

Attorney General of Quebec, Commission de la construction du Québec and Commission de la santé et de la sécurité du travail *Appellants*

v.

Raymond Chabot inc., in its capacity as trustee in the bankruptcy of D.I.M.S. Construction inc. *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: D.I.M.S. CONSTRUCTION INC. (TRUSTEE OF) v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)

Neutral citation: 2005 SCC 52.

File No.: 29822.

2004: December 8; 2005: October 6.

Present: Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Bankruptcy — Scheme of distribution — Right to compensation and right to retain — Provincial statutes requiring employer who retains services of contractor to pay amounts due from contractor to provincial bodies — Statutes entitling employer to be reimbursed by contractor or to retain amount paid out of sums employer owes contractor — Whether, in context of bankruptcy, provincial statutes incompatible with scheme of distribution established by federal bankruptcy legislation — Whether equitable set-off applicable in bankruptcy in Quebec — Act respecting industrial accidents and occupational diseases, R.S.Q., c. A-3.001, s. 316 — Act respecting labour relations, vocational training and manpower management in the construction industry, R.S.Q., c. R-20, s. 54 — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 97(3), 136 to 147.

Constitutional law — Division of powers — Bankruptcy — Scheme of distribution — Provincial statutes requiring employer who retains services of contractor to

Procureur général du Québec, Commission de la construction du Québec et Commission de la santé et de la sécurité du travail *Appellants*

c.

Raymond Chabot inc., ès qualités de syndic à la faillite de D.I.M.S. Construction inc. *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : D.I.M.S. CONSTRUCTION INC. (SYNDIC DE) c. QUÉBEC (PROCEUREUR GÉNÉRAL)

Référence neutre : 2005 CSC 52.

N° du greffe : 29822.

2004 : 8 décembre; 2005 : 6 octobre.

Présents : Les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Faillite — Plan de répartition — Droit de compensation et de retenue — Lois provinciales obligeant l'employeur qui retient les services d'un entrepreneur à payer à des organismes provinciaux certains montants dus par l'entrepreneur — Lois permettant à l'employeur d'être remboursé par l'entrepreneur ou de retenir le montant payé sur les sommes qu'il doit à l'entrepreneur — Dans le contexte d'une faillite, les lois provinciales sont-elles incompatibles avec le plan de répartition établi par la loi fédérale sur la faillite? — La compensation en equity est-elle applicable en matière de faillite au Québec? — Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., ch. A-3.001, art. 316 — Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction, L.R.Q., ch. R-20, art. 54 — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 97(3), 136 à 147.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Faillite — Plan de répartition — Lois provinciales obligeant l'employeur qui retient les services d'un

pay amounts due from contractor to provincial bodies — Statutes entitling employer to be reimbursed by contractor or to retain amount paid out of sums employer owes contractor — Whether provincial statutes inapplicable or inoperative by reason of being in conflict with scheme of distribution established by federal bankruptcy legislation — Constitution Act, 1867, s. 91(21) — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 97(3), 136 to 147 — Act respecting industrial accidents and occupational diseases, R.S.Q., c. A-3.001, s. 316 — Act respecting labour relations, vocational training and manpower management in the construction industry, R.S.Q., c. R-20, s. 54.

The Commission de la santé et de la sécurité du travail (“CSST”) established an assessment in respect of the activities of a contractor. The contractor did not pay the assessment and the CSST required three employers that had awarded contracts to the contractor to pay the assessment pursuant to s. 316 of the *Act respecting industrial accidents and occupational diseases* (“AIAOD”). The Commission de la construction du Québec (“CCQ”) also demanded that the same employers pay unpaid wages owed by the contractor, pursuant to s. 54 of the *Act respecting labour relations, vocational training and manpower management in the construction industry* (“ALRCI”). One employer paid the CCQ before the contractor went bankrupt. After the bankruptcy, the trustee demanded that the three employers pay all amounts owing for work performed by the contractor. Two of the employers contested the claim, citing the demands for payment made by the CSST and the CCQ. The trustee applied to the Superior Court for a declaration that s. 316 AIAOD and s. 54 ALRCI do not apply in bankruptcy. The Superior Court dismissed the motion, but the Court of Appeal set aside that judgment.

Held: The appeal should be allowed. Section 316 AIAOD and s. 54 ALRCI do not alter the scheme of distribution under the *Bankruptcy and Insolvency Act* (“BIA”).

In light of art. 1656(3) C.C.Q., a payment made in performance of the obligation imposed by the first paragraph of s. 316 AIAOD allows the employer to be substituted for the CSST in order to claim the amount of the assessment from the contractor. The right to retain referred to in the third paragraph of s. 316 adds nothing to the rights arising out of the subrogatory payment. That paragraph eliminates any doubt as to the employer’s right to be reimbursed for the amount paid on the contractor’s behalf and, where applicable, to effect compensation between the amount the employer owes the contractor and the amount the contractor owes the employer. [27] [30-31]

entrepreneur à payer à des organismes provinciaux certains montants dûs par l’entrepreneur — Lois permettant à l’employeur d’être remboursé par l’entrepreneur ou de retenir le montant payé sur les sommes qu’il doit à l’entrepreneur — Les lois provinciales sont-elles inapplicables ou inopérantes pour cause de conflit avec le plan de répartition établi par la loi fédérale sur la faillite? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(21) — Loi sur la faillite et l’insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 97(3), 136 à 147 — Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., ch. A-3.001, art. 316 — Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d’œuvre dans l’industrie de la construction, L.R.Q., ch. R-20, art. 54.

La Commission de la santé et de la sécurité du travail (« CSST ») établit une cotisation en relation avec les activités d’un entrepreneur. Ce dernier ne paie pas et la CSST oblige trois employeurs qui ont accordé des contrats à l’entrepreneur à payer la cotisation en vertu de l’art. 316 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* (« LATMP »). La Commission de la construction du Québec (« CCQ ») demande également aux mêmes employeurs les salaires impayés par l’entrepreneur selon l’art. 54 de la *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d’œuvre dans l’industrie de la construction* (« LRTIC »). Un employeur paie la CCQ avant la faillite de l’entrepreneur. Après la faillite, le syndic réclame aux trois employeurs les soldes dus pour les travaux exécutés par l’entrepreneur. Deux des employeurs contestent la réclamation et font état des demandes de paiement de la CSST et de la CCQ. Le syndic s’adresse à la Cour supérieure et lui demande de déclarer les art. 316 LATMP et 54 LRTIC inapplicables en matière de faillite. La Cour supérieure rejette la requête mais la Cour d’appel infirme ce jugement.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. Les articles 316 LATMP et 54 LRTIC ne modifient pas le plan de répartition établi par la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* (« LFI »).

Vu le par. 3^o de l’art. 1656 C.c.Q., le paiement fait en exécution de l’obligation imposée par le premier alinéa de l’art. 316 LATMP permet à l’employeur d’être substitué à la CSST pour réclamer à l’entrepreneur le montant de la cotisation. Le droit de retenue énoncé au troisième alinéa de l’art. 316 n’ajoute rien aux droits qui résultent du paiement subrogatoire. Cet alinéa écarte tout doute sur le droit de l’employeur de se faire rembourser le montant payé pour l’entrepreneur et, s’il y a lieu, d’opérer compensation entre le montant qu’il doit à l’entrepreneur et celui que l’entrepreneur lui doit. [27] [30-31]

The compensation mechanism authorized by s. 316 AIAOD does not go beyond the framework of s. 97(3) BIA, which expressly recognizes certain cases of compensation. If the employer pays the CSST before the bankruptcy, and if the mutual debts of the employer and the contractor are certain, liquid and exigible, legal compensation is effected by operation of law and the debts are extinguished up to the amount of the lesser debt (arts. 1672 and 1673 C.C.Q.). Since the bankruptcy has not yet occurred when legal compensation is effected, the scheme of distribution under the BIA is not affected, because the claim against the employer is not part of the property vested in the trustee. If the employer's payment is made before the bankruptcy but the claim is not liquid at the time of the bankruptcy, the employer may, once the claim has been appraised, rely on s. 97(3) BIA, which dispenses with the trustee's status as a third party for the purposes of compensation and allows compensation to be set up as if the bankrupt were the plaintiff. The right to compensation thus has its basis in the BIA, not the civil law, which is more restrictive. If the payment is made after the bankruptcy, this subrogatory payment cannot give rise to compensation. Since s. 97(3) is an exception to the rule of equality between creditors, it must be interpreted narrowly. It must therefore be read in conjunction with ss. 121, 136(3) and 141 BIA as implicitly requiring that the mutual debts come into existence before the bankruptcy. The BIA does not depart from the rules established by arts. 1651 and 1681 C.C.Q., which provide that subrogation does not give the subrogated person any more rights than the subrogating creditor and that compensation may not be effected to the prejudice of third persons. The employer may nevertheless file a proof of claim to avail him or herself of subrogation to be reimbursed as an ordinary creditor for the amount paid to the CSST (s. 121 BIA). [43-45] [49] [54-57] [72]

Section 316 AIAOD does not subvert the scheme of distribution under the BIA. First, the right to be reimbursed is compatible with the BIA and, second, the right to retain can be exercised only in the circumstances provided for in the BIA, which is more open to compensation than Quebec civil law. Furthermore, from the perspective of *Husky Oil*, the s. 316 mechanism is compatible with the BIA. This is not a case involving a deemed payment or an employer acting as a mere agent. The claim accrues to the employer at the time of payment, and not by reason of the fact that the employer might be liable to pay should the contractor fail to do so. No right is granted to the CSST, as a third party, to the detriment of the body of creditors. Only an employer who has paid may exercise the right to retain, and the CSST is not affected by the employer's right to collect. Finally, because s. 97(3) BIA must be applied in

La compensation autorisée par l'art. 316 LATMP n'exécède pas le cadre du par. 97(3) LFI, qui reconnaît expressément certains cas de compensation. Si le paiement de l'employeur à la CSST est fait avant la faillite et si les dettes réciproques entre l'employeur et l'entrepreneur sont certaines, liquides et exigibles, la compensation légale s'opère de plein droit et les dettes sont éteintes jusqu'à concurrence de la moindre des deux dettes (art. 1672 et 1673 C.c.Q.). Comme la faillite n'est pas encore survenue lors de l'opération de la compensation légale, le plan de répartition de la LFI n'est pas affecté parce que la créance contre l'employeur ne fait pas partie des biens dévolus au syndic. Si le paiement de l'employeur est fait avant la faillite, mais la créance n'est pas liquide au moment de la faillite, l'employeur pourra, une fois la créance évaluée, se prévaloir du par. 97(3) LFI qui met de côté, pour les besoins de la compensation, la qualité de tiers du syndic et permet d'opposer la compensation comme si le failli était le demandeur. Le droit de compensation découle alors de la LFI et non du droit civil, qui s'avère plus restrictif. Si le paiement est fait après la faillite, ce paiement subrogatoire ne peut donner lieu à la compensation. Comme le par. 97(3) LFI fait exception à la règle de l'égalité des créanciers, il doit recevoir une interprétation restrictive. Il doit donc être interprété en conjonction avec les art. 121, 136(3) et 141 LFI et requiert implicitement que les créances mutuelles doivent avoir pris naissance avant la faillite. La LFI n'écarte pas les règles des art. 1651 et 1681 C.c.Q. qui énoncent que la subrogation ne confère pas au subrogé plus de droits que n'en avait le subrogeant et que la compensation ne peut opérer au préjudice des tiers. L'employeur peut toutefois, en présentant une preuve de réclamation, se prévaloir de la subrogation pour se faire rembourser, à titre de créancier ordinaire, le montant qu'il a payé à la CSST (art. 121 LFI). [43-45] [49] [54-57] [72]

L'article 316 LATMP ne viole pas le plan de répartition de la LFI. D'une part, le droit de remboursement est compatible avec la LFI et, d'autre part, le droit de retenue ne peut être invoqué que dans les circonstances prévues à la LFI, qui est plus favorable à la compensation que le droit civil québécois. De plus, vu sous le prisme de l'arrêt *Husky Oil*, le mécanisme de l'art. 316 est compatible avec la LFI. Il ne s'agit pas d'un paiement présumé ou d'un cas où l'employeur agit comme simple agent perceuteur. Le droit de créance échoit à l'employeur au moment du paiement et non en raison du fait qu'il serait éventuellement tenu au paiement si l'entrepreneur faisait défaut. Aucun droit n'est accordé à la CSST, comme tierce partie, au détriment de la masse des créanciers. Seul l'employeur qui a payé peut invoquer son droit de retenue et la CSST n'est pas affectée par ce droit de recouvrement de l'employeur. Finalement,

Quebec on the basis of civil law and not common law rules, equitable set-off is inapplicable in bankruptcy in Quebec. [58] [62-64]

Nor does s. 54 ALRCI subvert the scheme of distribution under the BIA. In the case of s. 54, the wages due from a contractor constitute a solidary obligation between the contractor and the employer. The employer who pays the wages may demand to be reimbursed by the contractor pursuant to art. 1536 C.C.Q. or may rely on legal subrogation pursuant to art. 1656(3) C.C.Q. The principles stated in relation to s. 316 AIAOD also apply to s. 54. [66-73]

Cases Cited

Applied: *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; **not followed:** *Structal (1982) inc. v. Fernand Gilbert ltée*, [1998] R.J.Q. 2686; **referred to:** *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785; *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24; *Prévost-Masson v. General Trust of Canada*, [2001] 3 S.C.R. 882, 2001 SCC 87; *Salama v. Placements Triar inc.*, [2002] Q.J. No. 3372 (QL); Civ., March 2, 1829, D.1829. I.163 (*Assurances v. Lanquetin*); Civ., January 10, 1923, S.1924.I.257 (*Chem. de fer du Midi v. Comp. d'assurance marit. l'Alborada*); *Sherwin-Williams Co. of Canada Ltd. v. Boiler Inspection and Insurance Co. of Canada*, [1949] S.C.R. 187; *Trépanier v. Plamondon*, [1985] C.A. 242; *Agricultural Insurance Co. v. Cité de Montréal*, [1943] R.L. 151; *Compagnie d'Assurance du Québec v. Dufour*, [1973] C.S. 840; *Forage Mercier inc. v. Société de Construction Maritime Voyageurs ltée*, [1998] Q.J. No. 2190 (QL); *Lefebvre (Trustee of)*, [2004] 3 S.C.R. 326, 2004 SCC 63; *Mercure v. Marquette & Fils*, [1977] 1 S.C.R. 547; *In re Hil-A-Don Ltd.: Bank of Montreal v. Kwiat*, [1975] C.A. 157; *In re Le syndicat d'épargne des épiciers du Québec: Laviolette v. Mercure*, [1975] C.A. 599; *Goldstein v. Auerbach* (1991), 51 Q.A.C. 292; Trib. corr. Auxerre, February 24, 1953, *Rev. gén. ass. terr.* 1953.190 (*Mayet et Destoumieux v. Faillot*).

