qui s'y prêtent.

[58] Rares seront toutefois les occasions où un tribunal ne devrait pas suspendre le droit d'opérer compensation pré-post dans l'ordonnance initiale. Faut-il le rappeler, le pouvoir discrétionnaire du juge surveillant, quoique vaste, n'est pas sans limites. Il doit tendre à la réalisation des objectifs réparateurs de la LACC (*Callidus*, par. 49).

[59] En effet, la période de statu quo pourrait devenir lettre morte si l'on permettait aux créanciers d'opérer sans retenue la compensation pré-post (voir *Kitco*, par. 20 et 43). L'affaire *Tungsten*, dans laquelle le tribunal avait suspendu l'exercice de la compensation pré-post constitue un bon exemple du potentiel perturbateur de cette forme de compensation (*North American Tungsten Corp., Re*, 2015 BCSC 1382, 28 C.B.R. (6th) 147 (« *Tungsten* (C.S.) »), par. 32, conf. par 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6, par. 16, 20 et 25, et par 2015 BCCA 426, 378 B.C.A.C. 116, par. 29). Si le créancier pouvait, en invoquant la compensation, refuser de payer le prix pour les biens ou services fournis par la débitrice pendant la période de statu quo, la restructuration risquerait d'être torpillée. La débitrice serait incitée à ne fournir ni biens ni services à ses créanciers par

operating (see *Kitco*, at paras. 46-48). Section 32 of the CCAA in fact gives the debtor a right — subject to the limits and formal requirements provided for in that provision — to disclaim or resiliate any agreement to which it is a party on the day on which the restructuring proceedings commence. In addition, an interim lender would most likely refuse to continue to finance the debtor’s operations during this period if the loaned funds were destined to enrich another creditor at its expense. Lastly, the rampart set up by a stay to protect against attacks from all sides by creditors would also crumble, thereby increasing the risk of the debtor’s collapse and bankruptcy (see also A. R. Anderson, T. Gelbman and B. Pullen, “Recent Developments in the Law of Set-off”, in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2009* (2010), 1, at pp. 22 and 29).

[60] The inevitable interruption of the business relationship between the debtor and those who are at once creditors and customers could not come at a worse time. Without these contracts and without the payment of accounts receivable and interim financing to replenish the debtor’s working capital, the resale value of its business would melt away, thus setting up roadblocks for restructuring it by way of liquidation. And such a situation could also be unfavourable to creditors that wish to effect compensation. If the debtor terminates a contract and refuses to perform it, the creditor concerned will be deprived of the benefit of the contract and will have to find a new contracting party in place of the debtor, with no guarantee that the price will remain the same.

[61] Furthermore, where pre-post compensation has been stayed, the court retains the discretion to lift the stay based on the specific facts of each case. However, it must be cautious in doing so, given the high disruptive potential of such compensation.

[62] In conclusion, we are of the view that ss. 11 and 11.02 of the CCAA authorize a court to stay pre-post compensation. Although we would temper the rule from *Kitco*, which involves an absolute prohibition against pre-post compensation, it is our view

crainte de ne pas être payée en retour; elle serait alors privée des fonds nécessaires pour poursuivre ses opérations (voir *Kitco*, par. 46-48). L’article 32 de la LACC lui donne justement le droit de résilier tout contrat auquel elle est partie à la date à laquelle les procédures de restructuration ont été intentées, sous réserve des limites et formalités qui sont prévues par cette disposition. De plus, le prêteur intérimaire refuserait fort probablement de continuer à financer les opérations de la débitrice durant cette période, si les sommes prêtées sont destinées à enrichir un autre créancier à son détriment. Enfin, le rempart érigé par la suspension contre les attaques tous azimuts des créanciers s’effriterait lui aussi, augmentant ainsi les risques de déconfiture et de faillite de la débitrice (voir aussi A. R. Anderson, T. Gelbman et B. Pullen, « Recent Developments in the Law of Set-off », dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2009* (2010), 1, p. 22 et 29).

[60] L’inévitable interruption de la relation d’affaires entre la débitrice et ceux qui sont à la fois créanciers et clients ne pourrait intervenir à un pire moment. Sans ces contrats et sans un fonds de roulement regarni par le paiement des comptes à recevoir et le financement intérimaire, la valeur de revente de l’entreprise exploitée par la débitrice s’atrophierait, dressant alors des écueils à sa restructuration par voie de liquidation. Par ailleurs, une telle situation peut également être défavorable pour le créancier qui désire opérer compensation. Si la débitrice met fin au contrat et refuse de s’exécuter, le créancier concerné sera privé du bénéfice du contrat et devra trouver un nouveau cocontractant à la place de la débitrice, sans garantie que le prix restera le même.

[61] En outre, lorsque la compensation pré-post a été suspendue, le tribunal conserve le pouvoir discrétionnaire de lever la suspension selon les faits particuliers de chaque affaire. Cependant, il doit faire preuve de prudence, considérant le fort potentiel perturbateur d’une telle compensation.

[62] Pour conclure, nous sommes d’avis que les art. 11 et 11.02 de la LACC autorisent le tribunal à suspendre l’exercice de la compensation pré-post. Tout en tempérant la règle énoncée dans l’arrêt *Kitco*, qui interdisait de manière absolue la compensation

that in the vast majority of cases an initial order will, and should, stay a creditor's right to set up pre-post compensation against the debtor. Finally, where an initial order has stayed the right of creditors to pre-post compensation, the court retains the discretion to lift the stay having regard to the circumstances.

(b) *Scope of Section 21 of the CCAA*

[63] In addition, we note that s. 21 of the CCAA does not grant creditors a right to pre-post compensation that would be shielded from a supervising judge's power to order a stay under ss. 11 and 11.02 of the CCAA. Although s. 21 of the CCAA indicates that there is a right to effect compensation in proceedings under that statute, we are of the opinion that it applies only to compensation between debts that arise *before an initial order is made* (in other words, "pre-pre compensation"). The modern approach to statutory interpretation dictates this conclusion (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, citing E. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87). Our interpretation of s. 21 of the CCAA is not based on an inappropriate analogy with the provisions of the BIA.

[64] Section 21 does state that it is possible to effect compensation in insolvency proceedings under the CCAA, but it does not specifically deal with pre-post compensation. It reads as follows:

Law of set-off or compensation to apply

21 The law of set-off or compensation applies to all claims made against a debtor company and to all actions instituted by it for the recovery of debts due to the company in the same manner and to the same extent as if the company were plaintiff or defendant, as the case may be.

Read in light of its context, its purpose and the scheme of the CCAA, s. 21 is, in our view, limited to authorizing pre-pre compensation for the purpose

pre-post, nous estimons que, dans la très vaste majorité des cas, l'ordonnance initiale suspendra, et devrait suspendre, le droit d'un créancier d'opposer à la débitrice une telle forme de compensation. Finalement, lorsque l'ordonnance initiale a suspendu le droit des créanciers à la compensation pré-post, le tribunal conserve le pouvoir discrétionnaire de lever la suspension en fonction des circonstances.

(b) *La portée de l'art. 21 de la LACC*

[63] Nous soulignons par ailleurs que l'art. 21 de la LACC ne confère pas aux créanciers un droit à la compensation pré-post qui serait à l'abri du pouvoir de suspension dont dispose le juge surveillant en vertu des art. 11 et 11.02 de la LACC. Bien que l'art. 21 de la LACC atteste d'un droit d'opérer compensation dans le cadre des procédures prises sous cette loi, nous sommes d'avis qu'il ne vise que la compensation entre des dettes nées *avant le prononcé de l'ordonnance initiale* (autrement dit, la « compensation pré-pré »). Cette conclusion s'impose suivant la méthode moderne d'interprétation des lois (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, citant E. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87). Notre interprétation de l'art. 21 de la LACC ne repose pas sur une analogie inappropriée avec les dispositions de la LFI.

[64] En effet, cet article précise qu'il est possible d'opérer compensation dans le cadre de procédures en insolvabilité introduites sous le régime de la LACC, mais il ne traite pas expressément de la compensation pré-post. Cette disposition est rédigée ainsi :

Compensation

21 Les règles de compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre la compagnie débitrice et à toutes les actions intentées par elle en vue du recouvrement de ses créances, comme si elle était demanderesse ou défenderesse, selon le cas.

Lu à la lumière de son contexte, de son objet et de l'esprit de la LACC, nous sommes d'avis que l'art. 21 se limite à autoriser la compensation pré-pré aux fins

of quantifying creditors' claims on the date of commencement of proceedings.

[65] With regard to the context, s. 21 is in a different part of the statute than the one that provides for a court's discretion to order a stay. The power to order a stay (ss. 11 and 11.02) and most of the exceptions to it (see, e.g., ss. 11.01, 11.08 and 11.1) appear in Part II, which is entitled "Jurisdiction of Courts". Section 21, meanwhile, is in the division of Part III entitled "Claims", which also includes ss. 19 and 20. This indicates that Parliament probably did not consider s. 21 to be an exception to the stay period. If Parliament had in fact intended s. 21 to be an exception, it would have included it in Part II or expressly stated that it was an exception.

[66] What is more, when s. 21 is considered in the broader context of the "Claims" division, it becomes clear that this provision is part of a set of rules governing the claims that may be dealt with by a compromise or arrangement and the quantification of the resulting amounts.

[67] Section 19 specifies which claims may be dealt with by a compromise or arrangement (s. 19(1)) and those which will remain intact despite the creditors' agreement to a compromise or arrangement and its sanction by a court (s. 19(2)). Only claims arising before the date of commencement of bankruptcy or insolvency proceedings are "claims" that fall under s. 19 and therefore give creditors a right to vote on a compromise or arrangement. As for s. 20, it contains rules for determining the amount of claims. Once that amount has been determined, it can then be used to define the relative weight of the voting rights of each creditor with a claim.¹

de quantification des réclamations des créanciers au jour de l'ouverture.

[65] En ce qui concerne le contexte, l'art. 21 fait partie d'une section différente de celle visant le pouvoir discrétionnaire de suspension conféré au tribunal. Le pouvoir de suspension (art. 11 et 11.02) ainsi que la plupart de ses exceptions (voir, p. ex., art. 11.01, 11.08 et 11.1) figurent dans la partie II, intitulée « Juridiction des tribunaux ». Pour sa part, l'art. 21 fait plutôt partie de la section « Réclamations » de la partie III, qui comprend également les art. 19 et 20. Ceci indique que le législateur ne considérerait vraisemblablement pas l'art. 21 comme une exception à la période de suspension. Si son intention avait été plutôt d'en faire une exception, il aurait inclus l'art. 21 dans la partie II ou affirmé expressément qu'il s'agit d'une exception.

[66] Au surplus, il ressort d'un examen de l'art. 21 dans le contexte plus large de la section « Réclamations » que cette disposition fait partie d'un ensemble de règles encadrant les réclamations qui peuvent être considérées dans le cadre d'une transaction ou d'un arrangement et la quantification des montants qui en découlent.

[67] L'article 19 précise quelles sont les réclamations qui peuvent être considérées dans le cadre d'une transaction ou d'un arrangement (par. (1)) et celles qui demeureront intactes malgré l'acceptation par les créanciers d'une transaction ou d'un arrangement et son homologation par le tribunal (par. (2)). Seules les créances ayant pris naissance avant la date d'ouverture des procédures en faillite ou insolvabilité constituent des « réclamations » visées par l'art. 19 et donnent ainsi aux créanciers le droit de voter sur une transaction ou un arrangement. Quant à l'art. 20, il contient des règles permettant de déterminer le montant des réclamations. Une fois déterminé, ce montant permet ensuite de définir le poids relatif du droit de vote de chaque créancier détenant une réclamation¹.

¹ A plan of compromise or arrangement must be approved by a special majority representing two thirds in value of the creditors or a class of creditors (s. 6(1) of the CCAA).

¹ Le plan de transaction ou d'arrangement doit être approuvé par une majorité qualifiée des deux tiers en valeur des créanciers ou d'une catégorie de créanciers (par. 6(1) de la LACC).

[68] Section 21 complements ss. 19 and 20; the compensation authorized by s. 21 is intended, among other things, to determine the value of the claim that a creditor may have against the debtor on the *date of commencement of proceedings*. In other words, the purpose of s. 21 is to provide an accurate picture of the pecuniary interest each creditor has in the restructuring on the date of commencement of proceedings, and of the number of votes each creditor should have (see *Kitco*, at para. 83). This provision is not concerned with what might happen to the debtor's business after that date, because the date of commencement of proceedings is when [TRANSLATION] “the claims must be established” and therefore when the mutuality of debts must be assessed (B. Boucher, “Procédures en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*”, in *JurisClasseur Québec — Collection Droit des affaires — Faillite, insolvabilité et restructuration* (loose-leaf), by S. Rousseau, ed., fasc. 14, at No. 70; see also *Kitco*, at para. 34).

[69] With all due respect for our colleague, in light of the context of s. 21, it is evident that this provision is not meant to legitimize pre-post compensation.

[70] This contextual interpretation of s. 21, which limits its scope to pre-pre compensation, is also confirmed by the section's purpose. It was added to the CCAA to prevent the unfair situation that would result from a creditor being required to pay its debt to the debtor company in full but receiving almost nothing from the debtor in payment of its claim under an arrangement or compromise. The effect of s. 21 is that the creditor receives payment of its claim up to the value of the debt it owes to the debtor (Anderson, Gelbman and Pullen, at p. 27; Boucher, at No. 70; McElcheran, at p. 116).

[71] It is true that compensation “creat[es] a type of security interest in the [insolvent company's] estate” because it “[authorizes] the party claiming set-off [to] ‘reorde[r]’ . . . his priority” by reducing the value of that party's claim (*Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, at paras. 59-60; see *Kitco*, at paras. 63-68). The

[68] L'article 21 complète les art. 19 et 20; la compensation autorisée par l'art. 21 vise, entre autres, à déterminer la valeur de la réclamation qu'un créancier peut avoir contre la débitrice au *jour de l'ouverture*. Autrement dit, l'art. 21 vise à donner l'heure juste sur l'intérêt pécuniaire que détient chaque créancier dans la restructuration au jour de l'ouverture et le nombre de votes dont il devrait disposer (voir *Kitco*, par. 83). Cette disposition s'intéresse peu à ce qui pourrait se passer postérieurement à cette date dans les affaires de la débitrice; en effet, c'est au jour de l'ouverture que « doivent être établies les réclamations » et donc que la réciprocité des dettes doit s'apprécier (B. Boucher, « Procédures en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* », dans *JurisClasseur Québec — Collection Droit des affaires — Faillite, insolvabilité et restructuration* (feuilles mobiles), par S. Rousseau, dir., fasc. 14, n° 70; voir aussi *Kitco*, par. 34).

[69] Avec égards pour l'opinion de notre collègue, à la lumière du contexte de l'art. 21, il est apparent que cette disposition n'a pas pour vocation de légitimer la compensation pré-post.

[70] Cette interprétation contextuelle de l'art. 21, qui limite son champ d'application à la compensation pré-pré, est également confirmée par son objet. Cette disposition a été ajoutée à la LACC afin de prévenir l'injustice qui résulterait du fait qu'un créancier serait tenu de payer intégralement sa dette à la compagnie débitrice, mais ne recevrait presque rien de la débitrice en paiement de sa créance aux termes d'un arrangement ou d'une transaction. En raison de l'art. 21, le créancier reçoit paiement de sa créance jusqu'à concurrence de la valeur de la dette qu'il devait à la débitrice (Anderson, Gelbman et Pullen, p. 27; Boucher, n° 70; McElcheran, p. 116).

[71] Il est vrai que la compensation « crée une sorte de garantie sur l'actif de la [compagnie insolvable] », parce qu'elle « autorise la partie qui invoque la compensation à “modifier” l'ordre de priorité » en réduisant la valeur de sa créance (*Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, par. 59-60; voir *Kitco*, par. 63-68). Le créancier

creditor uses its indebtedness to the debtor as a form of security for its claim, security that is equal in value to its debt to the insolvent company (*Stein v. Blake*, [1996] 1 A.C. 243 (H.L.), at p. 251). This portion of its claim is therefore sure to be paid in full (*Husky Oil*, at para. 58). The effect of compensation is thus to deviate from the principle of equality among ordinary creditors, a fundamental principle of insolvency law that applies with equal force in proceedings under the CCAA, one of the remedial objectives of which is to ensure the fair and equitable treatment of the claims made against a debtor (*Callidus*, at para. 40). The exception created by compensation must therefore be interpreted narrowly. As a general rule, “[o]nce a formal insolvency process commences, all unsecured creditor remedies are stayed and the creditor must stand in line behind secured and preferred creditors and share any remaining recoveries in the estate *pro rata* with all other unsecured creditors” (McElcheran, at p. 78).

[72] The prejudice suffered by a creditor wishing to effect pre-post compensation does not justify expanding the scope of s. 21. When the debt owed by the creditor arises after a stay order has been made, prejudice is merely illusory. The fact that the creditor contracted obligations toward the debtor company during the stay period does not place it in a worse situation than it would have been in had it contracted with a third party instead. If it had contracted with a third party, it would likewise have had to pay the full price of the goods or services it obtained (*Tungsten* (S.C.), at para. 27). A creditor that contracts with the debtor company during the status quo period knows or ought to know that it will probably receive only pennies on the dollar in payment of its pre-order claim and that payment of its post-order debt will benefit it and the other creditors.

[73] Because there is really prejudice only in the case of pre-pre compensation, this exception to the

se sert de sa dette envers la débitrice comme d’une forme de garantie à l’égard de sa créance, une garantie d’une valeur égale à sa dette envers la compagnie insolvable (*Stein c. Blake*, [1996] 1 A.C. 243 (H.L.), p. 251). Cette portion de sa créance est donc assurée d’être payée en totalité (*Husky Oil*, par. 58). Par ses effets, la compensation déroge ainsi au principe de l’égalité entre les créanciers ordinaires, un principe fondamental du droit de l’insolvabilité qui s’applique avec autant de force dans le cadre de procédures intentées sous le régime de la LACC, dont l’un des objectifs réparateurs vise à assurer un traitement juste et équitable des réclamations déposées contre un débiteur (*Callidus*, par. 40). L’exception créée par la compensation doit donc être interprétée de manière restrictive. En règle générale, [TRADUCTION] « [u]ne fois que s’amorce formellement une procédure en matière d’insolvabilité, tous les recours des créanciers non garantis sont suspendus et chaque créancier doit faire la queue derrière les créanciers garantis et les créanciers privilégiés, et partager avec tous les autres créanciers non garantis, au prorata, toute somme qui reste dans le patrimoine » (McElcheran, p. 78).

[72] Le préjudice subi par un créancier désirant opérer compensation pré-post ne justifie pas d’élargir la portée de l’art. 21. Lorsque la dette due par le créancier prend naissance après le prononcé de l’ordonnance de suspension, le préjudice n’est qu’illusoire. Le fait que le créancier ait contracté des obligations envers la compagnie débitrice durant la période de suspension ne le place pas dans une pire situation que celle dans laquelle il aurait été s’il avait plutôt contracté avec un tiers. S’il avait contracté avec un tiers, il aurait de la même façon été contraint de payer intégralement le prix des produits ou services qu’il a obtenus (*Tungsten* (C.S.), par. 27). Le créancier qui contracte avec la compagnie débitrice durant la période de statu quo sait ou devrait savoir qu’il ne recevra probablement que des sous pour chaque dollar de sa créance pré-ordonnance et que le paiement de sa dette post-ordonnance lui bénéficiera, ainsi qu’aux autres créanciers.

[73] Puisque le préjudice ne se manifeste réellement qu’en ce qui concerne la compensation pré-pré,

principle of equality should apply to only one of the debtor's assets on the date of commencement of insolvency proceedings, that is, the debt owed to it by the creditor (*Kitco*, at para. 68; *Husky Oil*, at para. 59). Otherwise, giving the green light to pre-post compensation would amount to granting certain creditors an additional "type of security interest" in respect of new assets acquired by the debtor after the commencement of proceedings (for example, amounts received as interim financing). Professor Wood aptly describes the injustice that would thus befall the other ordinary creditors whose rights and remedies have been stayed:

The ability to exercise a right of set-off in restructuring proceedings can operate to improve greatly the position of one creditor at the expense of the other creditors. This is illustrated in the following example. Suppose that the debtor company owes \$1,000 to a creditor. The debtor company then initiates restructuring proceedings. While the proceedings are under way, the debtor company sells and delivers goods to the creditor for \$1,000. By exercising its right of set-off, the creditor obtains full recovery of its claim at the expense of the other unsecured creditors whose claims will be compromised or otherwise affected by the plan. [p. 400]

[74] Yet the very purpose of the stay period is to ensure that no creditor gains an advantage over the others while the restructuring of the debtor company is under way (*Woodward's Ltd., Re* (1993), 79 B.C.L.R. (2d) 257 (S.C.), at para. 12; *Lehndorff General Partner Ltd., Re* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), at para. 6); *Hawkair Aviation Services Ltd., Re*, 2006 BCSC 669, 22 C.B.R. (5th) 11, at para. 17). Pre-post compensation should not allow a creditor to do indirectly what it cannot do directly. Parliament could not have intended to create such an additional security interest that can be realized during the stay period simply because the creditor and the debtor company have a continuing business relationship.

[75] To repeat, viewing s. 21 as allowing pre-post compensation would undermine the effectiveness of the status quo period, would jeopardize the survival

cette exception au principe de l'égalité ne devrait donc porter que sur un seul des éléments d'actifs de la débitrice au jour de l'ouverture des procédures en insolvabilité, c'est-à-dire la dette du créancier à son endroit (*Kitco*, par. 68; *Husky Oil*, par. 59). Autrement, donner le feu vert à la compensation pré-post équivaldrait à attribuer à certains créanciers une « sorte de garantie » additionnelle sur de nouveaux éléments d'actif acquis par la débitrice après l'ouverture des procédures (par exemple, les sommes reçues à titre de financement intérimaire). Le professeur Wood décrit bien l'injustice qui serait ainsi causée aux autres créanciers ordinaires dont les droits et recours sont suspendus :

[TRANSLATION] La capacité d'exercer un droit d'opérer compensation lors de procédures de restructuration peut avoir pour effet d'améliorer grandement la position d'un créancier au détriment des autres. Voici un exemple qui illustre cette affirmation. Supposons qu'une compagnie débitrice doit 1 000 \$ à un créancier. Cette compagnie entame des procédures de restructuration. Alors que les procédures sont en cours, la compagnie débitrice vend et livre au créancier des biens d'une valeur de 1 000 \$. Exerçant son droit d'opérer compensation, ce dernier recouvre entièrement le montant de sa réclamation, au détriment des autres créanciers non garantis, dont les réclamations seront compromises ou autrement affectées par le plan. [p. 400]

[74] Or, l'objectif de la période de suspension est justement d'empêcher un créancier d'être avantagé par rapport aux autres pendant la restructuration de la compagnie débitrice (*Woodward's Ltd., Re* (1993), 79 B.C.L.R. (2d) 257 (C.S.), par. 12; *Lehndorff General Partner Ltd., Re* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24 (C.J. Ont. (Div. gén.)), par. 6; *Hawkair Aviation Services Ltd., Re*, 2006 BCSC 669, 22 C.B.R. (5th) 11, par. 17). La compensation pré-post ne devrait pas permettre à un créancier de faire indirectement ce qu'il ne peut faire directement. Le législateur ne peut avoir souhaité créer une telle garantie additionnelle pouvant être réalisée pendant la période de suspension du seul fait que le créancier et la compagnie débitrice ont une relation d'affaires qui se poursuit.

[75] Faut-il le rappeler, considérer que l'art. 21 autorise la compensation pré-post minerait l'efficacité de la période de statu quo, mettrait en péril la survie

of the debtor company or the business it operates and could derail the restructuring process. It is clear that Parliament could not have intended that a struggling company, deprived of its only lifeline, be condemned to drown in its debts solely because a single creditor wanted to gain an advantage over the others. Such an outcome is contrary to the fundamental objectives of the CCAA.

[76] Before concluding, we will pause to briefly discuss *Kitco*. In that case, the Court of Appeal rejected a literal interpretation of s. 21 as allowing all forms of compensation, including pre-post compensation, without any restrictions. Our colleague is of the view that *Kitco*, which was applied by the majority of the Court of Appeal and by the supervising judge in the instant case, has created an asymmetry between the interpretation given to s. 21 of the CCAA by the Quebec courts and the interpretation given to it by the courts of other Canadian provinces. He cites *Air Canada, Re* (2003), 45 C.B.R. (4th) 13 (Ont. S.C.J.), and *Tungsten* in this regard.

[77] In our view, *Kitco* is not at odds with the jurisprudence of the rest of the country on the interpretation of s. 21. *Air Canada* and *Tungsten* did not determine whether pre-post compensation is consistent with the interpretation and objectives of the CCAA, let alone establish a framework for the exercise of this right by creditors.

[78] First of all, in *Air Canada*, the issues did not relate to the impact of pre-post compensation on the achievement of the CCAA's objectives. Rather, the case concerned the requirements for legal set-off at common law and the interpretation of a provision of the *Winding-up and Restructuring Act*, R.S.C. 1985, c. W-11, that was worded differently from s. 18.1 (now s. 21) of the CCAA. On the subject of legal set-off, *Air Canada* argued that the making of an initial order under the CCAA results in a loss of mutuality between debts, by analogy with the vesting of a bankrupt's property in a trustee under the *BIA*. This was the context in which the court found that an

de la compagnie débitrice ou de l'entreprise qu'elle exploite et pourrait faire dérailler la restructuration. Il ne fait aucun doute que le législateur ne peut avoir souhaité qu'une compagnie en difficulté, privée de sa seule bouée de sauvetage, soit condamnée à crouler sous le poids de ses dettes, uniquement parce qu'un seul créancier a souhaité s'avantager au détriment des autres. Un tel résultat va à l'encontre des objectifs fondamentaux de la LACC.

[76] Avant de conclure, nous ouvrons une parenthèse au sujet de l'arrêt *Kitco*. Dans cette affaire, la Cour d'appel a rejeté l'interprétation littérale de l'art. 21 selon laquelle cette disposition autoriserait sans réserve toute forme de compensation, y compris la compensation pré-post. Notre collègue est d'avis que cet arrêt, appliqué par la majorité de la Cour d'appel et la juge surveillante dans la présente affaire, crée une asymétrie entre l'interprétation par les tribunaux québécois de l'art. 21 de la LACC et celle des tribunaux des autres provinces canadiennes. Notre collègue cite à cet égard les affaires *Air Canada, Re* (2003), 45 C.B.R. (4th) 13 (C.S.J. Ont.), et *Tungsten*.

[77] À notre avis, l'arrêt *Kitco* ne s'inscrit pas en faux contre la jurisprudence du reste du pays en ce qui concerne l'interprétation de l'art. 21. En effet, les affaires *Air Canada* et *Tungsten* n'ont pas tranché la question de savoir si la compensation pré-post est conforme à l'interprétation et aux objectifs de la LACC, et encore moins établi les balises entourant l'exercice de ce droit par des créanciers.

[78] D'abord, dans l'affaire *Air Canada*, les questions en litige ne portaient pas sur les répercussions de la compensation pré-post sur la réalisation des objectifs de la LACC. Cette affaire portait plutôt sur les critères de la compensation légale en common law, ainsi que sur l'interprétation d'une disposition de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, L.R.C. 1985, c. W-11, dont le texte différait de celui de l'art. 18.1 de la LACC (maintenant l'art. 21 de la LACC). Au chapitre de la compensation légale, *Air Canada* prétendait que le prononcé d'une ordonnance initiale en vertu de la LACC entraînait une perte de réciprocité entre

initial order under the CCAA does not alter the status of creditor and debtor of the insolvent company, unlike what happens in a bankruptcy proceeding.

[79] Moreover, in *Tungsten*, the dispute related primarily to the possibility of staying the right to pre-post set-off. The judge who ruled on the applications did not analyze the arguments concerning the effects of pre-post set-off on the status quo period and on the underlying objectives of this period, finding that it was not necessary to do so in the circumstances. Our colleague maintains that the question of whether pre-post set-off could be effected was never raised by the parties, which by implication showed that it was permitted by s. 21 of the CCAA. In our view, the fact that the possibility of effecting pre-post set-off was not argued tends more to weaken the authority of that decision than to strengthen it.

[80] Therefore, and with due respect for the contrary view, the state of the law on the interpretation of s. 21 had not been settled elsewhere in Canada. When ruling in *Kitco*, the Court of Appeal was not bound by *Air Canada* and *Tungsten*.

[81] In summary, we conclude, as the Court of Appeal did in *Kitco*, that s. 21 of the CCAA allows pre-pre compensation for the purpose of quantifying creditors' claims on the date of commencement of proceedings (*Kitco*, at para. 82). This provision does not have the effect of authorizing pre-post compensation. That being said, s. 21 of the CCAA does not prohibit this form of compensation either. A supervising judge therefore retains the discretion to stay or to authorize the exercise of a right to pre-post compensation, or set-off, invoked by a creditor under the civil law or the common law.

[82] We turn now to the situation in this case.

les dettes, par analogie avec la saisine des biens du failli par un syndic sous le régime de la *LFI*. C'est dans ce contexte que le tribunal a conclu que l'ordonnance initiale rendue en application de la *LACC* ne modifie pas les qualités de créancière et de débitrice de la société insolvable, contrairement à une procédure de faillite.

[79] De plus, dans l'affaire *Tungsten*, le litige portait principalement sur la possibilité de suspendre le droit à la compensation pré-post. En première instance, le juge n'a procédé à aucune analyse des arguments relatifs aux impacts de la compensation pré-post sur la période de statu quo et sur les objectifs sous-jacents de cette dernière, estimant qu'il n'était pas nécessaire de le faire dans les circonstances. Notre collègue soutient que la question de savoir si la compensation pré-post pouvait s'opérer n'a jamais été soulevée par les parties, ce qui démontrait implicitement que cette compensation était permise par l'art. 21 de la *LACC*. Selon nous, l'absence de débat sur la possibilité d'opérer compensation pré-post a davantage pour effet d'affaiblir l'autorité de cette décision que de la renforcer.

[80] En conséquence, et avec égards pour l'opinion contraire, l'état du droit n'était pas définitif ailleurs au Canada sur l'interprétation de l'art. 21. Lorsqu'elle s'est prononcée dans l'arrêt *Kitco*, la Cour d'appel n'était pas liée par les affaires *Air Canada* et *Tungsten*.

[81] En somme, à l'instar de la Cour d'appel dans l'arrêt *Kitco*, nous concluons que l'art. 21 de la *LACC* permet la compensation pré-pré aux fins de quantification des réclamations des créanciers au jour de l'ouverture (*Kitco*, par. 82). Cette disposition n'a pas pour effet d'autoriser la compensation pré-post. Cela dit, l'art. 21 de la *LACC* n'a pas non plus pour effet d'interdire cette forme de compensation. Ainsi, le juge surveillant conserve le pouvoir discrétionnaire de suspendre ou d'autoriser l'exercice du droit à la compensation pré-post invoqué par un créancier en vertu du droit civil ou de la common law.

[82] Voyons ce qu'il en est en l'espèce.

(c) *Application*

[83] In the case at bar, the words of the stay order made by the Superior Court are broad enough to prohibit pre-post compensation:

No Exercise of Rights or Remedies

ORDERS that during the Stay Period, and subject to, *inter alia*, subsection 11.1 CCAA, all rights and remedies, including, but not limited to modifications of existing rights and events deemed to occur pursuant to any agreement to which any of the Debtors is a party as a result of the insolvency of the foreign Debtors and/or these CCAA proceedings, any events of default or non-performance by the Debtors or any admissions or evidence in these CCAA proceedings, of any individual, natural person, firm, corporation, partnership, limited liability company, trust, joint venture, association, organization, governmental body or agency, or any other entity (all of the foregoing, collectively being “Persons” and each being a “Person”) against or in respect of the Debtors, or affecting the Business, the Property or any part thereof, are hereby stayed and suspended except with leave of this Court.

...

No Interference with Rights

ORDERS that during the Stay Period, no Person shall discontinue, fail to honour, alter, interfere with, repudiate, resiliate, terminate or cease to perform any right, renewal right, contract, agreement, licence or permit in favour of or held by the Debtors, except with the written consent of the Debtors, as applicable, and the Monitor, or with leave of this Court. [Emphasis added.]

(A.R., vol. I, at p. 75)

[84] Given that the order stayed compensation in respect of pre-post claims, what remains to be determined is whether the Superior Court should have

c) *Application*

[83] Dans la présente affaire, les termes de l’ordonnance de suspension rendue par le Tribunal sont suffisamment larges pour interdire la compensation pré-post :

[TRADUCTION]

Suspension des droits et recours

ORDONNE CE QUI SUIIT : Durant la Période de suspension, et sous réserve, entre autres, de l’article 11.1 de la LACC, tous les droits et recours, notamment les modifications aux droits existants et les événements réputés survenir suivant toute entente à laquelle l’un des Débiteurs est partie en raison de l’insolvabilité des Débiteurs étrangers et/ou des présentes procédures fondées sur la LACC, de quelque manquement ou inexécution par les Débiteurs ou de quelque admission ou témoignage dans le cadre de ces procédures fondées sur la LACC, de quelque personne physique, firme, personne morale, société de personnes, société à responsabilité limitée, fiducie, coentreprise, association, organisation, organisme ou agence du gouvernement, ou de toute autre entité (toutes les entités énumérées précédemment étant appelées collectivement « Personnes » et individuellement « Personne ») visant les Débiteurs ou s’y rapportant, ou touchant l’Entreprise, les Biens ou toute partie de ceux-ci, sont suspendus par les présentes, sauf sur autorisation de la Cour.

...

Interdiction de porter atteinte aux droits

ORDONNE CE QUI SUIIT : Durant la Période de suspension, il est interdit à toute Personne de supprimer, de refuser d’honorer, de modifier, de violer, de répudier, de résilier ou de cesser d’exécuter, selon le cas, quelque droit, droit de renouvellement, contrat, entente, licence ou permis en faveur des Débiteurs ou détenu par ceux-ci, sauf avec le consentement écrit des Débiteurs, le cas échéant, et du Contrôleur, ou sur autorisation de la Cour. [Nous soulignons.]