Statutes and Regulations Cited

Act respecting financial assistance for education expenses, R.S.Q., c. A-13.3, s. 29.
Act respecting financial services cooperatives, R.S.Q., c. C-67.3, s. 69.
Act respecting industrial accidents and occupational diseases, R.S.Q., c. A-3.001, ss. 306, 315, 316.

puisqu'il faut appliquer le par. 97(3) LFI au Québec en ayant recours aux règles du droit civil et non à celles de la common law, la compensation en equity est inapplicable en matière de faillite au Québec. [58] [62-64]

L'article 54 LRTIC ne viole pas non plus le plan de répartition de la LFI. Dans le cas de l'art. 54, le salaire dû par un entrepreneur est une obligation solidaire entre l'entrepreneur et l'employeur. L'employeur qui paie les salaires peut en réclamer le remboursement à l'entrepreneur suivant l'art. 1536 C.c.Q. ou se réclamer de la subrogation légale aux termes du par. 3^o de l'art. 1656 C.c.Q. Les principes énoncés relativement à l'art. 316 LATMP sont également applicables à l'art. 54. [66-73]

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; **arrêt non suivi :** *Structal (1982) inc. c. Fernand Gilbert ltée*, [1998] R.J.Q. 2686; **arrêts mentionnés :** *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785; *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061; *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24; *Prévost-Masson c. Trust Général du Canada*, [2001] 3 R.C.S. 882, 2001 CSC 87; *Salama c. Placements Triar inc.*, [2002] J.Q. n^o 3372 (QL); Civ., 2 mars 1829, D.1829. I.163 (*Assurances c. Lanquetin*); Civ., 10 janvier 1923, S.1924.I.257 (*Chem. de fer du Midi c. Comp. d'assurance marit. l'Alborada*); *Sherwin-Williams Co. of Canada Ltd. c. Boiler Inspection and Insurance Co. of Canada*, [1949] R.C.S. 187; *Trépanier c. Plamondon*, [1985] C.A. 242; *Agricultural Insurance Co. c. Cité de Montréal*, [1943] R.L. 151; *Compagnie d'Assurance du Québec c. Dufour*, [1973] C.S. 840; *Forage Mercier inc. c. Société de Construction Maritime Voyageurs ltée*, [1998] A.Q. n^o 2190 (QL); *Lefebvre (Syndic de)*, [2004] 3 R.C.S. 326, 2004 CSC 63; *Mercure c. Marquette & Fils*, [1977] 1 R.C.S. 547; *In re Hil-A-Don Ltd. : Bank of Montreal c. Kwiat*, [1975] C.A. 157; *In re Le syndicat d'épargne des épiciers du Québec : Laviolette c. Mercure*, [1975] C.A. 599; *Goldstein c. Auerbach* (1991), 51 Q.A.C. 292; Trib. corr. Auxerre, 24 février 1953, *Rev. gén. ass. terr.* 1953.190 (*Mayet et Destoumieux c. Faillot*).

Lois et règlements cités

Code civil du Bas Canada, art. 1156, 2576.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1523, 1525, 1536, 1651, 1652, 1656, 1671, 1672, 1673, 1680, 1681, 2333, 2334, 2474, 2644.
Code Napoléon, art. 1251.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(21).

Act respecting insurance, S.Q. 1974, c. 70.
Act respecting labour relations, vocational training and manpower management in the construction industry, R.S.Q., c. R-20, ss. 54, 82(c)(4).
Act to promote good citizenship, R.S.Q., c. C-20, s. 11.
Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 30(1)(d), 67(1), 71(2), 97(3), 121, 135, 136 to 147.
Building Act, R.S.Q., c. B-1.1, s. 79.2.
Civil Code of Lower Canada, arts. 1156, 2576.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1523, 1525, 1536, 1651, 1652, 1656, 1671, 1672, 1673, 1680, 1681, 2333, 2334, 2474, 2644.
Code Napoléon, art. 1251.
Constitution Act, 1867, s. 91(21).
Crop Insurance Act, R.S.Q., c. A-30, s. 78.1.
Education Act for Cree, Inuit and Naskapi Native Persons, R.S.Q., c. I-14, s. 13.
Federal Law–Civil Law Harmonization Act, No. 1, S.C. 2001, c. 4.
Health Insurance Act, R.S.Q., c. A-29, s. 18(1).

Authors Cited

- Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 5^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.
- Bélanger, André. *Essai d'une théorie juridique de la compensation en droit civil québécois*. Cowansville, Québec: Yvon Blais, 2004.
- Bélanger, André. "L'application en droit civil québécois de l'inapplicable *equitable set-off* de *common law*" (1999), 78 *Can. Bar Rev.* 486.
- Bergeron, Jean-Guy. *Les contrats d'assurance (terrestre) — lignes et entre-lignes*, t. 1. Sherbrooke: Éditions SEM, 1989.
- Bertrand, Charles-Auguste. "Effets des subrogations et des transports aux assureurs" (1953), 13 *R. du B.* 285.
- Ciotola, Pierre. *Droit des sûretés*, 3^e éd. Montréal: Éditions Thémis, 1999.
- Deslauriers, Jacques. *Précis de droit des sûretés*. Montréal: Wilson et Lafleur, 1990.
- Droit civil québécois*, t. 6. Comité de rédaction, Denys-Claude Lamontagne et autres. Montréal: Dacfo, 1993 (feuilles mobiles mises à jour mai 2003).
- Duboc, Guy. *La compensation et les droits des tiers*. Paris: L.G.D.J., 1989.
- Lemieux, Marc. "La compensation dans un contexte de proposition et de faillite" (1999), 59 *R. du B.* 321.
- Lluelles, Didier. *Précis des assurances terrestres*, 3^e éd. Montréal: Thémis, 1999.
- Mestre, Jacques. *La subrogation personnelle*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979.
- Loi d'harmonisation n^o 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, ch. 4.
- Loi sur l'aide financière aux études*, L.R.Q., ch. A-13.3, art. 29.
- Loi sur l'assurance maladie*, L.R.Q., ch. A-29, art. 18(1).
- Loi sur l'assurance-récolte*, L.R.Q., ch. A-30, art. 78.1.
- Loi sur l'instruction publique pour les autochtones cris, inuit et naskapis*, L.R.Q., ch. I-14, art. 13.
- Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 30(1)(d), 67(1), 71(2), 97(3), 121, 135, 136 à 147.
- Loi sur le bâtiment*, L.R.Q., ch. B-1.1, art. 79.2.
- Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., ch. A-3.001, art. 306, 315, 316.
- Loi sur les assurances*, L.Q. 1974, ch. 70.
- Loi sur les coopératives de services financiers*, L.R.Q., ch. C-67.3, art. 69.
- Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction*, L.R.Q., ch. R-20, art. 54, 82(c)(4).
- Loi visant à favoriser le civisme*, L.R.Q., ch. C-20, art. 11.

Doctrine citée

- Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 5^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.
- Bélanger, André. *Essai d'une théorie juridique de la compensation en droit civil québécois*. Cowansville, Québec: Yvon Blais, 2004.
- Bélanger, André. « L'application en droit civil québécois de l'inapplicable *equitable set-off* de *common law* » (1999), 78 *R. du B. can.* 486.
- Bergeron, Jean-Guy. *Les contrats d'assurance (terrestre) — lignes et entre-lignes*, t. 1. Sherbrooke: Éditions SEM, 1989.
- Bertrand, Charles-Auguste. « Effets des subrogations et des transports aux assureurs » (1953), 13 *R. du B.* 285.
- Ciotola, Pierre. *Droit des sûretés*, 3^e éd. Montréal: Éditions Thémis, 1999.
- Deslauriers, Jacques. *Précis de droit des sûretés*. Montréal: Wilson et Lafleur, 1990.
- Droit civil québécois*, t. 6. Comité de rédaction, Denys-Claude Lamontagne et autres. Montréal: Dacfo, 1993 (feuilles mobiles mises à jour mai 2003).
- Duboc, Guy. *La compensation et les droits des tiers*. Paris: L.G.D.J., 1989.
- Lemieux, Marc. « La compensation dans un contexte de proposition et de faillite » (1999), 59 *R. du B.* 321.
- Lluelles, Didier. *Précis des assurances terrestres*, 3^e éd. Montréal: Thémis, 1999.
- Mestre, Jacques. *La subrogation personnelle*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979.

Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 4^e éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal: Thémis, 2001.

Tancelin, Maurice. *Des obligations: actes et responsabilités*, 6^e éd. Montréal: Wilson et Lafleur, 1997.

Traité de droit civil du Québec, t. 13. Par Hervé Roch et Rodolphe Paré. Montréal: Wilson et Lafleur, 1952.

Wood, Roderick J. “Turning Lead into Gold: The Uncertain Alchemy of ‘All Obligations’ Clauses” (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 801.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Robert, Nuss and Lemelin JJ.A.), [2003] R.J.Q. 1104, 227 D.L.R. (4th) 629, 30 C.L.R. (3d) 81, [2003] Q.J. No. 3660 (QL), affirming a decision of Trudeau J., [2000] R.J.Q. 3056, 2000 CarswellQue 2924. Appeal allowed.

Hugo Jean, for the appellant the Attorney General of Quebec.

Martine Sauvé, for the appellant Commission de la construction du Québec.

René Napert, for the appellant Commission de la santé et de la sécurité du travail.

Bernard Boucher et *Sébastien Guy*, for the respondent.

Robin K. Basu and *Sarah Wright*, for the intervener.

English version of the judgment of the Court delivered by

DESCHAMPS J. —

1. Introduction

The issue raised in the case at bar is whether the rights provided for in s. 316 of the *Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, R.S.Q., c. A-3.001 (“AIAOD”), and s. 54 of the *Act respecting labour relations, vocational training and manpower management in the construction industry*, R.S.Q., c. R-20 (“ALRCI”), subvert the scheme of distribution provided for in the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“BIA”).

Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 4^e éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal : Thémis, 2001.

Tancelin, Maurice. *Des obligations : actes et responsabilités*, 6^e éd. Montréal : Wilson et Lafleur, 1997.

Traité de droit civil du Québec, t. 13. Par Hervé Roch et Rodolphe Paré. Montréal : Wilson et Lafleur, 1952.

Wood, Roderick J. « Turning Lead into Gold: The Uncertain Alchemy of “All Obligations” Clauses » (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 801.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Robert, Nuss et Lemelin), [2003] R.J.Q. 1104, 227 D.L.R. (4th) 629, 30 C.L.R. (3d) 81, [2003] J.Q. n^o 3660 (QL), qui a infirmé un jugement du juge Trudeau, [2000] R.J.Q. 3056, 2000 CarswellQue 2924. Pourvoi accueilli.

Hugo Jean, pour l’appelant le procureur général du Québec.

Martine Sauvé, pour l’appelante la Commission de la construction du Québec.

René Napert, pour l’appelante la Commission de la santé et de la sécurité du travail.

Bernard Boucher et *Sébastien Guy*, pour l’intimée.

Robin K. Basu et *Sarah Wright*, pour l’intervenant.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LA JUGE DESCHAMPS —

1. Introduction

La question, en l’espèce, est de savoir si les droits prévus aux art. 316 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., ch. A-3.001 (« LATMP »), et 54 de la *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d’œuvre dans l’industrie de la construction*, L.R.Q., ch. R-20 (« LRTIC »), portent atteinte au plan de répartition prévu à la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« LFI »).

2 Under s. 316 AIAOD, the Commission de la santé et de la sécurité du travail (“CSST”) may, where a contractor’s services are retained by an employer to whom the AIAOD applies, require the employer to pay an assessment due from the contractor. The same section provides that once the employer has paid the assessment, the employer is entitled to be reimbursed by the contractor and may retain the amount paid to the CSST out of any sums he or she owes the contractor. Section 54 ALRCI establishes a mechanism that, although based on solidarity, has the same effect; it permits the Commission de la construction du Québec (“CCQ”) to bring claims against employers for unpaid wages owed by contractors with whom they have contracted.