(d.a., vol. I, p. 75)

[84] L’ordonnance ayant suspendu la compensation à l’égard des créances pré-post, il reste à déterminer si le Tribunal aurait dû exercer son

exercised its discretion under s. 11 of the CCAA and allowed such compensation in respect of the VRP claim. Although we are of the view that the supervising judge erred in finding, in reliance on *Kitco*, that she had no discretion to authorize pre-post compensation, we feel that remanding the case to the court of original jurisdiction would be unhelpful and would not be in the interests of justice. What is more, the delays resulting from this case have prejudiced the rights of third persons in good faith involved in the restructuring of SM Group. In this regard, Thornhill was unable to reimburse, as stipulated, the transition financing granted by the interveners Alaris Royalty Corp. and Integrated Private Debt Fund V LP, which are also creditors of SM Group, largely because of the City's refusal to pay the cost of the work done by SM Group.

[85] In exercising its discretion under the CCAA, a court must keep three baseline considerations in mind: (1) the appropriateness of the order being sought, (2) due diligence and (3) good faith on the applicant's part (*Callidus*, at para. 49; *Century Services*, at para. 70).

[86] The first consideration, the appropriateness of the order being sought, relates both to the order itself and to the means that are employed (*Century Services*, at para. 70). It is assessed in light of the remedial objectives of the CCAA (*Callidus*, at para. 49; *Century Services*, at para. 70). These remedial objectives include the following: avoiding the social and economic losses resulting from the liquidation of an insolvent company; maximizing creditor recovery; ensuring fair and equitable treatment of the claims against the debtor company; preserving going-concern value where possible; protecting jobs and communities affected by the company's financial distress; and enhancing the credit system generally (*Callidus*, at paras. 40-42). In this regard, the context of restructuring by way of liquidation, and the impact of pre-post compensation on its progress, can be weighed by a court in exercising its discretion. In addition, protecting the public interest, although it overlaps a number of the remedial objectives to be considered by the courts, must also be included

pouvoir discrétionnaire en vertu de l'art. 11 de la LACC et permettre l'application de cette compensation à l'égard de la créance PRV. Bien que nous soyons d'avis que la juge surveillante a fait erreur en concluant qu'elle ne possédait aucun pouvoir discrétionnaire l'habilitant à autoriser la compensation pré-post en se basant sur l'arrêt *Kitco*, il nous apparaît que le renvoi du dossier en première instance serait inutile et contraire aux intérêts de la justice. Au surplus, les délais occasionnés par le présent dossier causent préjudice aux droits des tiers de bonne foi ayant participé à la restructuration de Groupe SM. À cet égard, Thornhill n'a pas été en mesure de rembourser, selon les termes stipulés, le financement de transition consenti par les intervenantes Alaris Royalty Corp. et Integrated Private Debt Fund V LP, également créancières de Groupe SM, notamment en raison du refus de la Ville d'acquitter le coût des travaux effectués par Groupe SM.

[85] Dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère la LACC, le tribunal doit garder à l'esprit trois considérations de base : (1) l'opportunité de l'ordonnance sollicitée, (2) la diligence et (3) la bonne foi du demandeur (*Callidus*, par. 49; *Century Services*, par. 70).

[86] La première considération, soit le caractère opportun de l'ordonnance sollicitée, vise tout autant l'ordonnance elle-même que les moyens utilisés (*Century Services*, par. 70). Elle s'évalue au regard des objectifs réparateurs de la LACC (*Callidus*, par. 49; *Century Services*, par. 70). Parmi ces objectifs réparateurs, mentionnons les suivants : éviter les pertes sociales et économiques résultant de la liquidation d'une compagnie insolvable; maximiser le recouvrement au profit des créanciers; assurer un traitement juste et équitable des réclamations déposées contre la compagnie débitrice; préserver la valeur d'exploitation dans la mesure du possible; protéger les emplois et les collectivités touchées par les difficultés financières de l'entreprise; améliorer le système de crédit de manière générale (*Callidus*, par. 40-42). À ce chapitre, le contexte d'une restructuration par voie de liquidation, ainsi que les répercussions de la compensation pré-post sur son bon déroulement, peuvent être soupesés par le tribunal dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. De

in this list (*Callidus*, at para. 40; *Century Services*, at para. 60).

[87] Here, the City argues that protecting the public interest is a consideration that favours pre-post compensation. It submits that the majority of the Court of Appeal erred in not considering [TRANSLATION] “the public interest in ensuring the recovery of fraudulently misappropriated public funds” (A.F., at para. 2; see also para. 80). We cannot accept this argument, for the following reasons.

[88] In our view, the City is wrongly conflating the public interest with its own interest as a public body with a claim. The objective of protecting the public interest does not mean that public bodies should be placed in a better position than other creditors because their claims relate to public funds. That would be contrary to the principle of equality among creditors. In the context of the CCAA, protecting the public interest therefore cannot be reduced to protecting the interests of a particular creditor. It involves taking account of interests beyond those of the debtor company and its creditors, such as the interests of employees whose jobs are threatened or of the community in which the debtor company operates (*Ernst & Young Inc. v. Essar Global Fund Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1, at para. 102; *Metcalfe*, at paras. 50-52; Sarra, at pp. 162 and 501; Wood, at p. 341; see also, for a clear illustration, *Canadian Red Cross Society/Société canadienne de la Croix-Rouge, Re* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), at para. 50).

[89] Protecting the public interest can also encompass considerations of commercial morality that reflect societal norms, such as considerations related to the fact that no one should profit from fraudulent activities in which they have taken part (A. Keay, “Insolvency Law: A Matter of Public Interest?” (2000), 51 *N. Ir. Legal Q.* 509, at pp. 513 and 525). In very specific circumstances, a court could therefore conclude that protection of the public interest and the CCAA’s other remedial objectives justify authorizing

surcroît, bien qu’elle recoupe un certain nombre des objectifs réparateurs dont les tribunaux doivent tenir compte, la protection de l’intérêt public doit elle aussi figurer sur cette liste (*Callidus*, par. 40; *Century Services*, par. 60).

[87] En l’espèce, la Ville prétend que la protection de l’intérêt public milite en faveur de la compensation pré-post. Elle estime que les juges majoritaires de la Cour d’appel ont commis une erreur en ne considérant pas « l’intérêt public de voir à la récupération des deniers publics détournés frauduleusement » (m.a., par. 2; voir aussi par. 80). Nous ne pouvons retenir cette prétention. Voici pourquoi.

[88] Selon nous, la Ville amalgame à tort l’intérêt public avec son propre intérêt en tant qu’organisme public titulaire d’une créance. L’objectif de protection de l’intérêt public ne signifie pas que les entités publiques devraient être placées dans une position plus avantageuse que les autres créanciers parce que leurs créances concernent des deniers publics. Cela contredit le principe de l’égalité entre les créanciers. Dans le contexte de la LACC, la protection de l’intérêt public ne saurait donc être réduite à la protection de l’intérêt d’un créancier en particulier. Elle suppose la prise en compte d’intérêts qui dépassent ceux de la compagnie débitrice et de ses créanciers, comme celui des employés dont les emplois sont menacés ou celui de la communauté dans laquelle évolue la compagnie débitrice (*Ernst & Young Inc. c. Essar Global Fund Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1, par. 102; *Metcalfe*, par. 50-52; Sarra, p. 162 et 501; Wood, p. 341; voir aussi, pour une illustration éloquent, *Canadian Red Cross Society/Société canadienne de la Croix-Rouge, Re* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299 (C.J. Ont. (Div. gén.)), par. 50).

[89] La protection de l’intérêt public peut aussi s’étendre à des considérations de moralité commerciale qui reflètent les normes sociales, comme des considérations liées au fait que nul ne devrait bénéficier d’activités frauduleuses auxquelles il a pris part (A. Keay, « Insolvency Law : A Matter of Public Interest? » (2000), 51 *N. Ir. Legal Q.* 509, p. 513 et 525). Dans des circonstances bien particulières, le tribunal pourrait donc conclure que la protection de l’intérêt public, de même que les

pre-post compensation in favour of a creditor that has proved that it was a victim of fraud within the meaning of s. 19(2)(d) of the CCAA, which explains the relevance of determining whether the VRP claim is a claim resulting from fraud in this case. But while such a conclusion is possible in law, it should not be drawn automatically. In every case, a court should exercise its discretion as indicated in *Callidus* and *Century Services*, and if it so happens that predominant weight must be given to the objective of protecting the public interest, the court should take care not to reduce the public interest to the interests of a particular creditor or group of creditors.

[90] In the instant case, the City's VRP claim is an ordinary claim because, as we have indicated, the City has not proved the alleged fraud and such proof cannot be inferred solely from the fact that its claim is related to an agreement entered into under the VRP. Its argument that the objective of protecting the public interest favours pre-post compensation must therefore be rejected. The City has not relied on any of the CCAA's other remedial objectives in support of its position. It follows that it has not discharged its burden of proving that the order being sought is appropriate. Moreover, the work performed for the City by SM Group was in the public interest, as it involved continuing to carry out major projects, such as the construction of the Samuel De Champlain Bridge and the rebuilding of the Turcot Interchange.

[91] The second consideration, due diligence, clearly weighs against pre-post compensation by the City. Under the CCAA, this consideration is important because it "discourages parties from sitting on their rights and ensures that creditors do not strategically manoeuvre or position themselves to gain an advantage" (*Callidus*, at para. 51). The procedure set out in the CCAA involves negotiations as well as compromises between the debtor and stakeholders and is overseen by a court and a monitor; it follows that all those who participate must be on an equal footing and must have a clear understanding of their respective obligations and rights (para. 51). This

autres objectifs réparateurs de la LACC, justifient d'autoriser la compensation pré-post en faveur d'un créancier qui a démontré avoir été victime de fraude au sens de l'al. 19(2)d) de la LACC, d'où la pertinence de déterminer si la créance PRV est une réclamation qui découle de fraude dans le cas qui nous occupe. Mais si une telle conclusion est possible en droit, elle ne devrait pas relever de l'automatisme. Dans chaque cas, le tribunal doit exercer son pouvoir discrétionnaire de la façon indiquée dans les arrêts *Callidus* et *Century Services*, et si d'aventure il est appelé à accorder un poids prépondérant à l'objectif de protection de l'intérêt public, il doit se garder de réduire l'intérêt public à l'intérêt d'un créancier ou d'un groupe de créanciers en particulier.

[90] En l'espèce, la créance PRV de la Ville est une créance ordinaire, puisque, comme nous l'avons indiqué, la Ville n'a pas apporté la preuve de la fraude alléguée et cette preuve ne saurait s'inférer du seul fait que sa créance se rattache à une entente conclue en vertu du PRV. En conséquence, sa prétention selon laquelle l'objectif de protection de l'intérêt public milite en faveur de la compensation pré-post doit être rejetée. La Ville n'a pas invoqué d'autre objectif réparateur de la LACC au soutien de sa position. Il s'ensuit qu'elle ne s'est pas déchargée du fardeau qui lui incombait d'établir le caractère indiqué de l'ordonnance sollicitée. De plus, les travaux effectués par Groupe SM pour la Ville étaient dans l'intérêt public, puisqu'ils consistaient à poursuivre la réalisation de chantiers majeurs, tels que la construction du pont Samuel-De Champlain et la réfection de l'échangeur Turcot.

[91] La deuxième considération, soit celle de la diligence, milite clairement à l'encontre de l'exercice de la compensation pré-post par la Ville. Sous le régime de la LACC, cette considération est importante étant donné qu'elle « décourage les parties de rester sur leurs positions et fait en sorte que les créanciers n'utilisent pas stratégiquement de ruse ou ne se placent pas eux-mêmes dans une position pour obtenir un avantage » (*Callidus*, par. 51). La procédure prévue par la LACC implique des négociations ainsi que des transactions entre le débiteur et les intéressés et elle est supervisée par le tribunal et le contrôleur; il s'ensuit que tous les acteurs qui y participent doivent

Court accordingly reached the following conclusion in *Callidus*:

A party's failure to participate in CCAA proceedings in a diligent and timely fashion can undermine these procedures and, more generally, the effective functioning of the CCAA regime (see, e.g., *North American Tungsten Corp. v. Global Tungsten and Powders Corp.*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6, at paras. 21-23; *Re BA Energy Inc.*, 2010 ABQB 507, 70 C.B.R. (5th) 24; *HSBC Bank Canada v. Bear Mountain Master Partnership*, 2010 BCSC 1563, 72 C.B.R. (5th) 276, at para. 11; *Caterpillar Financial Services Ltd. v. 360networks Corp.*, 2007 BCCA 14, 279 D.L.R. (4th) 701, at paras. 51-52, in which the courts seized on a party's failure to act diligently). [para. 51]

[92] In this case, it is clear that the City did not act in accordance with the standard of diligence expected in CCAA proceedings. On this point, Deloitte submits that the City should have given notice of its intention to effect compensation in the days after the initial order was made on August 24, 2018. The record does not show that the City learned of the initial order on August 24, 2018, but, as indicated in an email to counsel for Deloitte, the City was aware of the existence of that order by at least September 10, 2018. Whatever the case may be, we are of the view that a diligent creditor, after learning of the debtor's insolvency when it is subject to proceedings under the CCAA, cannot wait 47 to 58 days to notify the debtor of its intention to effect compensation.

[93] The City justifies the lateness of its application by stating that it was waiting for one of the payments on the VRP claim, which was due on October 31, 2018, before taking any action. Yet the VRP agreement indicates that the payment in question was actually due on October 1, 2018. Furthermore, the City knew or ought to have known that the term had already expired several weeks earlier, as SM Group's insolvency had resulted in the loss of the benefit of the term of the VRP claim.

se trouver sur un pied d'égalité et avoir une compréhension sans équivoque de leurs obligations et droits respectifs (par. 51). En conséquence, dans l'arrêt *Callidus*, notre Cour a conclu :

La partie qui, dans le cadre d'une procédure fondée sur la LACC, n'agit pas avec diligence et en temps utile risque de compromettre le processus et, de façon plus générale, de nuire à l'efficacité du régime de la Loi (voir, p. ex., *North American Tungsten Corp. c. Global Tungsten and Powders Corp.*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6, par. 21-23; *Re BA Energy Inc.*, 2010 ABQB 507, 70 C.B.R. (5th) 24; *HSBC Bank Canada c. Bear Mountain Master Partnership*, 2010 BCSC 1563, 72 C.B.R. (5th) 276, par. 11; *Caterpillar Financial Services Ltd. c. 360networks Corp.*, 2007 BCCA 14, 279 D.L.R. (4th) 701, par. 51-52, où les tribunaux se sont penchés sur le manque de diligence d'une partie). [par. 51]

[92] Dans la présente affaire, il appert clairement que la Ville ne s'est pas comportée conformément à la norme de diligence attendue dans le cadre d'une procédure fondée sur la LACC. À ce propos, Deloitte soutient que la Ville aurait dû signifier son intention d'opérer compensation dans les jours qui ont suivi le prononcé de l'ordonnance initiale, le 24 août 2018. Le dossier ne révèle pas que la Ville a pris connaissance de l'ordonnance initiale dès le 24 août 2018, mais, tel qu'indiqué dans un courriel adressé au procureur de Deloitte, elle connaissait l'existence de cette ordonnance depuis le 10 septembre 2018 au moins. Quoi qu'il en soit, nous sommes d'avis qu'un créancier diligent, une fois qu'il a pris connaissance de l'insolvabilité du débiteur alors qu'il est l'objet d'une procédure intentée en vertu de la LACC, ne peut attendre de 47 à 58 jours pour lui signifier son intention d'opérer compensation.

[93] La Ville justifie la tardiveté de sa demande en affirmant qu'elle attendait un des paiements de la créance PRV dû le 31 octobre 2018, avant de prendre quelque action que ce soit. Or, l'entente PRV indique plutôt que ce paiement était dû le 1^{er} octobre 2018. De plus, la Ville savait ou aurait dû savoir que le terme était échu depuis plusieurs semaines déjà, puisque l'insolvabilité de Groupe SM a entraîné la perte du bénéfice du terme de la créance PRV.

[94] Whether intentional or not, this inaction on the City's part tended to place it in a better position than other ordinary creditors at what, we should point out, was a critical time in the restructuring process. By invoking compensation, the City could obtain services without paying for them. The City had to suspect that if it had indicated its intention to proceed in this manner right from the start, as due diligence requires, SM Group would likely have refused to undertake the work provided for in the contract, knowing that it would not be paid and that this would be a major stumbling block in the interim financing process. What is more, under s. 32 of the CCAA, SM Group could even have asked that the contract be resiliated.

[95] In summary, the considerations that guide the exercise of a court's discretion do not justify lifting the stay of the City's right to pre-post compensation. Given our conclusions on the first two considerations, it is not necessary for us to discuss the City's good faith. In our view, remanding the case to the court of original jurisdiction would lead inevitably to the same outcome.

B. *Water Meter Contract Claim*

[96] Here again, the words of the stay order made by the Superior Court are broad enough to prohibit pre-post compensation. However, the Superior Court agreed to lift the stay of proceedings to allow the City to establish the existence and amount of its claim in the case relating to the water meter contract. The relevant excerpts from its judgment are as follows:

[TRANSLATION]

THE COURT, seized of the Application of Ville de Montréal dated September 27, 2018 for authorization to lift the stay of proceedings in order to deal with and liquidate a claim in the Civil Division ("**Application**");

...

LIFTS, in favour of the Applicant, Ville de Montréal, the stay of proceedings ordered in this case with regard to S.M.

[94] Intentionnelle ou non, cette inaction de la Ville était de nature à la placer dans une position plus avantageuse que celle des autres créanciers ordinaires, et ce, faut-il le souligner, à un moment crucial des procédures de restructuration. En effet, en invoquant compensation, elle pouvait, ce faisant, obtenir des services sans les payer. La Ville devait se douter que si elle avait manifesté son intention de procéder ainsi dès le départ, en toute diligence, Groupe SM aurait vraisemblablement refusé d'entreprendre les travaux prévus au contrat, sachant qu'il ne serait pas payé et qu'il s'agirait là d'un obstacle majeur au processus de financement intérimaire. Qui plus est, suivant l'art. 32 de la LACC, Groupe SM aurait même pu demander la résiliation de ce contrat.

[95] En somme, les considérations guidant l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal ne justifient pas de lever la suspension du droit à la compensation pré-post de la Ville. Considérant nos conclusions relatives aux deux premières considérations, il n'est pas nécessaire de nous pencher sur la bonne foi de la Ville. Nous sommes d'avis que le renvoi du dossier en première instance mènerait inéluctablement au même résultat.

B. *Créance relative au contrat des compteurs d'eau*

[96] Ici encore, les termes de l'ordonnance de suspension prononcée par le Tribunal sont suffisamment larges pour interdire la compensation pré-post. Le Tribunal a cependant accepté de lever la suspension des procédures pour permettre à la Ville d'établir l'existence et le montant de sa créance dans le dossier relatif au contrat des compteurs d'eau. Voici les extraits pertinents de son jugement :

LE TRIBUNAL, saisi de la Demande de la Ville de Montréal datée du 27 septembre 2018 pour être autorisée à lever la suspension des procédures afin de traiter et liquider une réclamation en Chambre civile (la « **Demande** »);

...

LÈVE, en faveur de la Requérante Ville de Montréal, la suspension des procédures ordonnée dans ce dossier

Consultants Inc., The S.M. Group Inc., The SMI Group Inc. and The S.M. Group International L.P. (“**Debtors Concerned**”) . . . for the sole purpose of allowing the Applicant, Ville de Montréal, to establish its claim against the Debtors Concerned . . . in the proceedings instituted in the Superior Court of Quebec bearing number 500-17-104932-184; [Emphasis added.]

(A.R., vol. IV, at p. 129)

[97] This order did not authorize the City to withhold the amounts owed to SM Group for the work subsequent to the initial order with a view to effecting compensation if the City was successful in the case relating to the water meter contract. The City submits that it is entitled to withhold the payments owed to SM Group until judgment is rendered in that case.

[98] In the circumstances, an order allowing the City to withhold the amounts owed to SM Group pending the outcome of the case relating to the water meter contract would not be appropriate. Remanding the case to the court of original jurisdiction for a decision on this question would, once again, be unhelpful and contrary to the interests of justice.

[99] Not only would the order being sought by the City place Thornhill at the mercy of the outcome of lengthy and complex judicial proceedings — which, it must not be forgotten, concern a claim for several million dollars — but it would not be appropriate for the same reasons as those relating to the VRP claim. The City is conflating the public interest with its own interest as a public body with a claim that was never established. In addition, the City did not act diligently. Although its originating application in the case relating to the water meter contract was filed on September 26, 2018, it breached its obligation of diligence by waiting until November 7, 2018 before indicating its intention to effect compensation, even though it had been aware of the initial order since at least September 10, 2018.

à l’égard de Les Consultants S.M. inc., Le Groupe S.M. inc., le Groupe SMI inc. et Le Groupe S.M. International S.E.C. (les « **Débitrices visées** ») [. . .] afin uniquement de permettre à la Requérante, Ville de Montréal, d’établir sa réclamation contre les Débitrices visées [. . .] dans le cadre des procédures initiées devant la Cour supérieure du Québec portant le numéro 500-17-104932-184; [Nous soulignons.]

(d.a., vol. IV, p. 129)

[97] Cette ordonnance n’a pas autorisé la Ville à retenir les sommes dues à Groupe SM pour les travaux postérieurs à l’ordonnance initiale en vue d’opérer compensation dans l’éventualité où elle aurait gain de cause dans le dossier relatif au contrat des compteurs d’eau. La Ville affirme qu’elle est en droit de retenir les paiements dus à Groupe SM jusqu’à ce qu’un jugement soit rendu dans l’affaire relative au contrat des compteurs d’eau.

[98] Dans les circonstances, une ordonnance permettant à la Ville de retenir les sommes dues à Groupe SM jusqu’au dénouement du litige relatif au contrat des compteurs d’eau n’est pas indiquée. Le renvoi du dossier en première instance pour trancher cette question serait, encore une fois, inutile et contraire aux intérêts de la justice.

[99] En effet, non seulement l’ordonnance recherchée par la Ville placerait Thornhill à la merci du résultat de procédures judiciaires longues et complexes — qui, faut-il le rappeler, concernent une créance de plusieurs millions —, mais elle ne serait pas indiquée pour les mêmes motifs que ceux relatifs à la créance PRV. La Ville confond ici l’intérêt public et son propre intérêt en tant qu’organisme public titulaire d’une créance qui n’a jamais été établie. Ensuite, la Ville n’a pas fait montre de diligence. Même si sa demande introductive d’instance dans le dossier relatif au contrat des compteurs d’eau a été introduite le 26 septembre 2018, la Ville a manqué à son obligation de diligence en attendant au 7 novembre 2018 pour signaler son intention d’opérer compensation, alors qu’elle avait connaissance de l’ordonnance initiale au moins depuis le 10 septembre 2018.

VI. Conclusion

[100] For these reasons, we would dismiss this appeal with costs.

English version of the reasons delivered by

[101] BROWN J. (dissenting) — I agree with the majority that a supervising judge has a discretion under s. 11 of the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“CCAA”), as to whether to allow a creditor to effect compensation, or set-off, between pre-initial order and post-initial order debts (“pre-post compensation”). I find, however, that this discretion is not limited solely to the exceptional circumstances the majority describes. While my colleagues in the majority recognize the broad discretion conferred on a supervising judge by the CCAA, in my view they fail to give full effect to it by concluding that pre-post compensation will never be authorized unless there are exceptional circumstances.

[102] Moreover, unlike my colleagues who limit the scope of s. 21 of the CCAA to compensation between debts arising before an initial order is made, I conclude that pre-post compensation is permitted under s. 21 of the CCAA but that it must be subject to the exercise of a supervising judge’s discretion. The majority at the Quebec Court of Appeal (2020 QCCA 438), like the supervising judge (2019 QCCS 2316), erred in relying on the Quebec Court of Appeal’s decision in *Quebec (Agence du revenu) v. Kitco Metals Inc.*, 2017 QCCA 268, to conclude that pre-post compensation will never be authorized. But, for the reasons set out below, this Court must in my view reject the approach taken in *Kitco*.

[103] Given that the supervising judge in this case did not exercise her discretion, believing herself to be bound by *Kitco*, it would be unwise for this Court to exercise that discretion for the first time in order to determine whether Ville de Montréal

VI. Conclusion

[100] Pour ces motifs, nous sommes d’avis de rejeter le présent pourvoi avec dépens.

Les motifs suivants ont été rendus par

[101] LE JUGE BROWN (dissident) — Je partage l’avis de la majorité selon lequel le juge surveillant possède, en vertu de l’art. 11 de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36 (« LACC »), le pouvoir discrétionnaire d’autoriser ou non un créancier à opérer compensation entre des dettes pré-ordonnance initiale et post-ordonnance initiale (« compensation pré-post »). Cependant, j’estime que ce pouvoir n’est pas limité aux seules circonstances exceptionnelles décrites par la majorité. En effet, à mon avis, bien qu’ils reconnaissent le large pouvoir discrétionnaire conféré au juge surveillant par la LACC, mes collègues majoritaires échouent à lui donner plein effet en ce qu’ils concluent que la compensation pré-post ne sera jamais autorisée sauf circonstances exceptionnelles.

[102] En outre, contrairement à mes collègues, qui restreignent le champ d’application de l’art. 21 de la LACC à la compensation entre des dettes nées avant la délivrance de l’ordonnance initiale, je conclus que la compensation pré-post est permise en vertu de l’art. 21 de la LACC, mais doit être assujettie à l’exercice du pouvoir discrétionnaire du juge surveillant. Les juges majoritaires de la Cour d’appel du Québec (2020 QCCA 438), ainsi que la juge surveillante (2019 QCCS 2316), s’appuient erronément sur l’arrêt de la Cour d’appel du Québec dans *Québec (Agence du revenu) c. Métaux Kitco inc.*, 2017 QCCA 268, 46 C.B.R. (6th) 173, pour conclure que la compensation pré-post ne sera jamais autorisée. Mais, pour les raisons exprimées ci-dessous, l’approche établie dans l’arrêt *Kitco* doit à mon avis être rejetée par la Cour.

[103] Étant donné que la juge surveillante n’a pas exercé son pouvoir discrétionnaire dans la présente affaire, se croyant liée par l’arrêt *Kitco*, il serait mal avisé pour la Cour d’exercer pour la première fois ce pouvoir afin de déterminer si la Ville de Montréal peut

(the “City”) may effect compensation here. I would therefore allow the appeal solely for the purpose of remanding the case to the Superior Court so it can decide whether the City may effect compensation between the debts incurred by SM Group before the initial order and the amounts owed by the City to SM Group for work performed by the latter after the initial order. I would also allow the appeal so that it can be determined whether compensation is available in respect of the City’s water meter claim against SM Group, as nothing in s. 21 of the CCAA prohibits judicial compensation.

[104] Furthermore, and again unlike my colleagues, I find that there is no need in this appeal to decide whether the City’s claim against SM Group, which derives from the *Act to ensure mainly the recovery of amounts improperly paid as a result of fraud or fraudulent tactics in connection with public contracts*, CQLR, c. R-2.2.0.0.3, must be characterized as a claim based on “false pretences or fraudulent misrepresentation” within the meaning of s. 19(2)(d) of the CCAA. In my view, s. 21 of the CCAA must be interpreted as allowing pre-post compensation regardless of whether a claim results from fraud for the purposes of s. 19(2)(d). I nonetheless agree with my colleagues that proof by a creditor that it was a victim of fraud within the meaning of s. 19(2)(d) is a factor favouring pre-post compensation that must be weighed by a supervising judge along with the other relevant considerations.

[105] My colleagues consider it necessary to characterize the City’s claim arising from the Voluntary Reimbursement Program (“VRP”) because proof that the debt underlying a claim is fraudulent is a relevant factor in the exercise of a supervising judge’s discretion to permit or to deny pre-post compensation (para. 20). As they acknowledge, this is a relevant factor in the exercise of a *supervising judge’s* discretion. As I will explain in greater detail below, whether the City’s VRP claim results from fraud is a question to be decided *by the supervising judge* in

opérer compensation en l’espèce. Par conséquent, j’accueillerais l’appel à seule fin de retourner le dossier devant la Cour supérieure pour qu’il soit décidé si la Ville peut opérer compensation entre les dettes de Groupe SM antérieures à l’ordonnance initiale et les sommes dues par la Ville à Groupe SM pour des travaux réalisés par ce dernier après l’ordonnance initiale. J’accueillerais également l’appel afin qu’il soit décidé si la réclamation de la Ville à l’encontre de Groupe SM à l’égard des compteurs d’eau donne ouverture à compensation, puisque rien dans l’art. 21 de la LACC n’interdit la compensation judiciaire.

[104] Au surplus, et contrairement à mes collègues, j’estime qu’il n’est pas nécessaire dans le présent pourvoi de trancher la question de savoir si la réclamation de la Ville de Montréal à l’encontre de Groupe SM, laquelle s’appuie sur la *Loi visant principalement la récupération de sommes payées injustement à la suite de fraudes ou de manœuvres dolosives dans le cadre de contrats publics*, RLRQ, c. R-2.2.0.0.3, doit être qualifiée de réclamation fondée sur des « faux-semblants ou la présentation erronée et frauduleuse des faits » au sens de l’al. 19(2)d) de la LACC. À mon avis, l’art. 21 de la LACC doit être interprété comme permettant d’opérer compensation pré-post, peu importe qu’il s’agisse ou non d’une réclamation qui découle d’une fraude au sens de l’al. 19(2)d). Je conviens néanmoins avec mes collègues que le fait pour un créancier de démontrer qu’il a été victime d’une fraude au sens de l’al. 19(2)d) est un facteur favorable à la compensation pré-post qui doit être soupesé par le juge surveillant avec les autres considérations pertinentes.

[105] Mes collègues estiment qu’il est nécessaire de qualifier la créance de la Ville de Montréal issue du Programme de remboursement volontaire (« PRV »), parce que la démonstration du caractère frauduleux de la dette à l’origine d’une créance constitue un facteur pertinent dans l’exercice par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire de permettre ou non la compensation pré-post (par. 20). Tel qu’ils le reconnaissent, il s’agit d’un facteur pertinent dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire *du juge surveillant*. Comme je l’explique

the exercise of her discretion, not by *my colleagues* or this Court.

plus amplement ci-après, la question de savoir si la créance PRV de la Ville de Montréal résulte d'une fraude est une question à laquelle il appartient à *la juge surveillante* de répondre dans le cadre de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, et non à *mes collègues* ou à la Cour.

I. Decision of the Quebec Court of Appeal in *Kitco*

[106] Kitco Metals Inc. specialized in buying scrap gold and extracting fine gold from it for resale. It was subject to special tax rules: it paid the goods and services tax and the Quebec sales tax on the purchase of scrap gold (“inputs”), but the sale of fine gold was not subject to these taxes. Under these special rules, Kitco paid the taxes to its gold suppliers, which were required to remit them to the Agence du revenu du Québec (“Agency”). When the fine gold was sold, Kitco was then entitled to a refund of the taxes paid. The Agency, however, became aware of a fraudulent scheme by which the gold suppliers were not remitting to it the taxes they collected, even though it was refunding Kitco for them.

[107] The Agency, suspecting that Kitco was involved in this fraudulent scheme, sent it a notice of assessment for more than \$300 million (the pre-order debt). On June 7, 2011, the Agency proceeded with compulsory execution on that notice to recover the amounts it considered it was owed. The next day, Kitco filed a notice of intention to make a proposal under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“BIA”), thereby staying its creditors’ remedies (s. 69). One month later, it instead obtained an initial order under the CCAA that continued the stay of remedies (stay still in effect at the time of judgment). Meanwhile, Kitco had been continuing its business activities since June 8, 2011: it was paying taxes on inputs and claiming tax refunds from the Agency in accordance with the applicable tax rules. The Agency owed it more than \$1.7 million in refunds (the post-order debt) but applied this amount as compensation against the tax assessments it was claiming from Kitco. Kitco successfully brought a

I. L’arrêt *Kitco* de la Cour d’appel du Québec

[106] Métaux Kitco inc. est une entreprise qui se spécialise dans l’achat de ferraille d’or, dont elle extrait l’or fin afin de pouvoir le revendre. En vertu des règles fiscales, elle est soumise à un régime spécial, c’est-à-dire qu’elle paie la taxe sur les produits et services et la taxe de vente du Québec à l’achat de ferraille d’or (« intrants »), mais la vente d’or fin n’est pas assujettie à ces taxes. Conformément à ce régime spécial, Kitco paie les taxes à ses fournisseurs d’or, lesquels doivent remettre ces taxes à l’Agence du revenu du Québec. Par la suite, lors de la vente d’or fin, Kitco a droit à un remboursement des taxes payées. Cependant, l’Agence constate l’existence d’un stratagème frauduleux suivant lequel les fournisseurs d’or ne lui versent pas les taxes perçues, alors qu’elle rembourse Kitco pour celles-ci.

[107] L’Agence suspecte Kitco d’être impliquée dans ce stratagème frauduleux et lui envoie un avis de cotisation de plus de 300 millions de dollars (soit la dette pré-ordonnance). Le 7 juin 2011, elle entreprend l’exécution forcée de cet avis pour récupérer les sommes qu’elle estime dues. Dès le lendemain, Kitco dépose un avis d’intention de faire une proposition sous le régime de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3 (« LFI »), suspendant les recours de ses créanciers (art. 69). Un mois plus tard, elle obtient plutôt, en vertu de la LACC, une ordonnance initiale qui continue la suspension des recours (suspension toujours en vigueur au moment de l’arrêt). Parallèlement, Kitco continue ses activités commerciales depuis le 8 juin 2011 : elle paie des taxes sur les intrants et en réclame le remboursement à l’Agence, conformément au régime fiscal en place. L’Agence lui doit plus de 1,7 million de dollars en remboursement (soit la dette post-ordonnance), mais impute par compensation cette somme sur les

motion in the Superior Court to force the Agency to refund it \$1.7 million on the basis that this compensation was unlawful.