3 On November 4, 1998, the CSST established an assessment in respect of the activities of D.I.M.S. Construction inc. (“DIMS”), a contractor. DIMS did not pay the assessment. The CSST then demanded that three employers that had awarded contracts to DIMS pay the assessment in the proportion provided for in s. 316 AIAOD. It claimed amounts from the Ministère des Transports du Québec (“MTQ”) on November 26, 1998, Pavage Chenail inc. (“Chenail”) on November 30, 1998, and Compagnie de pavage d’asphalte Beaver (“Beaver”), a division of Groupe Devesco ltée, on February 10, 1999. According to the evidence in the record, none of the employers had paid the CSST when DIMS went bankrupt on April 1, 1999, after its creditors refused a proposal.

4 The CCQ demanded that the same employers pay unpaid wages owed by DIMS in respect of contracts performed for those employers. The exact dates these demands were made do not appear in the record, except in the case of Beaver, to which one was sent on February 12, 1999. According to one document in the record, Chenail paid the CCQ before DIMS went bankrupt.

5 On April 23 and 29, 1999, Raymond Chabot inc., the trustee in the bankruptcy of DIMS, demanded that the three employers pay all amounts owing for work performed by DIMS. Chenail paid the trustee subject to a special indemnification agreement. The MTQ and Beaver contested the trustee’s claim,

L’article 316 LATMP permet à la Commission de la santé et de la sécurité du travail (« CSST ») d’obliger un employeur qui est assujéti à la loi et qui retient les services d’un entrepreneur à payer la cotisation due par cet entrepreneur. Selon ce même article, lorsque l’employeur a payé la cotisation, il a droit d’être remboursé par l’entrepreneur et peut retenir sur les sommes qu’il doit à cet entrepreneur le montant payé à la CSST. L’article 54 LRTIC établit un mécanisme ayant le même effet, mais fondé sur la solidarité, et permet à la Commission de la construction du Québec (« CCQ ») de réclamer à un employeur les salaires impayés par un entrepreneur avec qui il a contracté.

Le 4 novembre 1998, la CSST établit une cotisation en relation avec les activités de l’entrepreneur D.I.M.S. Construction inc. (« DIMS »). DIMS ne paie pas. La CSST réclame à trois employeurs qui ont accordé des contrats à cette firme le paiement de la cotisation dans la proportion établie par l’art. 316 LATMP. La réclamation est faite le 26 novembre 1998 au ministère des Transports du Québec (« MTQ »), le 30 novembre 1998 à Pavage Chenail inc. (« Chenail ») et le 10 février 1999 au Groupe Devesco ltée, division Compagnie de pavage d’asphalte Beaver (« Beaver »). Selon les pièces versées au dossier, aucun des employeurs n’aurait payé la CSST avant la faillite de DIMS qui survient le premier avril 1999 à la suite du rejet d’une proposition.

La CCQ réclame aux mêmes employeurs les salaires impayés par DIMS à la suite de contrats exécutés pour ces employeurs. La date des réclamations faites par la CCQ n’est précisée au dossier que pour Beaver, soit le 12 février 1999. Selon un document produit au dossier, Chenail aurait payé la CCQ avant la faillite.

Les 23 et 29 avril 1999, Raymond Chabot inc., syndic à la faillite de DIMS, réclame aux trois employeurs les soldes dus pour les travaux exécutés par DIMS. Chenail paie le syndic sous réserve d’une convention d’indemnisation particulière. Le MTQ et Beaver contestent la réclamation du

citing the demands for payment made by the CSST and the CCQ. The trustee applied to the Superior Court for a declaration that s. 316 AIAOD and s. 54 ALRCI do not apply in bankruptcy. The trustee relied on *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, in which it was held that the withholding mechanism available to employers under Saskatchewan's *Workers' Compensation Act, 1979* had the effect of creating a priority that subverted the scheme of distribution under the BIA.

The Superior Court dismissed the trustee's case on the ground that Quebec's scheme differed from Saskatchewan's scheme: [2000] R.J.Q. 3056. The Court of Appeal came to the opposite conclusion, finding that s. 316 AIAOD and s. 54 ALRCI violated the principles stated in *Husky Oil*: [2003] R.J.Q. 1104. The Attorney General of Quebec, the CSST and the CCQ appealed, contending that the provision authorizing the CSST and the CCQ to demand that employers pay contractors' unpaid assessments was valid. They raised no arguments concerning the right of employers to be reimbursed or to set up compensation. Even though the employers are not parties to the case, both the right of the CSST and the CCQ to collect and the right to reimbursement are in issue here, because the trustee impugns s. 316 AIAOD and s. 54 ALRCI in their entirety. However, no specific arguments based on the contracts between the employers and the contractor are in issue, nor are the rights of any third parties, such as financial institutions or surety companies, that have rights in the amounts owed by the bankrupt under its contracts.

The constitutional questions stated by this Court reflect the questions submitted to the Superior Court and the Court of Appeal:

1. Is s. 54 of *An Act respecting labour relations, vocational training and manpower management in the construction industry*, R.S.Q., c. R-20, inapplicable or inoperable in whole or in part, by reason of being in conflict with the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, and in particular s. 136 thereof?

syndic. Ils font état des demandes de paiement de la CSST et de la CCQ. Le syndic s'adresse à la Cour supérieure et lui demande de déclarer les art. 316 LATMP et 54 LRTIC inapplicables en matière de faillite. Il invoque l'arrêt *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, qui a déclaré, au sujet de la *Workers' Compensation Act, 1979* de la Saskatchewan, que le mécanisme de retenue en faveur de l'employeur avait pour effet de créer une priorité qui contrevenait au plan de répartition établi par la LFI.

La Cour supérieure déboute le syndic pour le motif que le régime québécois diffère de celui de la Saskatchewan : [2000] R.J.Q. 3056. La Cour d'appel conclut au contraire que les art. 316 LATMP et 54 LRTIC violent les principes exposés dans l'arrêt *Husky Oil* : [2003] R.J.Q. 1104. Le procureur général du Québec, la CSST et la CCQ se pourvoient. Ils défendent la validité de la disposition autorisant la CSST et la CCQ à réclamer à un employeur les cotisations impayées par un entrepreneur. Ils ne soulèvent aucun argument concernant le droit des employeurs de se faire rembourser ou d'opposer compensation. Même si les employeurs ne sont pas parties au dossier, tant le droit de perception de la CSST et de la CCQ que le droit au remboursement sont mis en cause parce que le syndic attaque les art. 316 LATMP et 54 LRTIC dans leur ensemble. Par ailleurs, les arguments spécifiques qui trouveraient leur source dans les contrats liant les employeurs à l'entrepreneur ne font pas l'objet du débat, non plus que les droits de tiers comme les institutions financières ou les compagnies de cautionnement qui pourraient détenir des droits sur les soldes contractuels du failli.

Les questions constitutionnelles formulées par la Cour reflètent celles soumises à la Cour supérieure et à la Cour d'appel :

1. L'article 54 de la *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction*, L.R.Q., ch. R-20, est-il, en totalité ou en partie, inapplicable ou inopérant pour cause de conflit avec la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3, et, en particulier avec l'art. 136 de cette loi?

2. Is s. 316 of *An Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, R.S.Q., c. A-3.001, inapplicable or inoperable in whole or in part, by reason of being in conflict with the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, and in particular s. 136 thereof?

2. L'article 316 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., ch. A-3.001, est-il, en totalité ou en partie, inapplicable ou inopérant pour cause de conflit avec la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3, et, en particulier avec l'art. 136 de cette loi?

8

The appellants contest the Court of Appeal's decision, arguing that Quebec's scheme can be distinguished from Saskatchewan's scheme. They submit that the first and third paragraphs of s. 316 AIAOD set up two successive, distinct and independent steps: one establishing an obligation to pay, and the other setting out the rights of an employer who pays a contractor's assessment. The appellants point out that it was the right to withhold payment in respect of a deemed debt that led the Court to conclude in *Husky Oil* that the debt was indivisible, and that no such right exists in Quebec law. They contend that neither the first paragraph of s. 316 AIAOD nor the civil law mechanisms upon which s. 54 ALRCI is based subvert the scheme of distribution under the BIA.

Les appelants attaquent le jugement de la Cour d'appel et plaident que le régime québécois se distingue de celui de la Saskatchewan. Selon eux, les premier et troisième alinéas de l'art. 316 LATMP mettent en place deux étapes successives, distinctes et indépendantes, l'une établissant une obligation de payer, l'autre précisant les droits de l'employeur qui a payé la cotisation de l'entrepreneur. Les appelants signalent que c'est le droit de retenue à l'égard d'une dette réputée qui a entraîné la conclusion d'indivisibilité dans *Husky Oil*, caractéristique qui ne se retrouve pas dans la loi québécoise. Selon eux, ni le premier alinéa de l'art. 316 LATMP, ni les mécanismes du droit civil sur lesquels est fondé l'art. 54 LRTIC ne violent le plan de répartition de la LFI.

9

The trustee argues that the mechanisms set out in the Quebec provisions are essentially identical to the one provided for in Saskatchewan's legislation. The trustee adds that it would not be enough to declare that the third paragraph of s. 316 AIAOD is inapplicable, since the rules of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 ("C.C.Q."), give the first paragraph of this section the same effect as the third and make it inapplicable in bankruptcy. To show that such a declaration would be insufficient, the trustee also submits that equitable set-off would enable an employer who has paid the CSST or the CCQ to refuse to pay the trustee.

Pour sa part, le syndic plaide que les mécanismes des dispositions québécoises sont, pour l'essentiel, identiques à celui de la loi de la Saskatchewan. Il fait valoir, de plus, qu'une déclaration d'inapplicabilité du troisième alinéa de l'art. 316 LATMP n'est pas suffisante parce que les règles du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« C.c.Q. »), donnent au premier alinéa de cet article le même effet que le troisième alinéa et le rendent inapplicable en matière de faillite. Pour démontrer qu'une déclaration d'inapplicabilité du troisième alinéa serait insuffisante, il soutient aussi que le mécanisme de la compensation en equity autoriserait l'employeur qui aurait payé la CSST ou la CCQ à refuser de payer le syndic.

10

For the reasons that follow, I am of the view that s. 316 AIAOD and s. 54 ALRCI do not subvert the scheme of distribution established by s. 136 BIA. I would allow the appeal and restore the judgment of the Superior Court.

Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que les art. 316 LATMP et 54 LRTIC ne violent pas le plan de répartition établi par l'art. 136 LFI. J'accueillerais l'appel et rétablirais le jugement de la Cour supérieure.

2. Analysis

2. Analyse

11

Section 91(21) of the *Constitution Act, 1867*, gives Parliament jurisdiction over bankruptcy and

Le paragraphe 91(21) de la *Loi constitutionnelle de 1867* accorde au Parlement compétence en

insolvency. Parliament has exercised this jurisdiction to establish a scheme for distributing the property of bankrupts (ss. 136 to 147 BIA).

This Court has on many occasions ruled on conflicts between the BIA's order of priority and the orders resulting from various provincial statutes: see, *inter alia*, *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785; *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24; and *Husky Oil*. Those decisions established that statutory provisions enacted by the provinces, although valid in the context of provincial law, are inapplicable in bankruptcy if they conflict with the BIA. It is well established that the BIA will prevail regardless of a province's intention. Given these principles, it is necessary to determine the effect of s. 316 AIAOD and s. 54 ALRCI. Since there are differences between the two mechanisms, I will consider them separately.

I will begin by analysing the mechanism of s. 316 AIAOD, which is based on legal subrogation and compensation. The first step will be to review these concepts. Next, I will discuss the interaction between the right to retain under s. 316 AIAOD and the scheme of distribution under the BIA, and will distinguish the instant case from *Husky Oil*. I will also consider the application of equitable set-off in the case at bar. Lastly, I will discuss the mechanism of s. 54 ALRCI, which incorporates solidarity.

2.1 *The Mechanism of Section 316 AIAOD*

Only the first and third paragraphs of s. 316 AIAOD are relevant to the proceeding before the Court. The second paragraph merely sets out the method for calculating the amount owed by the employer. The section reads as follows:

316. The Commission may demand payment of the assessment due by a contractor from the employer who retains his services.

matière de faillite et d'insolvabilité. Conformément à cette compétence, le Parlement prescrit un plan de répartition des biens en cas de faillite (art. 136 à 147 LFI).

Notre Cour s'est prononcée à maintes reprises sur des cas de conflits entre l'ordre prescrit par la LFI et celui prévu par diverses lois provinciales : voir notamment *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785; *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061; *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24, et *Husky Oil*. De ces arrêts, il ressort que les provinces peuvent adopter des dispositions législatives qui, quoique valides dans le contexte du droit provincial, sont inapplicables en matière de faillite si elles entrent en conflit avec la LFI. Il est établi que la LFI prévaut, peu importe l'intention des provinces. Compte tenu de ces règles, il importe de cerner l'effet des art. 316 LATMP et 54 LRTIC. Comme les deux mécanismes diffèrent, je les examinerai séparément.