[108] Vézina J.A., writing for the Court of Appeal in *Kitco*, began by explaining that June 8, 2011 was the date of commencement of insolvency proceedings and therefore the date on which the creditors' remedies were stayed and their claims had to be established (para. 34 (CanLII)). He also took the view that the compensation effected by the Agency was unlawful. In his opinion, although s. 21 of the CCAA does not expressly state that compensation can be effected only in respect of debts that arose prior to insolvency proceedings, a literal interpretation of the section must be rejected because it would be incompatible with, among other things, the principle that ordinary creditors must be treated equally (para. 20). Such an interpretation would also undermine the status quo period that companies in financial difficulty need in order to develop a plan of arrangement (para. 43). Vézina J.A. therefore concluded that a literal interpretation would ultimately be contrary to the CCAA's restructuring objective (para. 45).

[109] This conclusion was based in large part on Vézina J.A.'s observation that the schemes of the BIA and the CCAA have [TRANSLATION] "close links" and are two "integrated" schemes, which means that "case law and scholarly opinion can be applied to both equally" (paras. 51-52). Relying on para. 56 of *D.I.M.S. Construction inc. (Trustee of) v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 52, [2005] 2 S.C.R. 564, he considered that "[t]he general principles of the BIA preclude any transaction that would have the effect of granting a security that did not exist before the bankruptcy" (*Kitco*, at para. 61). On this point, he found that the principles laid down in *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, in which the Court stated that set-off is like a form of security, cannot readily be transposed into the civil law, in which compensation is automatic and is effected by operation of law once two debts coexist and are certain, liquid and exigible (para. 65). Lastly, he was of the view that s. 21 of the

cotisations fiscales qu'elle réclame à Kitco. Cette dernière présente avec succès une requête devant la Cour supérieure pour forcer l'Agence à lui rembourser 1,7 million de dollars au motif qu'il s'agit d'une compensation illégale.

[108] Dans l'arrêt *Kitco*, le juge Vézina, qui rédige les motifs de la Cour d'appel, explique d'abord que le 8 juin 2011 constitue la date d'ouverture de la procédure en insolvabilité, et donc la date à laquelle les recours des créanciers sont suspendus et leurs réclamations doivent être établies (par. 34). Il se dit aussi d'avis que la compensation opérée par l'Agence est illégale. Selon lui, bien que l'art. 21 de la LACC ne dise pas expressément que seules les dettes nées avant les procédures en insolvabilité sont susceptibles de compensation, il faut rejeter l'interprétation littérale de cet article, puisqu'elle serait contraire notamment au principe voulant qu'il faille traiter les créanciers ordinaires sur un pied d'égalité (par. 20). Elle fait également échec à la période de statu quo, laquelle est nécessaire aux entreprises en difficultés financières pour leur permettre d'élaborer un plan d'arrangement (par. 43). Il conclut donc qu'une interprétation littérale serait au final contraire à l'objectif de restructuration de la LACC (par. 45).

[109] Cette conclusion s'appuie en grande partie sur le constat du juge Vézina que les régimes de la LFI et de la LACC entretiennent des « liens étroits » et constituent « deux régimes intégrés », de telle sorte que « les enseignements de la jurisprudence et les avis des auteurs sont transposables de l'[un] à l'autre » (par. 51-52). Il s'appuie sur le par. 56 de l'arrêt *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 52, [2005] 2 R.C.S. 564, et en retient que « [l]es principes généraux de la LFI s'opposent à toute opération qui aurait pour effet d'accorder une garantie qui n'existait pas avant la faillite » (*Kitco*, par. 61). À cet égard, il estime que les enseignements de l'arrêt *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, qui a précisé que la compensation s'apparentait à une forme de garantie, sont difficilement transposables en droit civil où la compensation est automatique et s'opère de plein droit dès que deux dettes coexistent et sont

CCAA and s. 97(3) of the *BIA* identify the point in time when compensation may be effected, that is, on the date on which the creditors' "provable claims" must be established, which is the date of commencement of insolvency proceedings:

[TRANSLATION] In my opinion, sections 21 *CCAA* and 97(3) *BIA*, which provide that the "law of set-off or compensation applies to all claims. . .", thereby identify the point in time when compensation is effected, or in other words, the moment at which the claims must be established: it is on the date of [commencement of proceedings] that temporal reciprocity is established. [para. 82]

[110] Vézina J.A. found, at para. 78, that the question of what constitutes a "provable claim" is answered by s. 121(1) of the *BIA*, which refers to "[a]ll debts and liabilities, present or future, to which the bankrupt is subject on the day on which the bankrupt becomes bankrupt or to which the bankrupt may become subject before the bankrupt's discharge by reason of any obligation incurred before the day on which the bankrupt becomes bankrupt".

[111] With respect, I am of the view that several errors were made in *Kitco*. First, Vézina J.A. erred in relying on this Court's judgment in *D.I.M.S. Construction* to reach the conclusion that pre-post compensation can never be allowed under the *CCAA*, even though that judgment was rendered in the context of a bankruptcy under the *BIA*. Despite the similarities between the insolvency schemes established by the *CCAA* and the *BIA*, these are two different statutes, and their differences are significant in the case at bar. Secondly, *Kitco* was based on an inappropriate narrow interpretation of s. 21 of the *CCAA* that disregarded the "flexible" nature the *CCAA* is recognized as having (*Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, at para. 14; R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2nd ed. 2015), at p. 337) as well as the broad discretion conferred on supervising judges, whereas courts of other Canadian provinces have held that pre-post set-off can be permitted. Thirdly, *Kitco* was decided in a context where a company in financial difficulty was actually restructured, and it

certaines, liquides et exigibles (par. 65). Finalement, il considère que l'art. 21 de la *LACC* et le par. 97(3) de la *LFI* précisent à quel moment peut s'opérer la compensation, soit à la date où doivent être établies les « réclamations prouvables » des créanciers, c'est-à-dire le jour de l'ouverture des procédures d'insolvabilité :

À mon avis, les articles 21 *L.a.c.c.* et 97 (3) *L.f.i.* qui édictent que « les règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations. . . », précisent par là le moment où la compensation s'opère, soit au moment où doivent être établies les réclamations; c'est au jour d'Ouverture que s'établit la réciprocité temporelle. [par. 82]

[110] Le juge Vézina estime, au par. 78, que la réponse à la question de savoir en quoi consiste une « réclamation prouvable » se trouve au par. 121(1) de la *LFI*, c'est-à-dire « [t]outes créances et tous engagements, présents ou futurs, auxquels le failli est assujéti à la date à laquelle il devient failli, ou auxquels il peut devenir assujéti avant sa libération, en raison d'une obligation contractée antérieurement à cette date ».

[111] Avec égards, je suis d'avis que plusieurs erreurs ont été commises dans l'arrêt *Kitco*. Premièrement, le juge Vézina s'est erronément appuyé sur l'arrêt de la Cour dans *D.I.M.S. Construction* pour arriver à la conclusion que la compensation pré-post ne pouvait jamais être autorisée en vertu de la *LACC*, alors que cet arrêt a été rendu dans un contexte de faillite sous le régime de la *LFI*. Malgré les similitudes entre les régimes d'insolvabilité établis par la *LACC* et la *LFI*, ces deux lois sont distinctes — et de manière significative en l'espèce. Deuxièmement, l'arrêt *Kitco* repose sur une interprétation restrictive et inappropriée de l'art. 21 de la *LACC*, qui fait fi du caractère « souple » (*Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, par. 14) et [TRANSLATION] « flexible » (R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2^e éd. 2015), p. 337) reconnu à la *LACC* ainsi que du vaste pouvoir discrétionnaire dont le juge surveillant est investi, alors que les tribunaux d'autres provinces canadiennes ont jugé que la compensation pré-post pouvait être permise. Troisièmement, l'arrêt *Kitco* a

cannot readily be transposed into a context such as the one in the instant case, which instead involves the liquidation of a company's assets and contracts.

A. *Fundamental Differences Between the Two Insolvency Schemes*

[112] It is important to underscore the fundamental differences between the scheme established by the CCAA and the one established by the BIA, differences that highlight that, under the CCAA scheme, the mutuality of debts is maintained and supervising judges have a broad discretion that allows them to authorize pre-post compensation. I do not question the notion that these two schemes must be viewed as “an integrated body of insolvency law” and that legislative efforts to harmonize them have been going on for several decades (*Century Services*, at paras. 19-24 and 78). As I recount below, however, there remain many differences between the two schemes (Wood, at p. 337).

[113] The three principal Canadian statutes dealing with insolvency, the CCAA, the BIA and the *Winding-up and Restructuring Act*, R.S.C. 1985, c. W-11 (“WURA”), have the following main objectives: “. . . to treat the claims of creditors fairly and equitably, to protect the public interest, to create a fair, timely and cost-effective process, and to achieve a balance of benefit and cost in deciding whether to restructure or liquidate a business, maximizing enterprise value” (J. P. Sarra, “The Oscillating Pendulum: Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law”, in J. P. Sarra and B. Romaine, eds., *Annual Review of Insolvency Law 2016* (2017), 9, at pp. 9-10, objectives referred to with approval by the Court in *9354-9186 Québec inc. v. Callidus Capital Corp.*, 2020 SCC 10, [2020] 1 S.C.R. 522, at para. 40). More specifically, the CCAA’s main objective is the financial and commercial rehabilitation of an insolvent company through the filing of a plan of arrangement with its creditors (Wood, at p. 338; B. Boucher, “Procédures en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*”, in *JurisClasseur Québec — Collection*

été rendu dans un contexte de restructuration réelle d’une entreprise en difficultés financières, et il est difficilement transposable dans un contexte comme celui qui nous occupe, où il s’agit plutôt d’une liquidation des actifs et des contrats d’une entreprise.

A. *Les distinctions fondamentales entre les deux régimes d’insolvabilité*

[112] Il importe de souligner les différences fondamentales entre le régime établi par la LACC et celui établi par la LFI, lesquelles font ressortir, sous le régime de la LACC, le maintien de la réciprocité des dettes ainsi que le vaste pouvoir discrétionnaire permettant au juge surveillant d’autoriser la compensation pré-post. Je ne mets pas en doute l’idée que ces deux régimes doivent être perçus comme « un ensemble intégré de règles du droit de l’insolvabilité » et que des efforts législatifs visant à harmoniser les deux régimes ont été déployés depuis plusieurs décennies (*Century Services*, par. 19-24 et 78). Toutefois, comme nous le verrons ci-dessous, de nombreuses différences persistent entre ces deux régimes (Wood, p. 337).

[113] Les trois principales lois canadiennes en matière d’insolvabilité, c’est-à-dire la LACC, la LFI et la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, L.R.C. 1985, c. W-11 (« LLR »), ont comme objectifs fondamentaux : [TRADUCTION] « . . . le traitement juste et équitable des réclamations des créanciers, la protection de l’intérêt public, la création d’un processus juste, opportun et efficient, et, lors de la prise de la décision de restructurer ou de liquider une entreprise, l’établissement d’un équilibre coûts-avantages maximisant la valeur de celle-ci » (J. P. Sarra, « The Oscillating Pendulum : Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law », dans J. P. Sarra et B. Romaine, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2016* (2017), 9, p. 9-10, objectifs mentionnés avec approbation par la Cour dans *9354-9186 Québec inc. c. Callidus Capital Corp.*, 2020 CSC 10, [2020] 1 R.C.S. 522, par. 40). La LACC a plus particulièrement comme objectif principal de permettre à une entreprise insolvable de se rétablir financièrement et commercialement par le dépôt d’un plan d’arrangement auprès de ses créanciers (Wood, p. 338; B. Boucher, « Procédures en vertu

Droit des affaires — Faillite, insolvabilité et restructuration (loose-leaf), by S. Rousseau, ed., fasc. 14, at Nos. 2 and 8). In seeking an initial order, an insolvent company shields itself from its creditors, staying their remedies for a certain period so that all its energy can be channeled into preparing a plan of arrangement for a viable recovery (Boucher, at No. 2).

de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* », dans *JurisClasseur Québec — Collection Droit des affaires — Faillite, insolvabilité et restructuration* (feuilles mobiles), par S. Rousseau, dir., fasc. 14, n° 2 et 8). En demandant une ordonnance initiale, l'entreprise insolvable se met à l'abri de ses créanciers, suspendant ainsi leurs recours pendant une certaine période, afin de pouvoir concentrer toutes ses énergies sur la confection d'un plan d'arrangement permettant une relance viable (Boucher, n° 2).

[114] For these reasons, the scheme established by the CCAA is flexible and allows creative solutions to be put forward to achieve the objective mentioned above, the restructuring of a financially distressed company, in contrast to the BIA, which provides a set of pre-established rules (Boucher, at No. 8; Wood, at p. 337). The CCAA is therefore characterized as “remedial” legislation (J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2nd ed. 2013), at p. 500; Boucher, at No. 3).

[114] Pour ces raisons, le régime établi par la LACC est flexible et permet de mettre de l’avant des solutions créatives afin d’atteindre l’objectif énoncé précédemment, soit la restructuration d’une entreprise en difficultés financières, par opposition à la LFI, qui prévoit un ensemble de règles préétablies (Boucher, n° 8; Wood, p. 337). En tant que telle, la LACC est une loi qualifiée de « réparatrice » (Boucher, n° 3; J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2^e éd. 2013), p. 500).

[115] The Court has found that the CCAA’s provisions must be interpreted expansively to enable its remedial objectives to be achieved, and in particular to allow a company to continue its activities and to avoid the social and economic losses that can result from its liquidation (*Century Services*, at para. 70). Because of the remedial scope of the CCAA, a “broad” discretion is also conferred on supervising judges by s. 11 of the CCAA (*Callidus*, at para. 48; *Century Services*, at para. 14). This section provides that a supervising judge may make “any order that [the judge] considers appropriate”, although it specifies that such an order must be consistent with the restrictions set out in the CCAA and must be “appropriate” in light of the circumstances of each case. As this Court noted in *Callidus*, s. 11 is in a sense the “engine” of the CCAA (para. 48, quoting *Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 109 (Ont. C.A.), at para. 36). This discretion granted to supervising judges under the CCAA allows for the implementation of “creative and effective” solutions (*Century Services*, at para. 21, quoting Industry Canada, Marketplace Framework Policy Branch, *Report on the Operation and Administration of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies’ Creditors*

[115] La Cour a reconnu que les dispositions de la LACC doivent être interprétées largement afin de permettre la réalisation de ses objectifs réparateurs, notamment permettre la survie des activités de l'entreprise et éviter les pertes sociales et économiques pouvant résulter de la liquidation de cette dernière (*Century Services*, par. 70). En raison de la portée réparatrice de la LACC, un « vaste » pouvoir discrétionnaire est également conféré au juge surveillant par l'art. 11 de la LACC (*Callidus*, par. 48; *Century Services*, par. 14). Cet article prévoit qu'un juge surveillant peut rendre « toute ordonnance qu'il estime indiquée », mais précise toutefois qu'une telle ordonnance ne peut être contraire aux restrictions prévues par la LACC et qu'elle doit être « indiquée » au regard des circonstances de chaque affaire. La Cour a indiqué dans l'arrêt *Callidus* que l'art. 11 est en quelque sorte le « moteur » de la LACC (par. 48, citant *Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 109 (C.A. Ont.), par. 36). Ce pouvoir discrétionnaire conféré au juge surveillant en vertu de la LACC permet la mise en place de solutions « créatives et efficaces » (*Century Services*, par. 21, citant Industrie Canada, Direction générale des politiques-cadres du marché, *Rapport sur la mise en application de la*

Arrangement Act (2002), at p. 41), in recognition of the “positional advantage” gained by supervising judges, who “acquir[e] extensive knowledge and insight into the stakeholder dynamics and the business realities of [CCAA] proceedings” (*Callidus*, at paras. 47-48). Examples of “creative” solutions adopted by courts under the CCAA include “security for debtor in possession financing or super-priority charges on the debtor’s assets” and the release of “claims against third parties as part of approving a comprehensive plan of arrangement and compromise, even over the objections of some dissenting creditors” (*Century Services*, at para. 62).

[116] As the Court again recently recognized, the broad discretion conferred on supervising judges by s. 11 of the CCAA enables them to propose solutions “that respond to the circumstances of each case and ‘meet contemporary business and social needs’” (*Callidus*, at para. 48, quoting *Century Services*, at para. 58). This broad discretion is unique to the CCAA and has no equivalent in the BIA, which is based instead on pre-established rules designed to apply to a range of situations. This is, therefore, one major difference between the two insolvency schemes.

[117] Another major difference between these two schemes is that the CCAA allows a company that has obtained an initial order to continue its business activities during the restructuring or reorganization period (*Callidus*, at para. 41). The continuation of a struggling company’s business activities averts “the social and economic losses resulting from liquidation of an insolvent company” (*Century Services*, at para. 70) and “preserves going-concern value” (*Callidus*, at para. 46). Accordingly, when an insolvent company has recourse to the CCAA, it is not divested of its property in favour of a third party, unlike with the measures put in place under the BIA that vest the bankrupt’s property in a trustee (s. 71 of the BIA). There is thus no loss of mutuality under

Loi sur la faillite et l’insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies (2002), p. 50), en reconnaissance de la « position avantageuse » du juge surveillant, lequel « acquiert une connaissance approfondie de la dynamique entre les intéressés et des réalités commerciales entourant la procédure [fondée sur la LACC] » (*Callidus*, par. 47-48). À titre de solutions « créatives » retenues par les tribunaux sous le régime de la LACC, mentionnons 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 », ainsi que la libération de « 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 » (*Century Services*, par. 62).