J'analyserai d'abord le mécanisme de l'art. 316 LATMP qui est fondé sur la subrogation légale et la compensation. Ces notions seront étudiées en tout premier lieu. Ensuite j'examinerai l'interaction entre le droit de retenue de l'art. 316 LATMP et le plan de répartition de la LFI et je distinguerai le présent cas de *Husky Oil*. Je considérerai aussi l'application de la compensation en equity en l'espèce. Finalement, je me pencherai sur le mécanisme de l'art. 54 LRTIC qui incorpore la solidarité.

2.1 *Le mécanisme de l'art. 316 LATMP*

Seuls les premier et troisième alinéas de l'art. 316 LATMP sont pertinents au débat qui nous occupe. Le deuxième alinéa ne fait qu'établir le mode de calcul du montant dû par l'employeur. L'article se lit :

316. La Commission peut exiger de l'employeur qui retient les services d'un entrepreneur le paiement de la cotisation due par cet entrepreneur.

12

13

14

In the case of the first paragraph, the Commission may establish the amount of the assessment according to the proportion of the price agreed upon for the work corresponding to the cost of labour, rather than the wages indicated in the statement made according to section 292.

The employer who has paid the amount of the assessment is entitled to be reimbursed by the contractor concerned and the employer may retain the amount due out of the sums that he owes the contractor.

15 The first paragraph of s. 316 AIAOD gives the CSST a recourse against an employer for an assessment due from a contractor whose services the employer has retained. The condition that must be met for the CSST to exercise this right is that the assessment be due from the contractor. For an assessment to be due, the CSST must establish the assessment (s. 306 AIAOD) and send the notice (s. 315 AIAOD). Under the AIAOD, the employer is the warrantor of the assessment due from the contractor to the CSST.

16 The parties disagree as to the real scope of the first paragraph. The trustee submits that the third paragraph adds nothing to the rights arising out of the employer's payment of the contractor's debt in accordance with the first paragraph of s. 316 AIAOD. The appellants contend that the two paragraphs have different functions: the first deals with the right to collect and could survive even if the third paragraph, which grants a right to be reimbursed and to retain, were to be found inapplicable. Does this last right arise automatically out of the payment of the assessment, as the trustee claims? To answer this question, it will be necessary to review the scope of the first paragraph of s. 316 AIAOD. After doing this, I will consider whether the right to retain subverts the scheme of distribution under the BIA and will conclude by explaining the differences between the provisions at issue in *Husky Oil* and s. 316 AIAOD, and the reasons why equitable set-off does not apply in Quebec.

2.1.1 Scope of the First Paragraph of Section 316 AIAOD

17 While the purpose of the first paragraph of s. 316 AIAOD is to give the CSST a recourse

Dans ce cas, la Commission peut établir le montant de cette cotisation d'après la proportion du prix convenu pour les travaux qui correspond au coût de la main-d'œuvre, plutôt que d'après les salaires indiqués dans la déclaration faite suivant l'article 292.

L'employeur qui a payé le montant de cette cotisation a droit d'être remboursé par l'entrepreneur concerné et il peut retenir le montant dû sur les sommes qu'il lui doit.

Le premier alinéa de l'art. 316 LATMP accorde à la CSST un recours contre un employeur pour la cotisation due par un entrepreneur dont il retient les services. La condition d'exercice du droit de la CSST est que la cotisation soit due par l'entrepreneur. Pour que la cotisation soit due, il faut qu'elle ait été établie par la CSST (art. 306 LATMP) et que l'avis ait été transmis par la CSST (art. 315 LATMP). La LATMP rend l'employeur garant de la cotisation due par l'entrepreneur à la CSST.

Les parties divergent d'opinion quant à la portée réelle du premier alinéa. Le syndic soutient que le troisième alinéa n'ajoute rien aux droits qui découlent du paiement par l'employeur de la dette de l'entrepreneur aux termes du premier alinéa de l'art. 316 LATMP. Les appelants, quant à eux, soutiennent que les deux alinéas ont des fonctions différentes : le premier traite du droit de perception et peut subsister indépendamment d'une déclaration d'inapplicabilité du troisième qui, pour sa part, confère le droit de remboursement et de retenue. Ce dernier droit découle-t-il automatiquement du paiement comme le prétend le syndic? Pour répondre à cette question, il faut étudier la portée du premier alinéa de l'art. 316 LATMP. J'examinerai par la suite si le droit de retenue viole le plan de répartition de la LFI pour enfin expliquer en quoi les dispositions étudiées dans *Husky Oil* diffèrent de l'art. 316 LATMP et pourquoi la compensation en equity ne s'applique pas au Québec.

2.1.1 Portée du premier alinéa de l'art. 316 LATMP

Si l'objet du premier alinéa de l'art. 316 LATMP est de conférer à la CSST un recours contre

against employers, the consequences of exercising this recourse cannot be disregarded. The employer's payment has consequences not only for the CSST, but also for the employer and the contractor. As a result of art. 1671 C.C.Q., paying the assessment has the effect of extinguishing the contractor's obligation to the CSST. Subrogation to the rights of the paid creditor is incidental to the payment and accordingly extinguishes the subrogating creditor's rights as regards the debtor. Under the general rules of civil law, those rights are then transferred to the person who made the payment. Article 1651 C.C.Q. reads as follows:

1651. A person who pays in the place of a debtor may be subrogated to the rights of the creditor.

He does not have more rights than the subrogating creditor.

The first paragraph of s. 316 AIAOD appears to make the application of subrogation possible, since the employer is obliged to pay when the assessment is due from the contractor. In this context, the employer is required to pay in the place of the original debtor and should be able to be subrogated to the rights of the creditor.

The C.C.Q. provides for two types of subrogation: conventional subrogation and legal subrogation (art. 1652 C.C.Q.). The case at bar does not involve conventional subrogation. The only possibility is legal subrogation. Article 1656 C.C.Q. provides that subrogation takes place by operation of law in the following five situations:

1656. Subrogation takes place by operation of law

(1) in favour of a creditor who pays another creditor whose claim is preferred to his because of a prior claim or a hypothec;

(2) in favour of the acquirer of a property who pays a creditor whose claim is secured by a hypothec on the property;

(3) in favour of a person who pays a debt to which he is bound with others or for others and which he has an interest in paying;

l'employeur, les conséquences découlant de l'exercice du recours ne peuvent pas être ignorées. Le paiement fait par l'employeur emporte des conséquences non seulement pour la CSST, mais aussi pour l'employeur et l'entrepreneur. En effet, le paiement, selon l'art. 1671 C.c.Q., a pour effet d'éteindre l'obligation de l'entrepreneur à l'égard de la CSST. La subrogation aux droits du créancier payé est un accessoire du paiement et éteint donc les droits du subrogeant à l'égard du débiteur. En vertu des règles générales du droit civil, ces droits sont désormais transférés à celui qui a fait le paiement. Ainsi, l'art. 1651 C.c.Q. prévoit :

1651. La personne qui paie à la place du débiteur peut être subrogée dans les droits du créancier.

Elle n'a pas plus de droits que le subrogeant.

Le premier alinéa de l'art. 316 LATMP semble permettre une application de la subrogation puisque l'employeur est obligé au paiement lorsque la cotisation est due par l'entrepreneur. Dans ce contexte, l'employeur est appelé à payer à la place du débiteur originel et devrait pouvoir être subrogé dans les droits du créancier.

Le C.c.Q. prévoit deux sources de subrogation : la subrogation conventionnelle et la subrogation légale (art. 1652 C.c.Q.). En l'espèce, il n'est pas question de subrogation conventionnelle. Il ne peut s'agir que de subrogation légale. L'article 1656 C.c.Q. prévoit que la subrogation s'opère par le seul effet de la loi dans les cinq circonstances suivantes :

1656. La subrogation s'opère par le seul effet de la loi :

¹ Au profit d'un créancier qui paie un autre créancier qui lui est préférable en raison d'une créance prioritaire ou d'une hypothèque;

² Au profit de l'acquéreur d'un bien qui paie un créancier dont la créance est garantie par une hypothèque sur ce bien;

³ Au profit de celui qui paie une dette à laquelle il est tenu avec d'autres ou pour d'autres et qu'il a intérêt à acquitter;

18

19

(4) in favour of an heir who pays with his own funds a debt of the succession for which he was not bound;

(5) in any other case provided by law.

20

The legislature has explicitly spelled out the right to subrogation in a number of statutes, sometimes departing from the conditions set out in the Civil Code, sometimes not: see, *inter alia*, the *Act to promote good citizenship*, R.S.Q., c. C-20, s. 11; the *Health Insurance Act*, R.S.Q., c. A-29, s. 18(1); the *Act respecting financial assistance for education expenses*, R.S.Q., c. A-13.3, s. 29; the *Building Act*, R.S.Q., c. B-1.1, s. 79.2. Because the express right to subrogation is not dealt with consistently, I conclude that the failure to mention subrogation explicitly in the first paragraph of s. 316 AIAOD does not mean that legal subrogation is unavailable under it. Of the five cases mentioned in art. 1656 C.C.Q., the third might apply.

21

While acknowledging the general scope of para. (3) of art. 1656 C.C.Q., Quebec commentators link this paragraph in particular to solidary or *in solidum* debts and to debts secured by suretyship: J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (5th ed. 1998), Nos. 916 to 918; J. Pineau, D. Burman and S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4th ed. 2001), at p. 603, No. 336. In the case at bar, solidarity is not mentioned in s. 316 AIAOD and cannot be presumed (art. 1525 C.C.Q.). Nor can the employer's obligation be characterized as being *in solidum* with the contractor, since the instant case does not involve two concurrent debts having the same object: *Prévost-Masson v. General Trust of Canada*, [2001] 3 S.C.R. 882, 2001 SCC 87, at para. 27. The contractor must first be obliged to pay. It might be thought that this is a legal suretyship under art. 2334 C.C.Q., but the suretyship referred to in that article is one that a debtor must furnish when obliged to do so by the legislature: *Traité de droit civil du Québec*, vol. 13, by H. Roch and R. Paré, 1952, at p. 594; *Droit civil québécois* (loose-leaf), vol. 6, by D.-C. Lamontagne et al., § 2334 500, at p. 1256 602; J. Deslauriers, *Précis de droit des sûretés* (1990), at p. 23; P. Ciotola, *Droit des sûretés* (3rd ed. 1999), at p. 21. In the case of s. 316 AIAOD, the obligation is imposed directly

4° Au profit de l'héritier qui paie de ses propres deniers une dette de la succession à laquelle il n'était pas tenu;

5° Dans les autres cas établis par la loi.

Le législateur énonce expressément le droit à la subrogation dans nombre de lois, dérogeant ou se tenant parfois aux conditions prévues par le Code civil : voir, notamment, la *Loi visant à favoriser le civisme*, L.R.Q., ch. C-20, art. 11; la *Loi sur l'assurance maladie*, L.R.Q., ch. A-29, art. 18(1); la *Loi sur l'aide financière aux études*, L.R.Q., ch. A-13.3, art. 29; la *Loi sur le bâtiment*, L.R.Q., ch. B-1.1, art. 79.2. Parce que le recours exprès à la subrogation n'est pas traité de façon uniforme, je conclus que, même si elle n'est pas explicitement mentionnée au premier alinéa de l'art. 316 LATMP, il ne s'ensuit pas que la subrogation légale en soit exclue. Des cinq cas mentionnés à l'art. 1656 C.c.Q., le troisième peut potentiellement trouver application.

Tout en reconnaissant la portée générale du par. 3° de l'art. 1656 C.c.Q., les auteurs québécois le relient surtout aux dettes solidaires ou *in solidum* et aux dettes cautionnées : J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (5^e éd. 1998), n^{os} 916 à 918; J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4^e éd. 2001), p. 603, n^o 336. En l'espèce, la solidarité n'est pas énoncée à l'art. 316 LATMP et elle ne peut être présumée (art. 1525 C.c.Q.). L'obligation de l'employeur ne pourrait non plus être caractérisée comme *in solidum* avec l'entrepreneur, car on ne retrouve pas ici de coexistence de deux dettes portant sur un même objet : *Prévost-Masson c. Trust Général du Canada*, [2001] 3 R.C.S. 882, 2001 CSC 87, par. 27. En effet, l'entrepreneur doit d'abord être tenu de payer. On pourrait, par ailleurs, croire qu'il s'agit du cautionnement légal prévu par l'art. 2334 C.c.Q., mais le cautionnement dont il est question à cet article est celui que doit fournir un débiteur lorsque le législateur le lui impose : *Traité de droit civil du Québec*, t. 13, par H. Roch et R. Paré, 1952, p. 594; *Droit civil québécois* (feuilles mobiles), vol. 6, par D.-C. Lamontagne et autres, § 2334 500, p. 1256 602; J. Deslauriers, *Précis de droit des sûretés* (1990), p. 23; P. Ciotola, *Droit des sûretés* (3^e éd. 1999), p. 21. Dans le cas de l'art. 316 LATMP, l'obligation est

on the warrantor, not on the debtor. This cannot be a true case of suretyship, since a warrantor under the AIAOD has no choice in taking on the obligation, whereas consent is an essential aspect of suretyship, which is by definition a contract (art. 2333 C.C.Q.). The Superior Court judge's statement of the law to the effect that s. 316 AIAOD establishes a legal suretyship is therefore wrong.