[116] Comme l’a reconnu la Cour encore récemment, le vaste pouvoir discrétionnaire conféré au juge surveillant par l’art. 11 de la LACC permet à ce dernier de mettre de l’avant des solutions « susceptibles de répondre aux circonstances de chaque cas et de “[s’adapter] aux besoins commerciaux et sociaux contemporains” » (*Callidus*, par. 48, citant *Century Services*, par. 58). Ce vaste pouvoir discrétionnaire du juge surveillant est unique à la LACC et n’a pas d’équivalent dans la LFI, laquelle est plutôt fondée sur des règles préétablies visant à régir une gamme de situations. Il s’agit donc là d’une distinction majeure entre les deux régimes d’insolvabilité.

[117] Une autre différence majeure entre ces deux régimes est le fait que la LACC permet à une entreprise, après qu’elle a obtenu une ordonnance initiale, de poursuivre ses activités commerciales pendant la période de restructuration ou de réorganisation (*Callidus*, par. 41). La poursuite des activités commerciales de l’entreprise en difficulté évite « les pertes sociales et économiques résultant de la liquidation d’une compagnie insolvable » (*Century Services*, par. 70) et permet de « protéger sa valeur d’exploitation » (*Callidus*, par. 46). Ainsi, lorsque l’entreprise insolvable a recours à la LACC, elle n’est pas dessaisie de ses biens au profit d’un tiers, contrairement aux mesures mises en place en vertu de la LFI, suivant lesquelles le syndic obtient la

the CCAA. The status of debtor or creditor of the insolvent company remains unchanged and is not bestowed on a third party.

[118] This mutuality, which survives the initial order, is what makes compensation possible under the CCAA, unlike under the BIA. This same fundamental difference between the CCAA scheme and the BIA scheme also played a crucial role in *D.I.M.S. Construction*, on which Vézina J.A. largely relied in *Kitco*. In *D.I.M.S. Construction*, this Court had to determine whether the schemes established in two Quebec labour law statutes subverted the scheme of distribution provided for by the BIA. Those two statutes created a similar mechanism that required an employer subject to one of them to pay an assessment due from a contractor whose services it had retained. Once the employer had paid the assessment, it was entitled to retain the amount it had paid out of any sums it owed to the contractor, thereby effecting compensation (para. 2). In that case, three employers had been directed to pay the assessments of a contractor, D.I.M.S. Construction inc., before it went bankrupt on April 1, 1999, but only one of them had done so before that date (paras. 3-4). D.I.M.S. Construction's trustee in bankruptcy, relying on the Court's judgment in *Husky Oil*, asked the Court to declare that two sections of the statutes in question were inoperable in the context of a bankruptcy under the BIA (para. 5).

[119] In her analysis, Deschamps J. began by discussing s. 97(3) of the BIA, which concerns compensation, and made two relevant observations. First, because s. 97(3) applies to claims against a bankrupt's estate, a creditor must meet the conditions set out in s. 121(1) of the BIA, which means that, in order to effect compensation, the creditor must "prove the bankrupt was subject to a debt by reason of an obligation incurred before the bankruptcy" (para. 40 (emphasis added)). Second, s. 97(3) states that compensation is effected in the same manner as if the

saisine des biens du failli (art. 71 de la LFI). Il n'y a donc pas de perte de réciprocité sous le régime de la LACC. La qualité de débitrice ou de créancière de l'entreprise insolvable demeure inchangée et n'est pas octroyée à un tiers.

[118] Cette réciprocité, qui subsiste au-delà de l'ordonnance initiale, est ce qui rend possible la compensation en vertu de la LACC, par opposition à la LFI. En outre, cette même distinction fondamentale entre le régime de la LACC et celui de la LFI a joué un rôle crucial dans l'arrêt *D.I.M.S. Construction*, sur lequel s'est en grande partie appuyé le juge Vézina dans l'arrêt *Kitco*. En effet, dans l'arrêt *D.I.M.S. Construction*, la Cour devait décider si les régimes législatifs établis dans deux lois québécoises en matière de droit du travail portaient atteinte au plan de répartition prévu par la LFI. Ces deux lois établissaient un mécanisme similaire par lequel un employeur assujéti à l'une de ces lois devait payer la cotisation due par un entrepreneur dont il retenait les services. Une fois la cotisation payée par l'employeur, ce dernier avait le droit de retenir sur les sommes qu'il devait à l'entrepreneur le montant de la cotisation qu'il avait déboursé, et donc d'opérer compensation (par. 2). Dans cette affaire, trois employeurs avaient été sommés de payer les cotisations de l'entrepreneur D.I.M.S. Construction inc. avant sa faillite le 1^{er} avril 1999, mais un seul d'entre eux avait payé la cotisation avant cette date (par. 3-4). Le syndic à la faillite de D.I.M.S. Construction demandait à la Cour de déclarer inopérants deux articles de ces lois dans le cadre d'une faillite sous le régime de la LFI en invoquant l'arrêt de la Cour dans *Husky Oil* (par. 5).

[119] Dans son analyse, la juge Deschamps s'attarde d'abord au par. 97(3) de la LFI portant sur la compensation et fait deux constats utiles. Premièrement, comme le par. 97(3) s'applique aux réclamations visant l'actif du failli, le créancier doit remplir les conditions prévues au par. 121(1) de la LFI, c'est-à-dire que, pour qu'il puisse opérer compensation, il doit « prouver une créance à laquelle le failli était assujéti en raison d'une obligation contractée antérieurement à la faillite » (par. 40 (je souligne)). Deuxièmement, le par. 97(3) précise que

bankrupt were a plaintiff or a defendant in a lawsuit and, exceptionally, makes it possible to proceed “as if the bankrupt’s patrimony had not vested in the trustee as a result of the bankruptcy” (para. 41).

[120] Deschamps J. concluded that there are three possible scenarios in Quebec civil law, depending on when an employer pays an assessment due from a contractor: (1) the payment is made by the employer *before* the bankruptcy, and the debts become certain, liquid and exigible *before* the bankruptcy; (2) the payment is made *before* the bankruptcy and the employer is in debt to the bankrupt contractor, but one of the conditions for legal compensation is not met; and (3) the payment is made *after* the bankruptcy (para. 42). Regarding the third scenario — one that also brings into play art. 1651 of the *Civil Code of Québec*, which provides that a person subrogated to the rights of another (the employer in that case) does not have more rights than the subrogating creditor — Deschamps J. concluded that when the employer pays after the contractor’s bankruptcy, “[t]he dual status of creditor and debtor”, and therefore the mutuality of the debts, does not arise until *after* the bankruptcy (para. 51). It must therefore be inferred that s. 97(3) of the *BIA*, read in conjunction with ss. 121, 136(3) and 141 of the *BIA*, requires that “the mutual debts come into existence *before* the bankruptcy” in order for compensation to be effected (para. 55 (emphasis added)). Deschamps J. added at para. 56 that, according to the rules specific to the bankruptcy scheme under the *BIA*, the trustee may object to the substitution of a creditor (the employer in that case) if this has the effect of giving the creditor a security that did not exist at the time of the bankruptcy:

What distinguishes a pre-bankruptcy payment from a post-bankruptcy payment is that, in the former case, the substitution of creditors takes place before the moment when the trustee acquires the bankrupt’s property. In the case of a post-bankruptcy payment, the substitution occurs after the bankruptcy, and the trustee can object to it. The general principles of the *BIA* preclude any transaction that would have the effect of granting a security that did not exist before the bankruptcy. [Emphasis added.]

la compensation s’opère de la même manière que si le failli était demandeur ou défendeur d’une action en justice, et elle permet exceptionnellement de faire « comme si le patrimoine du failli n’avait pas, par la faillite, été dévolu au syndic » (par. 41).

[120] La juge Deschamps conclut que trois scénarios sont possibles en droit civil québécois en fonction du moment où l’employeur paie la cotisation due par l’entrepreneur : (1) le paiement est fait par l’employeur *avant* la faillite et les dettes sont devenues certaines, liquides et exigibles *avant* la faillite, (2) le paiement est fait *avant* la faillite, l’employeur est endetté envers l’entrepreneur failli, mais l’une des conditions de la compensation légale n’est pas satisfaite et (3) le paiement est fait *après* la faillite (par. 42). Relativement au troisième scénario, lequel fait également interagir l’art. 1651 du *Code civil du Québec*, qui prévoit qu’une personne subrogée dans les droits d’une autre (ici, l’employeur) n’a pas plus de droits que le subrogeant, la juge Deschamps conclut que lorsque l’employeur paie après la faillite de l’entrepreneur, « [l]a double qualité de créancier et de débiteur » et donc la réciprocité des dettes ne survient qu’*après* la faillite (par. 51). Par conséquent, il faut en déduire que, lorsque lu en conjonction avec les art. 121, 136(3) et 141 de la *LFI*, le par. 97(3) de la *LFI* prévoit que « les créances mutuelles doivent avoir pris naissance *avant* la faillite » pour qu’il y ait compensation (par. 55 (je souligne)). La juge Deschamps ajoute, au par. 56, qu’en vertu des règles propres au régime de la faillite sous la *LFI*, le syndic peut s’opposer à la substitution du créancier (ici, l’employeur), si cela a pour effet de conférer à ce dernier une garantie qui n’existait pas au moment de la faillite :

Ce qui distingue le paiement avant la faillite du paiement après la faillite est le fait que, dans le premier cas, la substitution de créancier a lieu avant le moment où le syndic acquiert les biens du failli. Lorsque le paiement est fait après la faillite, la substitution est postérieure à la faillite et le syndic est en mesure de s’y opposer. Les principes généraux de la *LFI* s’opposent à toute opération qui aurait pour effet d’accorder une garantie qui n’existait pas avant la faillite. [Je souligne.]

[121] The argument is a simple one. For legal compensation to be effected, in addition to the fact that a claim must be shown to be certain, liquid and exigible, [TRANSLATION] “two persons must be reciprocally debtor and creditor of each other” (*Code civil du Québec: Annotations — Commentaires 2020-2021* (5th ed. 2020), by B. Moore, ed., et al., at p. 1558). This is one of the four essential conditions for compensation to be possible. This mutuality of claims is severed when an insolvent company becomes bankrupt, because a trustee in bankruptcy is appointed and the company’s property is vested in the trustee (s. 71 of the *BIA*). On the date of the initial bankruptcy event, the bankrupt company loses its status as creditor or debtor in favour of the trustee. As well, the bankrupt company ceases its business activities and normally does not incur any obligations after the bankruptcy. This is why claims provable under the *BIA* must be established on the date of the initial bankruptcy event and why, logically, compensation cannot be effected between pre- and post-bankruptcy debts (ss. 97(3) and 121(1)). However, as the intervenor Union des municipalités du Québec rightly noted at the hearing, the situation is very different when an insolvent company applies for an initial order under the *CCAA*, since the company continues its business activities while at the same time seeking a stay of its creditors’ remedies (transcript, at pp. 48-49). Under the *CCAA*, the property of the company applying for an initial order is not vested in a monitor. The mutuality of debts remains intact, as the company continues to be the debtor or creditor of a claim (see, on this point, L. Morin and G.-P. Michaud, “Set-Off and Compensation in Insolvency Restructuring under the *BIA/CCAA*: After the *Kitco* and *Beyond the Rack* Decisions”, in Sarra and Romaine, *Annual Review of Insolvency Law 2016*, 311, at pp. 343-44; see also A. R. Anderson, T. Gelbman and B. Pullen, “Recent Developments in the Law of Set-off”, in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2009* (2010), 1, at pp. 23-25 (these authors acknowledge that an insolvent company’s property is not vested in a monitor under the *CCAA* and that the mutuality of debts is not severed, but they advocate having the courts interpret the *CCAA* in such a way as to put an end to this mutuality)).

[121] L’argument est simple. Pour qu’il y ait compensation légale, en sus du fait que le caractère certain, liquide et exigible de la créance doit être démontré, « deux personnes doivent être réciproquement débitrices et créancières l’une de l’autre » (*Code civil du Québec : Annotations — Commentaires 2020-2021* (5^e éd. 2020), par B. Moore, dir., et autres, p. 1558). Il s’agit là d’une des quatre conditions essentielles pour qu’il soit possible d’opérer compensation. Cette réciprocité des créances cesse d’exister lorsqu’une entreprise insolvable devient faillie, puisqu’un syndic à la faillite est nommé et obtient la saisine de ses biens (art. 71 de la *LFI*). La qualité de créancière ou de débitrice de l’entreprise qui devient faillie s’éteint au profit du syndic le jour de l’ouverture de la faillite. De plus, l’entreprise faillie cesse ses opérations commerciales et n’encourt normalement pas d’obligations post-faillite. C’est pourquoi les réclamations prouvables visées par la *LFI* doivent être établies le jour de l’ouverture de la faillite, et il ne peut logiquement y avoir compensation entre des dettes pré et post-faillite (par. 97(3) et 121(1)). Or, comme l’a fait remarquer avec justesse l’intervenante l’Union des municipalités du Québec à l’audience, la situation est tout autre lorsqu’une entreprise insolvable demande la délivrance d’une ordonnance initiale en vertu de la *LACC*, puisqu’elle continue ses activités commerciales, tout en demandant la suspension des recours de ses créanciers (transcription, p. 48-49). Sous le régime de la *LACC*, le contrôleur n’obtient pas la saisine des biens de l’entreprise ayant demandé une ordonnance initiale. La réciprocité des dettes subsiste, l’entreprise demeurant débitrice ou créancière d’une réclamation (voir à ce sujet L. Morin et G.-P. Michaud, « Set-Off and Compensation in Insolvency Restructuring under the *BIA/CCAA* : After the *Kitco* and *Beyond the Rack* Decisions », dans Sarra et Romaine, *Annual Review of Insolvency Law 2016*, 311, p. 343-344; voir aussi A. R. Anderson, T. Gelbman et B. Pullen, « Recent Developments in the Law of Set-off », dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2009* (2010), 1, p. 23-25 (ces auteurs reconnaissent que la saisine des biens de l’entreprise insolvable n’est pas dévolue au contrôleur dans le cadre de la *LACC*, et que la réciprocité des dettes n’est pas éteinte, mais prèchent pour que la *LACC* soit interprétée par les tribunaux de manière à mettre fin à cette réciprocité)).

[122] These two fundamental differences between the CCAA scheme and the BIA scheme suffice to explain why this Court should reject the approach proposed in *Kitco*. As we will see below, courts of other Canadian provinces have relied in part on these differences between the two schemes to find that s. 21 of the CCAA, unlike the equivalent provisions in the BIA (s. 97(3)) and the WURA (s. 73(1)), does not prohibit pre-post set-off.

B. Courts of Other Canadian Provinces Have Recognized the Possibility of Effecting Pre-post Set-off

[123] For two reasons, the right to effect set-off under the CCAA has been a subject of debate among Canadian courts. First, before the legislative reform of 1997 (*An Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act, the Companies' Creditors Arrangement Act and the Income Tax Act*, S.C. 1997, c. 12) and the addition of s. 21 (formerly s. 18.1), this right was not formally recognized in the CCAA. Secondly, questions relating to the framework for the right to effect set-off have arisen in recent decades, particularly with regard to the possibility of staying this right temporarily after an initial order has been made (CCAA, s. 11.02(1); see *Quintette Coal Ltd. v. Nippon Steel Corp.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 105 (C.A.); *Cam-Net Communications v. Vancouver Telephone Co.*, 1999 BCCA 751, 71 B.C.L.R. (3d) 226; *North American Tungsten Corp., Re*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6 (“*Tungsten No. 1*”) (decision on application for leave to appeal), aff'd 2015 BCCA 426, 378 B.C.A.C. 116 (“*Tungsten No. 2*”); *Re Just Energy Corp.*, 2021 ONSC 1793); or of directly restricting the right in the language of an initial order under the CCAA (*Crystallex International Corp., Re*, 2012 ONSC 6812, 100 C.B.R. (5th) 132).

[124] More specifically, the question now before this Court is whether s. 21 of the CCAA allows pre-post compensation. This question is all the more relevant in the context of a restructuring process under

[122] Ces deux distinctions fondamentales entre les régimes de la LACC et de la LFI suffisent à expliquer pourquoi l'approche mise de l'avant dans l'arrêt *Kitco* doit être rejetée par la Cour. Comme nous le verrons ci-après, les tribunaux d'autres provinces canadiennes se sont notamment appuyés sur ces distinctions entre les deux régimes pour conclure que l'art. 21 de la LACC, contrairement aux dispositions équivalentes dans la LFI (par. 97(3)) et la LLR (par. 73(1)), n'interdit pas la compensation pré-post.