To conclude that the employer's payment to the CSST confers the benefit of legal subrogation, it would be necessary to rely on the generality of the words "bound . . . for others" used in para. (3) of art. 1656 C.C.Q. In *Salama v. Placements Triar inc.*, [2002] Q.J. No. 3372 (QL), the Quebec Court of Appeal, citing a passage from the work of Baudouin and Jobin, raised the possibility of giving para. (3) of art. 1656 C.C.Q. a broad scope (see also M. Tancelin, *Des obligations: actes et responsabilités* (6th ed. 1997), No. 1235). The historical evolution of this provision persuades me that such an interpretation is justified.

The wording of para. (3) of art. 1656 C.C.Q. is derived from art. 1156 of the *Civil Code of Lower Canada*, which was itself based on art. 1251 of the *Code Napoléon*. The *Code Napoléon* restated a principle of old French law to the effect that marine underwriters were subrogated to the rights of the insured: J. Mestre, *La subrogation personnelle* (1979), at p. 277, No. 240. It was only after a century of equivocation that French courts finally conceded that subrogation could operate in cases in which the person making the payment was bound to make payment owing to a distinct source of obligation. It was in the context of the law of damage insurance that the French case law evolved. At first, in an 1829 decision, the Cour de cassation refused to recognize an insurer's right to legal subrogation: Civ., March 2, 1829, D.1829.I.163 (*Assurances v. Lanquetin*).

Despite ruling out legal subrogation, the French courts did, however, allow insurers of damage to sue persons who caused damage, on the basis that they had committed a delictual fault causing damage to the insurer. The Cour de cassation came full circle nearly a hundred years later, noting that

imposée au garant lui-même et non au débiteur. Il ne peut s'agir d'un véritable cas de cautionnement puisque le garant de la LATMP n'a pas le choix de s'obliger alors que le consentement est essentiel au cautionnement qui est, par définition, un contrat (art. 2333 C.c.Q.). L'énoncé de droit du juge de la Cour supérieure suivant lequel l'art. 316 LATMP établit une caution légale est donc incorrect.

Pour conclure que le paiement de l'employeur à la CSST confère le bénéfice de la subrogation légale, il faut se fonder sur la généralité des termes « tenu[s] [. . .] pour d'autres » utilisés au par. 3^o de l'art. 1656 C.c.Q. Se reportant à un extrait de l'ouvrage de Baudouin et Jobin, la Cour d'appel du Québec, dans *Salama c. Placements Triar inc.*, [2002] J.Q. n^o 3372 (QL), a évoqué la possibilité de donner une portée large au par. 3^o de l'art. 1656 C.c.Q. (voir aussi M. Tancelin, *Des obligations : actes et responsabilités* (6^e éd. 1997), n^o 1235). L'évolution historique de cette disposition me convainc qu'une telle interprétation est justifiée.

Le texte du par. 3^o de l'art. 1656 C.c.Q. trouve son origine dans l'art. 1156 du *Code civil du Bas Canada* qui lui-même était inspiré de l'art. 1251 du *Code Napoléon*. Or, ce dernier code reprend une règle de l'Ancien Droit français qui admettait que l'assureur maritime était subrogé aux droits de l'assuré : J. Mestre, *La subrogation personnelle* (1979), p. 277, n^o 240. En fait, c'est après un siècle de tergiversations que les tribunaux français admirent finalement que la subrogation pouvait jouer dans des cas où la personne qui payait était tenue au paiement en raison d'une source obligationnelle distincte. L'évolution de la jurisprudence française s'est faite dans le contexte du droit de l'assurance de dommages. La Cour de cassation avait d'abord refusé à l'assureur le droit à la subrogation légale par un arrêt de 1829 : Civ., 2 mars 1829, D.1829. I.163 (*Assurances c. Lanquetin*).

Malgré l'exclusion de la subrogation légale, les tribunaux français autorisèrent cependant l'assureur de dommages à poursuivre l'auteur du sinistre en invoquant qu'il avait commis une faute délictuelle causant des dommages à l'assureur. La Cour de cassation boucla la boucle près de cent ans plus

22

23

24

subrogation in favour of insurers was accepted in maritime law: Civ., January 10, 1923, S.1924.I.257 (*Chem. de fer du Midi v. Comp. d'assur. marit. l'Alborada*). This evolution caused one French commentator to remark that the French courts had in so doing [TRANSLATION] “embarked on a creative tack, not hesitating to gradually break away from an overly ossified analysis of the Civil Code”: Mestre, at p. 280, No. 245.

25 In Quebec insurance law, the issue remained contentious until the 1974 reform, which explicitly granted the right to subrogation (*Act respecting insurance*, S.Q. 1974, c. 70 (which came into force on October 20, 1976), incorporated into the *Civil Code of Lower Canada*, art. 2576, now art. 2474 C.C.Q.): D. Lluelles, *Précis des assurances terrestres* (3rd ed. 1999), at p. 337; *Sherwin-Williams Co. of Canada Ltd. v. Boiler Inspection and Insurance Co. of Canada*, [1949] S.C.R. 187, at p. 191; *Trépanier v. Plamondon*, [1985] C.A. 242; *contra*: J.-G. Bergeron, *Les contrats d'assurance (terrestre)* (1989), vol. 1, at p. 423; C.-A. Bertrand, “Effets des subrogations et des transports aux assureurs” (1953), 13 *R. du B.* 285; *Agricultural Insurance Co. v. Cité de Montréal*, [1943] R.L. 151 (Sup. Ct.); *Compagnie d'Assurance du Québec v. Dufour*, [1973] C.S. 840.

26 It must be recognized that the wording of para. (3) of art. 1656 C.C.Q. does not limit the paragraph's scope to obligations arising out of solidary or *in solidum* debts or debts secured by suretyship. To exclude statute-based obligations from its ambit is justified neither by the wording of the C.C.Q. nor by the historical evolution of the scope of the analogous provision in French law. Consequently, employers who pay a contractor's debt under s. 316 AIAOD may be subrogated to the rights of the CSST. As a result of subrogation, the CSST's right against the contractor is transferred to the employer. On making the payment, the employer takes the place of the CSST: *Forage Mercier inc. v. Société de Construction Maritime Voyageurs ltée*, [1998] Q.J. No. 2190 (QL) (C.A.). The employer acquires the claim from the time of payment, up to the amount paid: Pineau, Burman and Gaudet, at p. 604, No. 337, and at p. 606, No. 338.

tard et rappela qu'en droit maritime, la subrogation en faveur de l'assureur était reconnue : Civ., 10 janvier 1923, S.1924.I.257 (*Chem. de fer du Midi c. Comp. d'assur. marit. l'Alborada*). Cette évolution a fait dire à un auteur français que la jurisprudence française s'était ainsi « engagée dans une voie créatrice, n'hésitant pas à se détacher progressivement d'une exégèse par trop sclérosante du Code civil » : Mestre, p. 280, n° 245.

Au Québec, en droit des assurances, la question est demeurée controversée jusqu'à la réforme de 1974 qui a conféré explicitement le droit à la subrogation (*Loi sur les assurances*, L.Q. 1974, ch. 70 (entrée en vigueur le 20 octobre 1976), intégré au *Code civil du Bas Canada*, art. 2576, maintenant l'art. 2474 C.c.Q.) : D. Lluelles, *Précis des assurances terrestres* (3^e éd. 1999), p. 337; *Sherwin-Williams Co. of Canada Ltd. c. Boiler Inspection and Insurance Co. of Canada*, [1949] R.C.S. 187, p. 191; *Trépanier c. Plamondon*, [1985] C.A. 242; *contra* : J.-G. Bergeron, *Les contrats d'assurance (terrestre)* (1989), t. 1, p. 423; C.-A. Bertrand, « Effets des subrogations et des transports aux assureurs » (1953), 13 *R. du B.* 285; *Agricultural Insurance Co. c. Cité de Montréal*, [1943] R.L. 151 (C.S.); *Compagnie d'Assurance du Québec c. Dufour*, [1973] C.S. 840.

Force est de reconnaître que la formulation du par. 3^o de l'art. 1656 C.c.Q. n'est pas limitée aux cas où l'obligation découle d'une dette solidaire, *in solidum* ou cautionnée. Exclure de sa portée les cas où l'obligation découle d'une loi n'est justifié ni par le texte du C.c.Q. ni par l'évolution historique de la portée de la disposition similaire en France. En conséquence, l'employeur qui paie la dette de l'entrepreneur aux termes de l'art. 316 LATMP peut être subrogé dans les droits de la CSST. La subrogation transfère à l'employeur le droit que la CSST avait contre l'entrepreneur. Par suite du paiement, l'employeur remplace la CSST : *Forage Mercier inc. c. Société de Construction Maritime Voyageurs ltée*, [1998] A.Q. n° 2190 (QL) (C.A.); il acquiert la créance en date du paiement et ce, jusqu'à concurrence du montant payé : Pineau, Burman et Gaudet, p. 604, n° 337, et p. 606, n° 338. L'employeur peut donc réclamer à

Thus, the employer may demand that the contractor pay the amount of the assessment paid to the CSST.

But if the payment made in performance of the obligation imposed by the first paragraph of s. 316 AIAOD allows the employer to be substituted for the CSST in order to claim the amount of the assessment from the contractor, what does the third paragraph of the same section add? It enunciates the right to be reimbursed and to retain. The right to be reimbursed is nothing more than the right to demand payment. Thus, the right to reimbursement does not add to the claim accruing to the employer by reason of legal subrogation. What about the right to retain? It requires a more nuanced analysis.

The Quebec legislature has used the right to retain in ways that are disparate. In some situations, it may be a right granted to a body to set off an amount owing to a person against an amount owed by that person without actually mentioning the right to compensation: *Crop Insurance Act*, R.S.Q., c. A-30, s. 78.1. In other cases, the provision establishing the right to retain clearly states that the right is based on compensation: *Act respecting financial services cooperatives*, R.S.Q., c. C-67.3, s. 69. At times, the right to retain is a means of collecting an assessment out of the wages owed to an employee: s. 82(c)(4) ALRCI. In still other cases, a body is authorized to retain an amount until an obligation to do something has been performed: *Education Act for Cree, Inuit and Naskapi Native Persons*, R.S.Q., c. I-14, s. 13. Context is therefore essential to determining the legal nature of the right to retain granted by a given statutory provision in Quebec.

The right described in the third paragraph of s. 316 AIAOD is not a general right allowing an employer to refuse to pay a debt or retain an amount until a condition imposed on another person is met. The paragraph specifies that the right held by the employer is to retain “out of the sums that he owes the contractor” an amount equal to the amount paid

l’entrepreneur le montant de la cotisation qu’il a payée à la CSST.

Or, si le paiement fait en exécution de l’obligation imposée par le premier alinéa de l’art. 316 LATMP permet à l’employeur d’être substitué à la CSST pour réclamer à l’entrepreneur le montant de la cotisation, qu’apporte de plus le troisième alinéa de ce même article? Cet alinéa énonce le droit au remboursement et à la retenue. Le droit d’être remboursé n’est autre chose que le droit de réclamer le paiement. Le droit au remboursement n’ajoute donc pas au droit de créance échéant à l’employeur en raison de la subrogation légale. Qu’en est-il du droit de retenue? Une analyse plus nuancée est requise.

Le législateur québécois fait un usage hétéroclite du droit de retenue. Selon le contexte, il peut s’agir du droit pour un organisme de compenser un montant dû à une personne avec un montant dû par cette personne sans que le droit à la compensation ne soit mentionné explicitement : *Loi sur l’assurance-récolte*, L.R.Q., ch. A-30, art. 78.1; dans d’autres cas, le droit de retenue est formulé comme s’appuyant de façon expresse sur la compensation : *Loi sur les coopératives de services financiers*, L.R.Q., ch. C-67.3, art. 69; en d’autres occasions, le droit de retenue est un moyen de prélever une cotisation sur le salaire dû à un employé : LRTIC, art. 82c(4); parfois encore, un organisme est autorisé à retenir un montant jusqu’à l’accomplissement d’une obligation de faire : *Loi sur l’instruction publique pour les autochtones cris, inuit et naskapis*, L.R.Q., ch. I-14, art. 13. Le contexte est donc essentiel pour pouvoir qualifier la nature juridique du droit de retenue conféré par une disposition législative québécoise.

Le droit décrit au troisième alinéa de l’art. 316 LATMP n’est pas un droit général permettant à un employeur de refuser d’acquitter une dette ou de retenir un montant jusqu’à l’accomplissement d’une condition imposée à une autre personne. Le texte précise qu’il s’agit du droit de l’employeur de retenir « sur les sommes qu’il [doit à

27

28

29

by the employer to the CSST. This right presupposes a mutual creditor-debtor relationship between the employer and the contractor. It also presupposes pecuniary obligations on the parts of both the employer and the contractor. When exercising the right to retain, the employer indicates that the debt owed to him or her by the contractor is being deducted from the amount the employer owes the contractor. In this way, the employer pays him or herself with the sums he or she owes. The two debts are discharged. The right to retain therefore corresponds to the right to compensation provided for in art. 1672 C.C.Q.:

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

Compensation may not be claimed from the State, but the State may claim it.

30 The right to retain referred to in the third paragraph of s. 316 AIAOD is thus merely a reiteration of the right to compensation arising out of the fact that the employer and the contractor have become both creditor and debtor to one another as a result of the subrogatory payment to the CSST.