B. Les tribunaux d'autres provinces canadiennes ont reconnu la possibilité d'opérer compensation pré-post

[123] Le droit d'opérer compensation en vertu de la LACC a fait l'objet de débats dans la jurisprudence canadienne, et ce, pour deux raisons. D'abord, avant la réforme législative de 1997 (*Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et la Loi de l'impôt sur le revenu*, L.C. 1997, c. 12) et l'ajout de l'art. 21 (autrefois l'art. 18.1), le droit d'opérer compensation n'était pas formellement reconnu dans la LACC. Ensuite, des questions portant sur l'encadrement du droit d'opérer compensation se sont soulevées dans les dernières décennies, notamment en ce qui a trait à la possibilité de suspendre temporairement le droit d'opérer compensation à la suite de la délivrance d'une ordonnance initiale (LACC, par. 11.02(1); voir *Quintette Coal Ltd. v. Nippon Steel Corp.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 105 (C.A.); *Cam-Net Communications v. Vancouver Telephone Co.*, 1999 BCCA 751, 71 B.C.L.R. (3d) 226; *North American Tungsten Corp., Re*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6 (« *Tungsten n° 1* ») (décision sur la demande d'autorisation d'appel), conf. par 2015 BCCA 426, 378 B.C.A.C. 116 (« *Tungsten n° 2* »); *Re Just Energy Corp.*, 2021 ONSC 1793); ou de restreindre ce droit directement dans le texte d'une ordonnance initiale fondée sur la LACC (*Crystallex International Corp., Re*, 2012 ONSC 6812, 100 C.B.R. (5th) 132).

[124] Plus particulièrement, la question qui nous occupe ici est celle de savoir si l'art. 21 de la LACC permet d'opérer compensation pré-post. Cette question se pose avec une plus grande acuité dans le

the CCAA because the insolvent company continues its business activities.

[125] One of the first cases in which this question was considered after the 1997 legislative reform was *Air Canada, Re* (2003), 45 C.B.R. (4th) 13, a judgment of Farley J. of the Ontario Superior Court of Justice. There, Farley J. had to decide whether a paragraph included in an initial order whose purpose was to limit the right of Air Canada's creditors to effect set-off should be varied.² Air Canada essentially argued that under the CCAA, as under the BIA, legal set-off cannot be permitted between pre- and post-order debts (paras. 10-11). Because the BIA provides, in s. 71 (formerly s. 71(2)), that the bankrupt's property vests in the trustee on the date of the initial bankruptcy event, Farley J. concluded that there is no longer any mutuality between a creditor and a bankrupt debtor following a bankruptcy, despite such mutuality being a necessary condition for set-off:

In a bankruptcy, the trustee is inserted into the proceedings. Post-bankruptcy dealings of a creditor with the trustee in bankruptcy do not involve the same party, namely the debtor before the condition of bankruptcy. . . . Thus, creditors who incur post-bankruptcy obligations to trustees in bankruptcy cannot claim legal set-off to avoid paying such obligations by setting-off such obligations against their proven (pre-bankruptcy) claims against the bankrupt. The same parties are not involved so there cannot be mutual cross-obligations. [Emphasis in original; para. 14.]

[126] Farley J. next considered Air Canada's second argument, that s. 21 (then s. 18.1) of the CCAA must be interpreted similarly to s. 73(1) of the WURA (at paras. 16-17), which provides that the

cadre d'un processus de restructuration mené sous le régime de la LACC, puisque l'entreprise insolvable continue ses opérations commerciales.

[125] L'une des premières affaires dans lesquelles cette question a été examinée, après la réforme législative de 1997, est la décision *Air Canada, Re* (2003), 45 C.B.R. (4th) 13, rendue par le juge Farley de la Cour supérieure de justice de l'Ontario. Dans cette décision, le juge Farley devait déterminer si un paragraphe inséré dans l'ordonnance initiale et qui visait à limiter le droit pour les créanciers d'Air Canada d'opérer compensation devait être modifié². Essentiellement, Air Canada plaidait que la compensation légale prévue par la LACC ne pouvait être autorisée entre des dettes pré et post-ordonnance, comme c'est le cas en vertu de la LFI (par. 10-11). Puisque la LFI prévoit que, à l'ouverture de la faillite, les biens du failli sont dévolus au syndic en vertu de l'art. 71 (autrefois le par. 71(2)), le juge Farley a conclu qu'il n'y a alors plus de réciprocité entre un créancier et un débiteur failli post-faillite, condition pourtant nécessaire pour qu'il soit possible d'opérer compensation :

[TRADUCTION] *Lors d'une faillite*, le syndic est ajouté à l'instance. Lorsqu'un créancier effectue des opérations post-faillite avec le syndic de faillite, il ne traite pas avec la même partie, c'est-à-dire avec le débiteur avant la faillite. [. . .] Par conséquent, le créancier qui contracte des obligations post-faillite envers un syndic de faillite ne peut invoquer la compensation légale pour éviter d'acquitter de telles obligations en opérant compensation entre celles-ci et ses réclamations (pré-faillite) contre le failli dont il a fait la preuve. Comme ce ne sont pas les mêmes parties qui sont concernées, il ne saurait y avoir d'obligations réciproques. [En italique dans l'original; par. 14.]

[126] Ensuite, le juge Farley a analysé le second argument d'Air Canada qui prétendait que l'art. 21 de la LACC (alors l'art. 18.1), devait être interprété de façon similaire au par. 73(1) de la LLR (par. 16-17),

² The paragraph in question read as follows: "THIS COURT ORDERS that persons may exercise only such rights of set off as are permitted under Section 18.1 of the CCAA as of the date of this order. For greater certainty, no person may set off any obligations of an Applicant to such person which arose prior to such date" (para. 2). The last sentence was particularly problematic.

² Le paragraphe en question était rédigé ainsi : [TRADUCTION] « LA COUR ORDONNE que seuls peuvent être exercés par les personnes concernées les droits d'opérer compensation qui sont autorisés par l'article 18.1 de la LACC à compter de la date de la présente ordonnance. Il est entendu que nul ne peut opérer compensation sur des obligations d'un Demandeur envers une telle personne nées avant la date de la présente ordonnance. » (par. 2). La dernière phrase posait particulièrement problème.

law of set-off applies to “all claims on the estate of a company, and to all proceedings for the recovery of debts due or accruing due to a company at the commencement of the winding-up of the company”. He rejected this argument for several reasons, emphasizing in particular the differences between the words of s. 73(1) of the *WURA* and those of s. 21 of the *CCAA*. For example, s. 21 does not provide that set-off must be between claims accruing due as of the date an initial order is made. Farley J. noted that these differences in wording reflect a choice made by Parliament, which did not intend to enact identical set-off provisions in Canada’s three insolvency statutes (para. 23). For these reasons, he ordered that the paragraph of the order restricting the right to effect set-off be varied (para. 24).

[127] Although he struck out the part of the initial order that precluded pre-post set-off, Farley J. nonetheless stayed set-off until Air Canada’s situation was more stable in order to avoid the disruptive consequences that would result from allowing set-off during the status quo period. He suggested that the best time to effect set-off would be in conjunction with the formation of a plan of arrangement (para. 25).

[128] My colleagues argue (at para. 77) that “*Air Canada* and *Tungsten* [which I will discuss below] did not determine whether pre-post compensation is consistent with the interpretation and objectives of the *CCAA*, let alone establish a framework for the exercise of this right by creditors.” This, however, ignores that *Air Canada* is widely recognized as being authoritative and as standing for the proposition that mutuality is not severed by an initial order made under the *CCAA*, which means that pre-post set-off or compensation is possible but is subject to a supervising judge’s power to stay it (see R. Thornton, “Air Canada and Stelco: Legal Developments and Practical Lessons”, in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law* 2006 (2007), 73; *North American Tungsten Corp., Re*, 2015 BCSC 1382, 28 C.B.R.

lequel prévoit que la compensation s’applique à « toutes les réclamations sur l’actif d’une compagnie et à toutes les procédures en recouvrement de créances d’une compagnie, échues ou devenues exigibles à l’ouverture de la liquidation de la compagnie ». Le juge Farley a rejeté cet argument pour plusieurs raisons, insistant notamment sur les différences entre le texte du par. 73(1) de la *LLR* et celui de l’art. 21 de la *LACC*. Par exemple, ce dernier article ne prévoit pas que la compensation doit s’effectuer entre des réclamations devenues exigibles à la date de la délivrance de l’ordonnance initiale. Le juge Farley a souligné que ces différences rédactionnelles reflètent le choix du législateur, lequel n’a pas voulu adopter des dispositions législatives identiques en matière de compensation dans les trois lois canadiennes en matière d’insolvabilité (par. 23). Pour ces raisons, il a ordonné la modification du paragraphe de l’ordonnance qui limitait le droit d’opérer compensation (par. 24).

[127] Bien qu’il ait radié la partie de l’ordonnance initiale qui empêchait la compensation pré-post, le juge Farley a néanmoins suspendu la mise en œuvre de la compensation jusqu’à ce que la situation d’Air Canada se soit davantage stabilisée, afin d’éviter les conséquences perturbatrices qu’entraînerait le fait de permettre la compensation pendant la période de statu quo. Il a suggéré que le meilleur moment pour opérer compensation serait lors de la formulation d’un plan d’arrangement (par. 25).

[128] Mes collègues prétendent (au par. 77) que « les affaires *Air Canada* et *Tungsten* [que je décris ci-dessous] n’ont pas tranché la question de savoir si la compensation pré-post est conforme à l’interprétation et aux objectifs de la *LACC*, et encore moins établi les balises entourant l’exercice de ce droit par des créanciers ». Cette prétention ne tient toutefois pas compte du fait que la décision *Air Canada* est largement reconnue comme faisant autorité et appuyant la proposition selon laquelle la réciprocité n’est pas rompue par une ordonnance initiale rendue en vertu de la *LACC*, de sorte que la compensation pré-post est possible mais assujettie au pouvoir du juge surveillant d’en suspendre l’exécution (voir R. Thornton, « Air Canada and Stelco : Legal Developments and Practical Lessons », dans J.

(6th) 147 (“*Tungsten No. 3*”), at para. 15). For example, Robert Thornton writes:

Air Canada was indebted to certain parties as at the date of the Initial Order. Subsequent to the date of the Initial Order, those parties became indebted to Air Canada. They wished to set-off their post-CCAA debts against Air Canada’s pre-CCAA debts owing to them. . . .

...

. . . Farley J. held that there was no loss of mutuality upon the commencement of a CCAA proceeding. Accordingly, legal set-off is available both in respect of debts existing as at the date of an initial order and in respect of debts that arose after the date of an initial order. Farley J. was correct in so doing.

...

It now appears to be clear in Canada that legal and equitable set-off are unaffected by proceedings commenced under the CCAA other than (i) the right to exercise them may be “temporally” stayed and (ii) if the CCAA applicant refuses to acknowledge the set-off, it would be necessary for the creditor to seek judicial intervention.

It is the authors’ view that it is appropriate for set-off rights to continue after the commencement of a CCAA proceeding. The CCAA applicant continues to carry on business in the ordinary course. [Emphasis added; pp. 94-96.]

[129] In *Tungsten*, the British Columbia Court of Appeal also considered set-off under s. 21 of the CCAA — first in an application for leave to appeal two orders of the British Columbia Supreme Court (*Tungsten No. 1*, per Savage J.A.) and then in an appeal from that decision denying leave to appeal (*Tungsten No. 2*). The insolvent company had obtained an initial order under the CCAA effective June 9, 2015, at which time it owed approximately \$4.4 million to Global Tungsten and Powders Corp. (“GTP”) under a loan agreement. It subsequently continued selling tungsten to GTP, which gave notice

P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2006* (2007), 73; *North American Tungsten Corp., Re*, 2015 BCSC 1382, 28 C.B.R. (6th) 147 (« *Tungsten n° 3* »), par. 15). Par exemple, Robert Thornton écrit :

[TRANSLATION] Air Canada était endettée envers certaines parties à la date de l’Ordonnance initiale. Après cette date, ces parties sont devenues débitrices d’Air Canada. Elles souhaitaient opérer compensation entre leurs dettes post-LACC envers Air Canada et les dettes pré-LACC de cette dernière envers elles. . . .

...

. . . Le juge Farley a conclu qu’il n’y a pas perte de mutualité dès l’introduction de procédures en vertu de la LACC. Par conséquent, la compensation légale est possible tant à l’égard de créances existant à la date d’une ordonnance initiale qu’à l’égard de créances nées après cette date. Le juge Farley était fondé à conclure ainsi.

...

Il semble maintenant clair au Canada que l’introduction de procédures en vertu de la LACC n’a pas d’incidence sur la compensation légale et sur la compensation en equity, sous réserve (i) du fait que le droit de les appliquer peut être « temporairement » suspendu et (ii) du fait que si la partie qui invoque la LACC refuse d’acquiescer à la compensation, il sera nécessaire de solliciter l’intervention des tribunaux.

Les auteurs sont d’avis qu’il est approprié que les droits d’opérer compensation continuent de s’appliquer après l’introduction de procédures en vertu de la LACC. La partie qui invoque cette loi continue d’exploiter son entreprise comme à l’habitude. [Je souligne; p. 94-96.]

[129] Dans l’affaire *Tungsten*, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique s’est également penchée sur la compensation prévue par l’art. 21 de la LACC, d’abord dans le cadre d’une demande de permission d’appeler de deux ordonnances de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (*Tungsten n° 1*, le juge Savage), puis en appel de cette décision refusant la permission d’appeler (*Tungsten n° 2*). L’entreprise insolvable avait obtenu, en vertu de la LACC, une ordonnance initiale prenant effet à compter du 9 juin 2015, date à laquelle elle devait approximativement 4,4 millions de dollars à Global Tungsten and

that it wished to set off its claim (the pre-order debt) against the amounts due or accruing due for the tungsten sold to it (the post-order debt) (*Tungsten No. 1*, at paras. 2 and 6). The chambers judge had held that GTP had a valid right of set-off (*Tungsten No. 2*, at para. 7).

[130] In these two decisions, the main question before the Court of Appeal was whether the chambers judge had erred in concluding that the right to effect set-off could be stayed, like the other creditors' remedies, once the initial order had been made. The question of whether pre-post set-off could be effected was never raised by the parties, which by implication showed that it was permitted under the CCAA. Relying on s. 21 of the CCAA as well as on s. 11 of that statute, which confers a broad discretion on a supervising judge, the Court of Appeal explained that nothing in the words of s. 21 prohibits a supervising judge from making the right of set-off subject to a stay of remedies (*Tungsten No. 1*, at paras. 12-13 and 16; *Tungsten No. 2*, at paras. 31 and 34-35).

[131] Contrary to what my colleagues say at para. 79, in that case both the chambers judge and the Court of Appeal considered the arguments relating to the effects of pre-post set-off on the status quo period and on the underlying objectives of this period, but they did so from the perspective of a stay of the right to effect set-off rather than by questioning the very possibility of pre-post set-off. This shows that my colleagues' concerns about the disruptive potential of pre-post set-off were given adequate consideration by the supervising judge in exercising his discretion to permit or to stay set-off.

[132] In particular, the chambers judge wrote the following: "... a temporal stay of rights can be

Powders Corp. (« GTP ») aux termes d'un contrat de prêt. Par la suite, l'entreprise insolvable continuait de vendre du tungstène à GTP, laquelle a envoyé un avis indiquant qu'elle souhaitait opérer compensation entre sa créance (soit la dette pré-ordonnance) et les sommes échues ou à échoir pour la vente de tungstène (soit la dette post-ordonnance) (*Tungsten n° 1*, par. 2 et 6). Le juge de première instance avait reconnu que GTP possédait un droit valide d'opérer compensation (*Tungsten n° 2*, par. 7).

[130] Dans ces deux décisions, la principale question dont la Cour d'appel était saisie consistait à déterminer si le juge de première instance avait fait erreur en concluant que le droit d'opérer compensation pouvait être suspendu, au même titre que les recours des autres créanciers, à partir de la délivrance de l'ordonnance initiale. La question de savoir si compensation pré-post pouvait être opérée n'a jamais été soulevée par les parties, ce qui démontrait implicitement que cette compensation était permise sous le régime de la LACC. S'appuyant sur l'art. 21 de la LACC ainsi que sur l'art. 11 de celle-ci, qui confère un large pouvoir discrétionnaire au juge surveillant, la Cour d'appel a expliqué que rien dans le texte de l'art. 21 n'interdit au juge surveillant d'assujettir le droit d'opérer compensation à la suspension des recours (*Tungsten n° 1*, par. 12-13 et 16; *Tungsten n° 2*, par. 31 et 34-35).

[131] Contrairement à ce qu'avancent mes collègues au par. 79, dans cette affaire, tant le tribunal de première instance que la Cour d'appel ont considéré les arguments relatifs aux incidences de la compensation pré-post sur la période de statu quo et sur les objectifs sous-jacents de cette dernière, mais dans l'optique de la suspension du droit d'opérer compensation plutôt qu'en s'interrogeant sur la possibilité même de la compensation pré-post. Cela démontre que les inquiétudes de mes collègues quant au potentiel perturbateur de la compensation pré-post sont adéquatement prises en compte par le juge surveillant dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'autoriser la compensation ou d'en suspendre l'application.

[132] Le juge de première instance a notamment écrit ce qui suit : [TRADUCTION] « ... une suspension

granted to further the purpose of the initial order and the purposes of the *Act*” (*Tungsten No. 3*, at para. 25). While conceding that there was some merit to the arguments on the effects of pre-post set-off, he was not prepared to reverse the decision in *Air Canada* (paras. 17-18). Moreover, he stayed the right to effect set-off on the basis that, “[i]n order to preserve the status quo to effect a restructuring, a stay of the set-off is, and was, absolutely essential”, and he added, among other things, that if the stay of set-off were not continued, the restructuring efforts “would be thrown into disarray” and “[t]he status quo would be significantly altered and the restructuring would effectively be at an end” (para. 32). The judge who considered the application for leave to appeal noted in turn that, “[c]learly, if an attempt at compromise or arrangement is to have any prospect of success there must be a means of holding creditors at bay” (*Tungsten No. 1*, at para. 16). He added that not staying the right to effect set-off would favour GTP to the detriment of the other creditors (paras. 18 and 25). Groberman J.A., who wrote the judgment of the Court of Appeal, stressed the principle that a creditor should not be able to exercise a right of set-off to circumvent a compromise or arrangement under the CCAA (*Tungsten No. 2*, at paras. 37-39).

[133] Despite my colleagues’ protestations to the contrary, the state of the law elsewhere in Canada is clear: pre-post set-off is possible under the CCAA, subject to a supervising judge’s discretion to stay such set-off having regard to its effects on the status quo period, the underlying objectives of this period, the advancement of efforts to reach an arrangement, and the remedial objectives of the CCAA.

[134] It must be concluded that the approach proposed by the Quebec Court of Appeal in *Kitco* has created an asymmetry between the interpretation given to s. 21 of the CCAA by the Quebec courts and the interpretation given to it by the courts of other Canadian provinces. This asymmetry is contrary to

temporaire des droits peut être accordée pour appuyer l’application de l’ordonnance initiale et la réalisation des objectifs de la *Loi* » (*Tungsten n° 3*, par. 25). Il a reconnu que les arguments relatifs aux incidences de la compensation pré-post ont du mérite, mais il n’était pas prêt à renverser la décision *Air Canada* (par. 17-18). Il a en outre suspendu le droit d’opérer compensation parce que, [TRADUCTION] « [a]fin de préserver le statu quo en vue d’effectuer la restructuration, la suspension du droit d’opérer compensation est, et était, absolument essentielle », ajoutant entre autres que, si la suspension de la compensation n’était pas reconduite, les efforts de restructuration « seraient désorganisés » et « [l]e statu quo serait considérablement affecté et cela mettrait effectivement un terme à la restructuration » (par. 32). Le juge saisi de la demande d’autorisation d’appel a quant à lui souligné que, [TRADUCTION] « [d]e toute évidence, pour qu’une tentative de transaction ou d’arrangement ait quelque chance de succès, il faut un moyen de tenir les créanciers à distance » (*Tungsten n° 1*, par. 16). Il a ajouté que l’absence de suspension du droit d’opérer compensation aurait pour effet de favoriser GTP au détriment des autres créanciers (par. 18 et 25). Rédigeant l’arrêt de la Cour d’appel, le juge Groberman a insisté sur le principe selon lequel un créancier ne devrait pas pouvoir se prévaloir du droit d’opérer compensation afin de contourner une transaction ou un arrangement fondé sur la LACC (*Tungsten n° 2*, par. 37-39).

[133] Malgré les protestations à l’effet contraire de mes collègues, l’état du droit ailleurs au Canada est clair : la compensation pré-post est possible sous le régime de la LACC, sous réserve du pouvoir discrétionnaire du juge surveillant d’en suspendre l’application pour tenir compte des incidences de la compensation pré-post sur la période de statu quo et de ses objectifs sous-jacents, du bon déroulement des efforts déployés pour réaliser un arrangement et des objectifs réparateurs de la LACC.

[134] Force est de constater que l’approche avancée par la Cour d’appel du Québec dans l’arrêt *Kitco* crée une asymétrie entre l’interprétation de l’art. 21 de la LACC par les tribunaux du Québec et par les tribunaux d’autres provinces canadiennes. Cette asymétrie va à l’encontre du principe de l’interprétation

the principle of homogenous interpretation of federal statutes (Morin and Michaud, at p. 344).

C. Restructuring an Insolvent Company Versus Liquidating Its Assets

[135] Finally, in *Kitco*, Vézina J.A. noted that his conclusions were based on the fact that the insolvent company was engaged in a genuine restructuring process and that staying its creditors' remedies was crucial to bringing this process to a successful conclusion. He stressed that Kitco's restructuring plan was in jeopardy because the Agency was effecting compensation with the amounts it was supposed to pay Kitco. Kitco was required to carry on its activities while paying 15 percent in taxes on its gold inputs without receiving the refund to which it was entitled in this regard. It was thus in an [TRANSLATION] "untenable" position relative to competitors in its field (paras. 47-48).

[136] Staying the remedies of an insolvent company's creditors under the CCAA to allow the company to develop a plan of arrangement is of critical importance, particularly where the exercise of a creditor's right to effect pre-post compensation might sabotage the company's efforts to regain financial health.

[137] In this case, however, and in the opinion of the monitor and the interveners themselves, there has never been any question of SM Group proposing a plan of arrangement. Once SM Group's principal creditors filed an application for an initial order under the CCAA, it was clear that they wished to opt for a liquidation process — that is, the sale of the insolvent company to a new buyer. In this particular situation, where a plan of arrangement cannot be contemplated and the insolvent company will be liquidated or sold in any event, to conclude that pre-post compensation is never allowed could be unfair to the company's creditors with claims that are certain, liquid and exigible. In such cases, the creditors' remedies will be stayed indefinitely and they will never be able to

uniforme des lois fédérales (Morin et Michaud, p. 344).

C. La restructuration d'une entreprise insolvable versus la liquidation des actifs de cette entreprise

[135] Enfin, dans l'arrêt *Kitco*, le juge Vézina a souligné que ses conclusions étaient fondées sur le fait que l'entreprise insolvable était engagée dans un véritable processus de restructuration et que la suspension des recours de ses créanciers était essentielle pour lui permettre de mener à bien ce processus. Il a insisté sur le fait que le plan de restructuration de Kitco était mis en péril parce que l'Agence opérait compensation sur les sommes qu'elle devait verser à Kitco. En effet, Kitco était obligée de poursuivre ses activités tout en payant des taxes de l'ordre de 15 p. 100 sur ses intrants d'or sans recevoir le remboursement auquel elle avait droit à cet égard. Elle se trouvait ainsi dans une position « insoutenable » comparativement aux entreprises concurrentes dans son domaine (par. 47-48).

[136] La suspension, en vertu de la LACC, des recours des créanciers d'une entreprise insolvable afin de permettre à celle-ci d'élaborer un plan d'arrangement revêt une importance cruciale, en particulier lorsque l'exercice du droit d'un créancier d'opérer compensation pré-post risque de saboter les efforts déployés par l'entreprise pour retrouver sa santé financière.

[137] En l'espèce, toutefois, et de l'avis même du contrôleur et des intervenants, il n'a jamais été question pour Groupe SM de proposer un plan d'arrangement. Dès le dépôt d'une demande d'ordonnance initiale en vertu de la LACC par les principaux créanciers de Groupe SM, il était clair que ces derniers souhaitaient opter pour un processus de liquidation, soit la vente de l'entreprise insolvable à un nouvel acquéreur. Dans ce cas particulier, alors qu'un plan d'arrangement n'est pas envisageable et que l'entreprise insolvable sera de toute manière liquidée ou vendue, conclure que la compensation pré-post n'est jamais permise pourrait être injuste pour les créanciers de cette entreprise ayant une créance certaine, liquide et exigible. En effet, dans ces cas, les recours

effect pre-post compensation, since the insolvent company will become an “empty shell” after the sale. Moreover, because a plan of arrangement cannot be contemplated, allowing pre-post compensation will not have the effect of derailing the company’s restructuring process, as there is no such process.

II. Discretion Not Exercised by the Supervising Judge in This Case

[138] In my view, pre-post compensation is permitted under s. 21 of the *CCAA*, but it must be subject to the exercise of a supervising judge’s discretion. In *Callidus*, this Court clarified the framework for the exercise of this discretion under s. 11 of the *CCAA*. The first two criteria are found in s. 11, which provides that a supervising judge may make any order that is “appropriate” in the circumstances of the case and consistent with the restrictions set out in the *CCAA*. The Court added that the exercise of the discretion must also further the remedial objectives of the *CCAA* and be focused in particular on the criteria of appropriateness, good faith and due diligence (para. 70).

[139] My colleagues make a series of arguments against compensation in general and pre-post compensation in particular: the high disruptive potential of compensation; respect for the status quo period; the loss of incentive for the debtor to provide goods and services during the stay period because it would fear not being paid for them, which would deprive it of the funds needed to continue operating; the fact that an interim lender would most likely refuse to continue to finance the debtor’s operations if the loaned funds were destined to enrich another creditor; the fact that the rampart set up by a stay to protect against attacks by creditors would crumble; the fact that compensation deviates from the principle of equality among ordinary creditors and that pre-post compensation amounts to giving certain creditors an additional “type of security interest” in respect of new assets acquired by the debtor after

des créanciers seront suspendus indéfiniment et ils ne pourront jamais exercer compensation pré-post, l’entreprise insolvable étant devenue après la vente une « coquille vide ». Par ailleurs, puisqu’un plan d’arrangement n’est pas envisageable, permettre la compensation pré-post n’aura pas comme effet de faire dérailler le processus de restructuration de l’entreprise, ce processus étant inexistant.

II. L’absence d’exercice du pouvoir discrétionnaire par la juge surveillante en l’espèce

[138] À mon avis, la compensation pré-post est permise en vertu de l’art. 21 de la *LACC*, mais elle doit être assujettie à l’exercice du pouvoir discrétionnaire du juge surveillant. La Cour a précisé, dans l’arrêt *Callidus*, les balises encadrant l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire en vertu de l’art. 11 de la *LACC*. Les deux premiers critères sont énoncés à l’art. 11, qui précise que le juge surveillant peut rendre toute ordonnance qui est « indiquée » dans les circonstances de l’affaire et qui n’est pas contraire aux restrictions prévues par la *LACC*. De plus, la Cour a ajouté que l’exercice du pouvoir discrétionnaire doit permettre la réalisation des objets réparateurs de la *LACC* en s’attachant plus particulièrement aux critères de l’opportunité, de la bonne foi et de la diligence (par. 70).

[139] Mes collègues avancent une série d’arguments à l’encontre de la compensation en général et de la compensation pré-post en particulier : le fort potentiel perturbateur d’une compensation; le respect de la période de statu quo; la perte d’incitatifs pour la débitrice de fournir des biens et services durant la période de suspension, de crainte de ne pas être payée en retour, ce qui aurait pour effet de la priver des fonds nécessaires pour poursuivre ses opérations; le fait que le prêteur intérimaire refuserait fort probablement de continuer à financer les opérations de la débitrice si les sommes prêtées sont destinées à enrichir un autre créancier; le fait que le rempart érigé par la suspension contre les attaques des créanciers s’effriterait; le fait que la compensation déroge au principe de l’égalité entre les créanciers ordinaires et le fait que la compensation pré-post équivaut à attribuer à certains créanciers une « sorte

the commencement of proceedings; etc. (paras. 59, 61 and 73).

[140] Most of these arguments presuppose that pre-post compensation will be systematically allowed without regard for the circumstances of each case and without considering whether it is “appropriate” — hence my colleagues’ position that pre-post compensation should never be authorized unless there are exceptional circumstances. Although these arguments are legitimate, they must be left to the supervising judge, who will weigh them — along with the other relevant considerations and circumstances — in exercising the discretion to permit or to deny pre-post compensation in a particular case, having regard to the remedial objectives of the CCAA.

[141] Believing herself to be bound by the conclusions of the Quebec Court of Appeal in *Kitco*, the supervising judge in this case did not exercise her discretion under s. 11 of the CCAA. Given that this discretion was not exercised by the supervising judge, it is not for this Court to exercise it to determine whether to permit compensation between the amounts owed by the City to SM Group and the claim held by the City against SM Group. The Court has made it clear that supervising judges are in the best position to decide whether to exercise their discretion in a particular case based on “a circumstance-specific inquiry that must balance the various objectives of the CCAA” (*Callidus*, at para. 76).

[142] My colleagues are of the view that remanding the case to the court of original jurisdiction would be unhelpful and not in the interests of justice (paras. 84 and 98). I respectfully disagree. In fact, this Court recently noted in *Canadian Broadcasting Corp. v. Manitoba*, 2021 SCC 33, [2021] 2 S.C.R. 704, that in cases involving an exercise of discretion by a court of first instance, “it is not in the interests of justice for this Court to step into [that court’s] shoes and decide these matters at first instance”, and that this

de garantie » additionnelle sur de nouveaux éléments d’actif acquis par la débitrice après l’ouverture des procédures; etc. (par. 59, 61 et 73).

[140] La plupart de ces arguments présument que la compensation pré-post sera systématiquement accordée sans égards aux circonstances propres à chaque affaire, et nonobstant la question de savoir si celle-ci est « indiquée » — d’où la position de mes collègues selon laquelle la compensation pré-post ne devrait jamais être autorisée, sauf circonstances exceptionnelles. Bien que légitimes, ces arguments doivent être laissés à l’appréciation du juge surveillant qui, dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire d’accorder ou non la compensation pré-post dans une affaire donnée, les soupèsera avec les autres considérations et circonstances pertinentes, le tout à la lumière des objectifs réparateurs de la LACC.

[141] Estimant être liée par les conclusions de la Cour d’appel du Québec dans l’arrêt *Kitco*, la juge surveillante n’a pas exercé le pouvoir discrétionnaire que lui confère l’art. 11 de la LACC. Vu l’absence d’exercice de ce pouvoir par la juge surveillante, il ne revient pas à la Cour de l’exercer afin de décider s’il y a lieu d’autoriser ou non la compensation entre les sommes dues par la Ville de Montréal à Groupe SM et la créance de cette dernière à l’encontre de Groupe SM. La Cour a précisé que les juges surveillants sont les mieux placés pour décider s’ils doivent exercer leur pouvoir discrétionnaire dans une situation donnée en s’appuyant sur « une analyse fondée sur les circonstances propres à chaque situation qui doit mettre en balance les divers objectifs de la LACC » (*Callidus*, par. 76).

[142] Mes collègues sont d’avis que le renvoi du dossier en première instance serait inutile et contraire aux intérêts de la justice (par. 84 et 98). Avec égards, je ne suis pas d’accord. En effet, la Cour a récemment rappelé dans l’arrêt *Société Radio-Canada c. Manitoba*, 2021 CSC 33, [2021] 2 R.C.S. 704, que dans les affaires qui reposent sur l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire par un tribunal de première instance, « il n’est pas dans l’intérêt de la justice que notre Cour se mette à la place de [ce tribunal] et

Court's role is limited to reviewing the exercise of the discretion "through [a] deferential lens" (para. 88).

III. Conclusion

[143] For these reasons, I would allow the appeal solely for the purpose of remanding the case to the Superior Court to have it determine whether the City may effect compensation between SM Group's pre-initial order debts and the post-initial order amounts owed by the City to SM Group. I would also allow the appeal so that it can be determined whether the City may effect compensation in respect of its water meter claim.

Appeal dismissed with costs, BROWN J. dissenting.

Solicitors for the appellant: IMK, Montréal.

Solicitors for the respondent: Stikeman Elliott, Montréal.

Solicitors for the interveners the Alaris Royalty Corp. and the Integrated Private Debt Fund V LP: McCarthy Tétrault, Montréal.

Solicitors for the intervenor Thornhill Investments Inc.: Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Solicitor for the intervenor Ville de Laval: Service des affaires juridiques de la Ville de Laval, Laval.

Solicitors for the intervenor Union des municipalités du Québec: Borden Ladner Gervais, Montréal.

tranche ces questions en première instance » et que le rôle de la Cour se limite à réviser l'exercice de ce pouvoir « avec un regard empreint de déférence » (par. 88).

III. Conclusion

[143] Pour ces raisons, j'accueillerais l'appel à seule fin de retourner le dossier devant la Cour supérieure afin qu'il soit décidé si la Ville peut opérer compensation entre les dettes de Groupe SM pré-ordonnance initiale et les sommes dues par la Ville à Groupe SM post-ordonnance initiale. J'accueillerais également l'appel afin qu'il soit décidé si la Ville peut opérer compensation quant à sa réclamation à l'égard des compteurs d'eau.

Pourvoi rejeté avec dépens, le juge BROWN est dissident.

Procureurs de l'appelante : IMK, Montréal.

Procureurs de l'intimée : Stikeman Elliott, Montréal.

Procureurs des intervenantes Alaris Royalty Corp. et Integrated Private Debt Fund V LP : McCarthy Tétrault, Montréal.

Procureurs de l'intervenante Thornhill Investments Inc. : Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Procureur de l'intervenante la Ville de Laval : Service des affaires juridiques de la Ville de Laval, Laval.

Procureurs de l'intervenante l'Union des municipalités du Québec : Borden Ladner Gervais, Montréal.