31 This analysis leads necessarily to the conclusion, which means the trustee was correct on this point, that dividing up s. 316 AIAOD and retaining only the first paragraph is not a basis for distinguishing the Quebec scheme from Saskatchewan's scheme. If *Husky Oil* is to be distinguished in this case, it is not because the rights resulting from the first and third paragraphs are distinct from and independent of one another, as the appellants contend. What the third paragraph does is to eliminate any doubt as to the employer's right to be reimbursed for the amount paid on the contractor's behalf and, where applicable, to effect compensation between the amount the employer owes the contractor and the amount the contractor owes the employer.

32 Having completed this part of the analysis, I must now determine whether the right to retain subverts the scheme of distribution under the BIA.

l'entrepreneur] », un montant égal au montant qu'il a payé à la CSST. Ce droit présuppose une réciprocité de relation créancier-débiteur entre l'employeur et l'entrepreneur. Il s'agit aussi d'obligations pécuniaires tant pour l'employeur que pour l'entrepreneur. En exerçant son droit de retenue, l'employeur manifeste qu'il déduit du montant qu'il doit à l'entrepreneur le montant de la dette de l'entrepreneur à son endroit. Il se paie ainsi lui-même avec les sommes qu'il doit. Les deux dettes se trouvent payées. Le droit de retenue correspond au droit d'invoquer la compensation prévue à l'art. 1672 C.c.Q. :

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

La compensation ne peut être invoquée contre l'État, mais celui-ci peut s'en prévaloir.

Le droit de retenue énoncé au troisième alinéa de l'art. 316 LATMP n'est donc que la réitération du droit à la compensation qui découle de la réciprocité des qualités de débiteur et de créancier de l'employeur et de l'entrepreneur par suite du paiement subrogatoire fait à la CSST.

Selon cette analyse, il faut conclure, donnant ainsi raison au syndic sur ce point, que la scission de l'art. 316 LATMP pour ne retenir que le premier alinéa ne permet pas de distinguer le régime québécois du régime de la Saskatchewan. Si *Husky Oil* doit être écarté, ce n'est pas parce que les droits résultant des premier et troisième alinéas sont distincts et indépendants l'un de l'autre comme le prétendent les appelants. Le troisième alinéa est cependant utile pour écarter tout doute sur le droit de l'employeur de se faire rembourser le montant payé pour l'entrepreneur et, s'il y a lieu, d'opérer compensation entre le montant qu'il doit à l'entrepreneur et celui que l'entrepreneur lui doit.

Ces éléments de l'analyse étant acquis, il y a lieu de vérifier si le droit de retenue viole le plan de distribution de la LFI.

2.1.2 Does the Right to Retain Subvert the Scheme of Distribution Under the BIA?

The trustee submits that the right to retain effectively guarantees the payment of amounts owed and in so doing subverts the scheme of distribution under the BIA. The syllogism put forward by the trustee is misleading. The scheme of distribution does not operate in a vacuum. If the BIA recognizes the right of creditors or debtors to avail themselves of mechanisms other than the one provided for in s. 136 BIA, which sets out the scheme of distribution, a provincial statute implementing such an alternative mechanism cannot be found to be inapplicable, because it would be perfectly compatible with the BIA. In discussing the scope of the first paragraph, we concluded that the right to retain is in fact a right to compensation. Since the BIA expressly recognizes certain cases of compensation, the real issue is whether the compensation mechanism authorized by the C.C.Q. and sanctioned by s. 316 AIAOD confers rights going beyond the framework of s. 97(3) BIA, which reads as follows:

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.

The BIA thus incorporates, although without defining it, a compensation mechanism. To delimit this mechanism, it is necessary to refer not only to the BIA itself, but also to provincial law. Since the enactment of the *Federal Law–Civil Law Harmonization Act, No. 1*, S.C. 2001, c. 4, it has been clear that in the province of Quebec, the civil law of Quebec is the suppletive law in bankruptcy matters. This means that in respect of aspects not governed by the BIA, the civil law rules of compensation apply. What are those rules?

Article 1672 C.C.Q. has already been quoted. Mutual debts are extinguished up to the amount of

2.1.2 Le droit de retenue viole-t-il le plan de répartition de la LFI?

Le syndic prétend que le droit de retenue a pour effet de garantir le paiement des montants dus et que, ce faisant, la disposition viole le plan de répartition de la LFI. Le syllogisme avancé par le syndic est trompeur. Le plan de répartition n'opère pas en vase clos. Si la LFI reconnaît le droit d'un créancier ou d'un débiteur de se prévaloir d'un mécanisme autre que celui de l'art. 136 LFI qui prévoit le plan de répartition, la loi provinciale qui met en œuvre un tel mécanisme différent ne peut être déclarée inapplicable, parce qu'elle serait alors tout à fait compatible avec la LFI. Dans l'examen de la portée du premier alinéa, nous avons conclu que le droit de retenue est en fait un droit de compensation. Comme la LFI reconnaît expressément certains cas de compensation, la véritable question est de savoir si la compensation autorisée par le C.c.Q. et consacrée par l'art. 316 LATMP accorde des droits qui excèdent le cadre du par. 97(3) LFI qui se lit :

97. . . .

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

La LFI intègre donc, mais sans le définir, un mécanisme de compensation. Pour le circonscrire, il faut faire appel non seulement au texte de la LFI mais aussi au droit provincial. Depuis la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, ch. 4, il est clair que le droit civil québécois agit, dans la province de Québec, comme droit supplétif en matière de faillite. Ceci signifie qu'à l'égard des aspects qui ne sont pas régis par la LFI, les règles de la compensation du droit civil s'appliquent. Quelles sont ces règles?

L'article 1672 C.c.Q. a déjà été cité. Les dettes réciproques sont éteintes jusqu'à concurrence de

33

34

35

the lesser debt. Article 1673 C.C.Q. adds that when debts are certain, liquid and exigible, their mutual extinction takes place by operation of law. The article reads as follows:

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

A party may apply for judicial liquidation of a debt in order to set it up for compensation.

36

There is another rule that is essential to understanding compensation in the context of insolvency. A debt owed to a party is an asset that is part of his or her patrimony. Since compensation has the effect of extinguishing mutual debts, the creditors of one or the other of the mutually indebted parties may be affected by the reduction or liquidation of the asset. Under Quebec civil law, compensation cannot be effected to the prejudice of a third person. Article 1681 C.C.Q. reads as follows:

1681. Compensation may neither be effected nor be renounced to the prejudice of the acquired rights of a third person.

If third persons have acquired rights before the right to compensation arises, art. 1681 C.C.Q. prohibits the application of compensation. The debt cannot be extinguished by compensation to the prejudice of the acquired rights of a third person. Without this rule, the asset would be reserved for one creditor — in this case, the employer — to the detriment of the principle of the equality of creditors (art. 2644 C.C.Q.), as in the case of a security: A. Bélanger, *Essai d'une théorie juridique de la compensation en droit civil québécois* (2004), at p. 144; G. Duboc, *La compensation et les droits des tiers* (1989), at p. 8, No. 4. In civil law, therefore, it may or may not be possible to exercise the right to retain, depending on whether or not the rights of third persons are affected. How does this apply in bankruptcy?

37

In the context of bankruptcy, trustees have a dual function: they represent both the bankrupt and the creditors. This dual role was considered recently in *Lefebvre (Trustee of)*, [2004] 3 S.C.R. 326, 2004

la moindre. L'article 1673 C.c.Q. énonce aussi que lorsque les dettes sont certaines, liquides et exigibles, l'extinction mutuelle a lieu de plein droit. Cet article se lit :

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

Une partie peut demander la liquidation judiciaire d'une dette afin de l'opposer en compensation.

Une autre règle est aussi essentielle à l'étude de la compensation dans un contexte d'insolvabilité. La créance due à une partie est un actif qui fait partie de son patrimoine. Comme la compensation a pour effet d'éteindre les dettes réciproques, les créanciers de l'une ou l'autre des parties mutuellement endettées peuvent être affectés par la réduction ou l'extinction des créances. Selon le droit civil québécois, la compensation ne peut avoir lieu au préjudice des tiers. L'article 1681 C.c.Q. prévoit :

1681. La compensation n'a pas lieu, et on ne peut non plus y renoncer, au préjudice des droits acquis à un tiers.

Si des tiers ont acquis des droits avant que ne s'ouvre le droit à la compensation, l'art. 1681 C.c.Q. en prohibe la mise en action. La créance ne peut être éteinte par la compensation au préjudice des droits acquis à des tiers. Sans cette règle, la créance serait réservée à un créancier, ici l'employeur, au détriment de la règle de l'égalité entre les créanciers (art. 2644 C.c.Q.), comme dans le cas d'une garantie : A. Bélanger, *Essai d'une théorie juridique de la compensation en droit civil québécois* (2004), p. 144; G. Duboc, *La compensation et les droits des tiers* (1989), p. 8, n^o 4. En vertu du droit civil, le droit de retenue pourra donc ou non être mis en opération selon que les droits des tiers sont ou non affectés. Qu'en est-il en matière de faillite?

Dans un contexte de faillite, le syndic a une double fonction : il représente tantôt le failli, tantôt les créanciers. Ce double rôle du syndic a été étudié récemment dans *Lefebvre (Syndic de)*, [2004] 3

SCC 63. Some duties are consistent with a specific characterization of the trustee as the bankrupt's representative, so the trustee cannot be considered a third person in performing them. In most situations, however, as de Grandpré J. remarked in *Mercurie v. Marquette & Fils*, [1977] 1 S.C.R. 547, at p. 555, the trustee's dual function must be borne in mind in assessing the rights and obligations of the trustee and the creditors.

At the time of bankruptcy, the contractor's claim against the employer constitutes property that is part of the patrimony that is divisible among the creditors within the meaning of s. 67 BIA:

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

. . . .

but it shall comprise

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

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

Section 71(2) BIA adds that the property vested in the trustee can no longer be alienated by the bankrupt from the date of bankruptcy:

71. . . .

(2) On a receiving order being made or an assignment being filed with an official receiver, a bankrupt ceases to have any capacity to dispose of or otherwise deal with his property, which shall, subject to this Act and to the rights of secured creditors, forthwith pass to and vest in the trustee named in the receiving order or assignment, and in any case of change of trustee the property shall pass from trustee to trustee without any conveyance, assignment or transfer.

For the purposes of ss. 67(1) and 71(2) BIA, the trustee is consequently not only the bankrupt's successor, but also the representative of the creditors, on behalf of whom the trustee manages and

R.C.S. 326, 2004 CSC 63. Certaines fonctions se prêtent à une qualification spécifique à titre de représentant du failli et alors il ne sera pas considéré comme un tiers. Dans la majorité des situations, cependant, tel que le mentionnait le juge de Grandpré dans *Mercurie c. Marquette & Fils*, [1977] 1 R.C.S. 547, p. 555, c'est en gardant à l'esprit sa double fonction que les droits et obligations du syndic et des créanciers sont appréciés.

Lors de la faillite, la créance de l'entrepreneur contre l'employeur constitue un bien qui fait partie du patrimoine attribué aux créanciers aux termes de l'art. 67 LFI :

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

. . . .

mais ils comprennent :

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

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

De plus, conformément au par. 71(2) LFI, les biens dévolus au syndic ne peuvent plus être aliénés par le failli à compter de la faillite :

71. . . .

(2) Lorsqu'une ordonnance de séquestre est rendue, ou qu'une cession est produite auprès d'un séquestre officiel, un failli cesse d'être habile à céder ou autrement aliéner ses biens qui doivent, sous réserve des autres dispositions de la présente loi et des droits des créanciers garantis, immédiatement passer et être dévolus au syndic nommé dans l'ordonnance de séquestre ou dans la cession, et advenant un changement de syndic, les biens passent de syndic à syndic sans transport, cession, ni transfert quelconque.

Pour l'application des par. 67(1) et 71(2) LFI, le syndic n'est en conséquence pas seulement le successeur du failli, il est aussi le représentant des créanciers au nom de qui il gère et liquide les biens

liquidates the property vested in him or her. In this context, therefore, the trustee can be characterized primarily as a third person in relation to the bankrupt. If only these sections were taken into consideration, compensation could not be effected after bankruptcy, because bankrupts would no longer be in a position to use their property to pay their debts. Bankrupts would not be able to make payments or discharge debtors because they would no longer have the capacity to do so. They would therefore be unable to effect compensation, which is a mechanism for extinguishing debts, because they would no longer be the holders of their patrimonies. However, s. 97(3) BIA sets up a special scheme. Two aspects of this provision are relevant to our analysis of the right to retain under s. 316 AIAOD.

40 First, s. 97(3) BIA specifies that compensation applies to claims against the bankrupt's estate. Creditors must therefore meet the conditions set out in s. 121(1) BIA, the relevant portion of which reads as follows:

121. (1) All 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 shall be deemed to be claims provable in proceedings under this Act.

Thus, a creditor who wishes to effect compensation must be able to prove the bankrupt was subject to a debt by reason of an obligation incurred before the bankruptcy.

41 Second, s. 97(3) BIA provides that compensation is effected in the same manner as if the bankrupt were a plaintiff or a defendant. Compensation is effected as if the bankrupt's patrimony had not vested in the trustee as a result of the bankruptcy. According to this provision, the mechanism established by s. 71(2) BIA does not apply in cases involving compensation. This rule sets aside the trustee's status as representative of the creditors. The argument that the trustee is a third person and that the bankrupt may no longer make payments as a result of the bankruptcy cannot be used to prevent a creditor who wishes to effect compensation from doing so.

qui lui sont dévolus. La qualification de tiers par rapport au failli prédomine alors. Si seuls ces articles étaient pris en considération, la compensation ne pourrait pas opérer après la faillite parce que le failli n'est plus en mesure d'utiliser ses biens pour acquitter ses dettes. Le failli ne pourrait pas faire de paiement ni consentir une quittance parce qu'il n'y serait plus habilité. Il ne pourrait donc pas invoquer la compensation qui est un mécanisme d'extinction de dette car il n'est plus titulaire de son patrimoine. Le paragraphe 97(3) LFI aménage cependant un régime particulier. Deux aspects de cette disposition sont pertinents pour notre analyse du droit de retenue de l'art. 316 LATMP.

Premièrement, le par. 97(3) LFI précise que la compensation s'applique aux réclamations contre l'actif du failli. Le créancier doit donc remplir les conditions du par. 121(1) LFI dont la partie pertinente se lit :

121. (1) Toutes 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, sont réputés des réclamations prouvables dans des procédures entamées en vertu de la présente loi.

Ainsi, le créancier qui veut opposer compensation doit être en mesure de prouver une créance à laquelle le failli était assujéti en raison d'une obligation contractée antérieurement à la faillite.

Deuxièmement, le par. 97(3) LFI énonce que la compensation a lieu de la même manière que si le failli était le demandeur ou défendeur. La compensation a lieu comme si le patrimoine du failli n'avait pas, par la faillite, été dévolu au syndic. Cette disposition écarte, pour les besoins de la compensation, le mécanisme énoncé au par. 71(2) LFI. Cette règle met de côté la fonction du syndic comme représentant des créanciers. Le créancier qui veut invoquer compensation ne peut se faire opposer que le syndic est un tiers et que le failli n'est plus autorisé à faire un paiement en raison de sa faillite.

Bearing in mind these particular features of s. 97(3) BIA and the civil law rules that supplement them, three possible scenarios can be envisaged in the context of s. 316 AIAOD. In the first, the payment is made to the CSST before the bankruptcy, and the mutual debts are certain, liquid and exigible before the bankruptcy. In the second hypothetical situation, the payment is made before the bankruptcy, the employer is in debt to the contractor, but one of the conditions for legal compensation is not met. In the third scenario, the payment is made after the bankruptcy.

2.1.2.1 *Payment Is Made Before the Bankruptcy, and the Mutual Debts Are Certain, Liquid and Exigible Before the Bankruptcy*

From the moment when the employer pays the CSST, the employer's claim becomes certain, liquid and exigible. As a result of subrogation, the CSST's claim is transferred to the employer. Since the employer's right against the contractor arises out of the payment to the CSST, the existence of the employer's claim is from that moment recognized, or certain. Furthermore, since the CSST's assessment is for a specific amount, the claim is liquid. The claim is also exigible, since the CSST was entitled to demand payment from the employer. If the employer is also in debt to the contractor, and if that debt is liquid and exigible, legal compensation is effected by operation of law in accordance with art. 1673 C.C.Q., which is reproduced above, and the debts are extinguished up to the amount of the lesser debt.

In this context, by the operation of the rules of the C.C.Q., the employer asserts not a right to retain, but the extinction of his or her debt to the contractor. The employer may avail him or herself of this mechanism at any time. He or she relies on the fact that the extinction of the debt occurred at the moment the mutual debts met the conditions for legal compensation. Since the trustee takes possession of the bankrupt's property as it exists at the time of vesting (s. 71(2) BIA), the trustee will find that the bankrupt's patrimony includes no claim against the employer.

Ayant à l'esprit ces particularités du par. 97(3) LFI et les règles civilistes agissant à titre supplétif, trois situations peuvent être envisagées dans le contexte de l'art. 316 LATMP. Selon un premier scénario, le paiement à la CSST est fait avant la faillite et les dettes réciproques sont certaines, liquides et exigibles avant la faillite; selon une deuxième hypothèse, le paiement est fait avant la faillite, l'employeur est endetté envers l'entrepreneur, mais l'une des conditions de la compensation légale fait défaut et enfin, troisièmement, le paiement est fait après la faillite.

2.1.2.1 *Le paiement est fait avant la faillite et les dettes réciproques sont certaines, liquides et exigibles avant la faillite*

Dès le moment où l'employeur paie la CSST, sa créance devient certaine, liquide et exigible. En effet, par l'effet de la subrogation, la créance de la CSST est transférée à l'employeur. Comme le droit de l'employeur contre l'entrepreneur prend naissance lors du paiement à la CSST, la créance de l'employeur a, dès ce moment, une existence reconnue, c'est-à-dire certaine. De plus, puisque le montant de la cotisation à la CSST est déterminé, la créance est liquide. Elle est aussi exigible car la CSST était en mesure d'en exiger le paiement de l'employeur. Si, par ailleurs, l'employeur est lui-même endetté envers l'entrepreneur et que sa dette soit liquide et exigible, la compensation légale s'opère de plein droit et les dettes sont éteintes jusqu'à concurrence de la moindre des deux dettes, le tout selon l'art. 1673 C.c.Q. cité ci-dessus.

Dans ce contexte, par l'opération des règles du C.c.Q., l'employeur n'invoque pas véritablement un droit de retenue, mais bien l'extinction de sa dette à l'égard de l'entrepreneur. L'employeur peut s'en prévaloir à tout moment. Il soulèvera l'extinction survenue au moment où les dettes réciproques ont rempli les conditions de la compensation légale. Comme le syndic prend possession des biens du failli dans l'état où ils se trouvent au moment de leur dévolution (par. 71(2) LFI), il ne pourra que constater que le patrimoine du failli ne compte pas de créance contre l'employeur.

42

43

44

45 Since in this scenario the bankruptcy has not yet occurred when legal compensation is effected, the scheme of distribution is not affected, because the claim against the employer is not part of the property vested in the trustee.

2.1.2.2 *Payment Is Made Before the Bankruptcy, the Employer Is in Debt to the Contractor, but One of the Conditions for Legal Compensation Is Not Met*

46 In the second scenario, the employer pays the amount of the contractor's unpaid assessment to the CSST before the bankruptcy. The employer's claim, which results from subrogation, is thus certain, liquid and exigible at the time of the bankruptcy. If one of the conditions for legal compensation is not met, it is necessarily related to the contractor's claim against the employer.

47 There are a number of grounds that may be available to the employer to defend against a claim by the trustee. The employer could, for example, assert that the claim is not certain or is not exigible. In such a case, the employer would not be relying on the right to retain, but would be asserting that the claim does not exist or is not due. If the contractor's claim is certain and exigible but not liquid, the contractor may, if he or she is not bankrupt, apply to a court to liquidate the debt. In this case, the employer would be applying for judicial compensation pursuant to the second paragraph of art. 1673 C.C.Q.

48 In civil law, however, compensation may not be effected if the rights of third persons are affected (art. 1681 C.C.Q.). To allow compensation would be to permit a creditor to be paid in full for a claim out of his or her debt to the debtor. If third persons have acquired rights before compensation is effected, compensation is consequently not available.

49 In bankruptcy, the claim against the employer is an asset vested in the trustee within the meaning of s. 71(2) BIA. If this claim is not liquid, the trustee can have it appraised and, if there is a

Comme la faillite, selon cette hypothèse, n'est pas encore survenue lors de l'opération de la compensation légale, le plan de répartition n'est pas affecté parce que la créance contre l'employeur ne fait pas partie des biens dévolus au syndic.

2.1.2.2 *Le paiement est fait avant la faillite, l'employeur est endetté envers l'entrepreneur mais l'une des conditions requises pour la compensation légale fait défaut*

Selon cette deuxième hypothèse, l'employeur paie à la CSST avant la faillite le montant de la cotisation impayée par l'entrepreneur. La créance de l'employeur qui résulte de la subrogation est donc certaine, liquide et exigible au moment de la faillite. Si l'une des conditions de la compensation légale fait défaut, il s'agit nécessairement d'une condition reliée à la créance de l'entrepreneur contre l'employeur.

Plusieurs moyens peuvent potentiellement être invoqués par l'employeur en défense à une réclamation du syndic. Il peut, par exemple, soulever que la créance n'est pas certaine ou qu'elle n'est pas exigible. Dans de tels cas, il invoque non pas son droit de retenue, mais l'inexistence de la créance ou son inexigibilité. Si la créance de l'entrepreneur est certaine et exigible, mais non liquide, l'entrepreneur peut, hors du contexte de la faillite, faire valoir son droit devant un tribunal qui a le pouvoir de liquider la dette. L'employeur invoque alors la compensation judiciaire suivant l'art. 1673, al. 2 C.c.Q.

En droit civil, la compensation ne peut cependant plus être opposée si les droits des tiers sont affectés (art. 1681 C.c.Q.). Permettre la compensation serait autoriser un créancier à être payé en entier pour sa créance à même la dette qu'il entretient envers le débiteur. Si des tiers ont acquis des droits avant l'opération de la compensation, elle est donc prohibée.

Dans le contexte de la faillite, la créance contre l'employeur est un actif dévolu au syndic aux termes du par. 71(2) LFI. Si cette créance n'est pas liquide, le syndic peut l'évaluer et, en cas de contestation,

dispute, institute legal proceedings (s. 30(1)(d) BIA). The employer may also rely on the special provision in s. 97(3) BIA, which dispenses with the trustee's status as a third party for the purposes of compensation and allows compensation to be set up as if the bankrupt were the plaintiff. The employer's right to compensation thus has its basis in the BIA, not the civil law, which because of art. 1681 C.C.Q. is more restrictive. In these circumstances, the right to retain under s. 316 AIAOD is not incompatible with the BIA, as it is merely an application of the BIA's provisions.

Quebec courts have on many occasions recognized the possibility of setting up compensation in bankruptcy matters: *In re Hil-A-Don Ltd.: Bank of Montreal v. Kwiat*, [1975] C.A. 157; *In re Le syndicat d'épargne des épiciers du Québec: Laviolette v. Mercure*, [1975] C.A. 599; *Goldstein v. Auerbach* (1991), 51 Q.A.C. 292. When the payment is made before the bankruptcy, the rights arising out of the subrogatory payment thus do not subvert the scheme of distribution under s. 136 BIA, because they can be implemented by means of a mechanism provided for in the BIA itself, in s. 97(3).

2.1.2.3 *The Employer's Payment Is Made After the Bankruptcy*

When the employer's payment is made after the bankruptcy, the question is whether the employer can exercise the right to retain or the right to compensation in the same manner as if the payment were made before the bankruptcy. In answering this question, it is helpful to refer to the legal relationship created by s. 316 AIAOD, which can be distinguished from the classic cases of conflicts between third persons and assignees. This is not a case, as provided for in art. 1680 C.C.Q., in which the debtor of an assigned claim seeks to set up against the creditor/assignee the same defence that would have been set up against the original creditor. Rather, this case concerns defences that the employer, the new creditor, wishes to set up against the contractor, the original debtor, at the time the contractor went bankrupt. The CSST owed the contractor nothing and could not therefore set up compensation. Following this line of reasoning,

demander au tribunal de trancher (al. 30(1)d) LFI). L'employeur peut aussi se prévaloir de la particularité du par. 97(3) LFI qui met de côté, pour les besoins de la compensation, la qualité de tiers du syndic et permet d'opposer compensation comme si le failli était le demandeur. Le droit de compensation de l'employeur découle alors de la LFI et non du droit civil, qui s'avère plus restrictif en raison de l'art. 1681 C.c.Q. Le droit de retenue de l'art. 316 LATMP, dans ces circonstances, n'est pas incompatible avec les dispositions de la LFI puisqu'il n'en est qu'une application.

Les tribunaux québécois ont à maintes reprises reconnu la possibilité d'invoquer la compensation dans un contexte de faillite : *In re Hil-A-Don Ltd. : Bank of Montreal c. Kwiat*, [1975] C.A. 157; *In re Le syndicat d'épargne des épiciers du Québec : Laviolette c. Mercure*, [1975] C.A. 599; *Goldstein c. Auerbach* (1991), 51 Q.A.C. 292. Lorsque le paiement est fait avant la faillite, les droits découlant du paiement subrogatoire ne contreviennent donc pas au plan de répartition de l'art. 136 LFI parce qu'ils peuvent être mis en œuvre grâce à un mécanisme prévu par la LFI elle-même, le par. 97(3).

2.1.2.3 *Le paiement de l'employeur est fait après la faillite*

Lorsque le paiement de l'employeur est fait après la faillite, la question qui se pose est de savoir si l'employeur peut se prévaloir de son droit de retenue ou de compensation de la même façon que si le paiement était fait avant la faillite. Pour répondre à cette question, il est utile de rappeler la relation juridique créée par l'art. 316 LATMP. Cette relation se distingue des cas classiques de conflits entre tiers et cessionnaires. Il ne s'agit pas d'un cas où le débiteur d'une créance cédée cherche à opposer au créancier cessionnaire les moyens qu'il aurait pu opposer au créancier originel comme le prévoit l'art. 1680 C.c.Q. Il s'agit plutôt ici des moyens que l'employeur, nouveau créancier, veut faire valoir à l'encontre de l'entrepreneur, débiteur originel, à un moment où l'entrepreneur a fait faillite. La CSST ne devait rien à l'entrepreneur. La CSST ne pouvait donc pas opposer compensation. Selon cette hypothèse, avant la faillite, l'employeur n'était pas

the employer was not a creditor of the contractor before the bankruptcy. The employer did not become a creditor until the subrogatory payment was made, that is, after the bankruptcy. The dual status of creditor and debtor did not arise until after the bankruptcy.

52

In the civil law of Quebec, a person who pays in the place of a debtor has no more rights than the subrogating creditor (art. 1651 C.C.Q.) on the one hand, while on the other hand, compensation cannot be effected to the prejudice of third persons (art. 1681 C.C.Q.). While it is difficult to liken the compensation mechanism to an additional right when considered from the standpoint of the debtor, the same cannot be said when the rights of third persons are taken into account. There is no question that third persons would be affected by compensation should it come into play. The effect of substituting creditors subsequent to the bankruptcy is such that the trustee must now deal with a creditor who is also a debtor of the bankruptcy, whereas the original creditor was not and would not therefore have been able to set up compensation. The employer's claim would, in a way, be secured by the amounts owed by the employer to the bankrupt, whereas the CSST's claim was not. In the civil law of Quebec, if third persons are affected, the employer cannot exercise the right to retain under s. 316 AIAOD, as this is prevented by arts. 1651 and 1681 C.C.Q.

53

It is nevertheless helpful to again consider whether the BIA includes provisions that have the effect of allowing employers to exercise their right to retain. We have already seen that s. 97(3) BIA has two features that are relevant here: (1) the claims must be provable by means of a proof of claim, in accordance with s. 121 BIA, and (2) compensation may be effected as if the bankrupt were the plaintiff.

54

As a result of subrogation, an employer who pays after a bankruptcy is subrogated to the rights of the CSST and may assert a claim against the bankrupt as if the bankrupt were the defendant. Pursuant to s. 121 BIA, the employer may assert a claim to which the bankrupt is subject by reason of an

créancier de l'entrepreneur. Il ne l'est devenu que lors du paiement subrogatoire, c'est-à-dire après la faillite. La double qualité de créancier et de débiteur n'est survenue qu'après la faillite.

Selon le droit civil québécois, d'une part, la personne qui paie à la place du débiteur n'a pas plus de droits que le subrogeant (art. 1651 C.c.Q.) et, d'autre part, la compensation ne peut avoir lieu au préjudice des tiers (art. 1681 C.c.Q.). Si le mécanisme de la compensation peut difficilement être assimilé à un droit additionnel lorsque examiné dans la perspective du débiteur lui-même, il en est autrement lorsque les droits des tiers sont pris en compte. Les tiers seraient indéniablement affectés par la compensation si elle devait entrer en action. En effet, par l'effet de la substitution de créancier survenue après la faillite, le syndic doit maintenant faire face à un créancier qui est aussi débiteur de la faillite alors que le créancier originel ne l'était pas et n'aurait donc pas pu lui opposer compensation. La créance de l'employeur serait en quelque sorte garantie par les sommes qu'il doit au failli alors que la créance de la CSST ne l'était pas. Selon le droit civil québécois, si les tiers sont affectés, l'employeur ne peut pas se prévaloir du droit de retenue de l'art. 316 LATMP parce qu'il en est empêché par l'effet des art. 1651 et 1681 C.c.Q.

Il est cependant utile de vérifier à nouveau si la LFI comporte des dispositions qui font en sorte que l'employeur peut se prévaloir de son droit de retenue. Nous avons vu déjà que le par. 97(3) LFI comporte deux éléments qui sont ici pertinents : (1) les créances doivent pouvoir faire l'objet d'une preuve de réclamation selon l'art. 121 LFI et (2) la compensation peut avoir lieu comme si le failli était le demandeur.

En raison du mécanisme de la subrogation, l'employeur qui paie après la faillite est subrogé dans les droits de la CSST et peut faire valoir une créance contre le failli comme si ce dernier était le défendeur. Conformément à l'art. 121 LFI, il peut faire valoir une créance à laquelle le failli

obligation incurred before the bankruptcy. Similarly, under s. 97(3) BIA, the trustee may assert a claim against the employer for payment of a debt owed to the bankrupt as if the bankrupt were the plaintiff. Thus, at first glance, these features of the BIA appear to allow compensation. As can be seen from a more thorough review, however, a subrogatory payment cannot give rise to compensation if it is made after the bankruptcy.

Few commentators have shown an interest in the effects of subrogation in bankruptcy matters, and the principles of Canadian bijuralism do not permit the importation of common law rules. The commentaries of authors from outside Quebec are nonetheless of interest for the purpose of reviewing the principles specific to the BIA (R. J. Wood, “Turning Lead into Gold: The Uncertain Alchemy of ‘All Obligations’ Clauses” (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 801). Section 121 BIA allows the employer to exercise the rights that accrued to him or her by reason of the subrogatory payment. He or she holds no rights in addition to the rights conferred by the civil law. The employer has only those rights which the CSST could exercise. Just as the CSST could not set up compensation, neither can the employer if third persons are affected. Section 97(3) BIA does not provide that a claim may be transferred from one creditor to another so as to permit compensation where it could not otherwise be set up. Since s. 97(3) BIA is an exception to the rule of equality between creditors, it must be interpreted narrowly. It must therefore be read in conjunction with ss. 121, 136(3) and 141 BIA as implicitly requiring that the mutual debts come into existence before 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

est assujetti en raison d’une obligation contractée antérieurement à la faillite. De même, selon le par. 97(3) LFI, le syndic peut réclamer à l’employeur le paiement de sa dette envers le failli comme si le failli était le demandeur. À première vue, donc, les particularités de la LFI semblent permettre la compensation. Un examen plus approfondi fait cependant voir que le paiement subrogatoire ne peut donner lieu à la compensation lorsqu’il est fait après la faillite.

Peu d’auteurs se sont intéressés à l’effet de la subrogation en matière de faillite et le bijuralisme canadien ne permet pas d’importer les règles de la common law. Les commentaires des auteurs de l’extérieur du Québec demeurent cependant intéressants pour l’étude des principes propres à la LFI (R. J. Wood, « Turning Lead into Gold : The Uncertain Alchemy of “All Obligations” Clauses » (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 801). L’article 121 LFI permet à l’employeur d’exercer les droits qui lui échoient en raison de son paiement subrogatoire. Aucun droit additionnel ne lui est accordé en sus de ce que le droit civil lui confère. L’employeur n’a que les droits que la CSST pouvait exercer. Comme la CSST ne pouvait pas invoquer la compensation, l’employeur ne le peut pas non plus si les tiers sont affectés. Le paragraphe 97(3) LFI ne prévoit pas qu’une créance puisse être transférée d’un créancier à l’autre de façon à autoriser une compensation qui n’aurait pas autrement pu être invoquée. Comme le par. 97(3) LFI fait exception à la règle de l’égalité des créanciers, il doit recevoir une interprétation restrictive. Il doit donc être interprété en conjonction avec les art. 121, 136(3) et 141 LFI et requiert implicitement que les créances mutuelles doivent avoir pris naissance avant 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

security that did not exist before the bankruptcy. To sum up, where subrogation is concerned, the BIA contains no provisions that depart from the civil law and can serve as a basis for extending the scope of application of compensation.

57 Because of the constraints inherent in the civil law, an employer may not retain the amounts paid to the CSST from the sums owed to a contractor if, when the payment was made, third parties had acquired rights. A payment made pursuant to s. 316 AIAOD does, however, entitle an employer to avail him or herself of subrogation to be reimbursed as an ordinary creditor for the amount paid. The right to reimbursement may be exercised in a manner respectful of the rights of third persons. The employer may file a proof of claim, just as the CSST could have done. This right is consistent with arts. 1651 and 1681 C.C.Q. and with s. 136 BIA. Furthermore, in *Husky Oil*, the Court recognized the validity of the right to make a simple claim to the trustee to be reimbursed (p. 503).

58 The trustee's argument that s. 316 AIAOD subverts the scheme of distribution under the BIA cannot therefore be accepted. First, the right to reimbursement is compatible with the BIA and, second, if the right to retain cannot be exercised by an employer, it is because of the inherent constraints of the civil law rules governing subrogation and compensation. The right to retain is not in conflict with the BIA, because the only circumstances in which the right can be exercised are those provided for in the BIA, which is more open to compensation than Quebec civil law.

2.1.3 Distinction Between Quebec's Scheme and Saskatchewan's Scheme

59 In accepting the trustee's arguments, the Court of Appeal saw in s. 316 AIAOD a right similar to the one considered by this Court in *Husky Oil*. The comparison is, in my view, inappropriate. In *Husky Oil*, the Court considered s. 133 of the *Workers' Compensation Act, 1979*, which established a deemed debt mechanism and allowed sums owed to a contractor to be withheld even

n'existait pas avant la faillite. En somme, quant à la subrogation, la LFI ne comporte pas de disposition qui déroge au droit civil et permette une application élargie de la compensation.

En raison des contraintes inhérentes au droit civil, l'employeur ne peut retenir sur les sommes dues à l'entrepreneur les montants qu'il a payés à la CSST si le paiement est fait alors que des tiers ont acquis des droits. Le paiement fait en vertu de l'art. 316 LATMP permet cependant à l'employeur de se prévaloir de la subrogation pour se faire rembourser, à titre de créancier ordinaire, le montant qu'il a payé. Le droit de remboursement peut être invoqué dans le respect des droits des tiers. L'employeur peut produire une preuve de réclamation, tout comme la CSST aurait pu le faire. Ce droit respecte tant les art. 1651 et 1681 C.c.Q. que l'art. 136 LFI. Dans *Husky Oil*, la Cour a d'ailleurs reconnu la validité du droit de présenter au syndic une simple demande de remboursement (p. 503).

Par conséquent, la prétention du syndic voulant que l'art. 316 LATMP viole le plan de répartition de la LFI ne peut pas être acceptée. D'une part, le droit de remboursement est compatible avec la LFI et, d'autre part, lorsque le droit de retenue ne peut être invoqué par l'employeur, c'est en raison des contraintes inhérentes aux règles civilistes régissant la subrogation et la compensation. Le droit de retenue n'est pas en conflit avec la LFI parce que les seules circonstances où il peut être invoqué sont celles prévues à la LFI, qui est plus favorable à la compensation que le droit civil québécois.

2.1.3 Distinction entre le régime québécois et le régime de la Saskatchewan

La Cour d'appel, acceptant ainsi les arguments du syndic, a vu dans l'art. 316 LATMP un droit similaire à celui étudié par la Cour dans *Husky Oil*. Le rapprochement est, à mon avis, injustifié. Dans *Husky Oil*, la Cour a étudié l'art. 133 de la *Workers' Compensation Act, 1979* qui établissait un mécanisme de dette présumée et autorisait la retenue de sommes dues à un entrepreneur avant

before the employer's claim against the contractor arose. Sections 133(1) and 133(3) read 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 right to withhold granted to employers under the *Workers' Compensation Act, 1979* arose at the time when the employer was liable to pay, that is, before the payment was even made. According to the Court's interpretation, under that Act, employers did not impair their own capital. They acted as collection agents: "it is [their] duty . . . to ensure that any sum that the contractor or any subcontractor is liable to contribute to the fund is paid . . .". The Court concluded from this that the Act established a deemed debt — as opposed to a real one — owed by the employer personally that, when combined with the right to withhold, constituted a security device that was incompatible with the BIA:

[I]t is clear that when s. 133(1) operates in combination with s. 133(3), the effect is to secure the claim of the Board against assets of the contractor. This is accomplished through the *combined* operation of the statutory deemed debt imposed on the principal in the event of the contractor's default *and* the right of the principal to withhold and be indemnified from monies owing to the contractor. Thus, the combined effect of the deemed

même la naissance de la créance de l'employeur contre l'entrepreneur. À ses paragraphes (1) et (3), l'art. 133 prévoyait :

[TRADUCTION]

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

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

Le droit de retenue accordé par la *Workers' Compensation Act, 1979* à l'employeur naît dès le moment où ce dernier est tenu au paiement, soit avant même que le paiement ne soit fait. Selon l'interprétation de la Cour, en vertu de cette loi, l'employeur n'entame pas son propre capital. Il est l'agent perceuteur : « il [lui] incombe [. . .] de veiller à ce que toute somme que l'entrepreneur ou un sous-traitant est tenu de verser à la caisse soit versée ». La Cour en a conclu que la loi établissait non pas une dette réelle due par l'employeur personnellement, mais une dette réputée qui, conjuguée au droit de retenue, constituait un mécanisme de garantie incompatible avec la LFI :

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

debt in s. 133(1) and set-off in s. 133(3) secures the Board's claim against the contractor's assets.

dette réputée, visée au par. 133(1), et la compensation prévue au par. 133(3) ont pour effet conjugué de garantir la réclamation de la Commission contre les biens de l'entrepreneur.

To repeat, it is the *combined effect* of the statutory deemed debt *and* the right to withhold (and then set off against) property of the bankrupt which secures the Board's claim against property of the bankrupt. It is for this reason that examining the constitutional validity of s. 133(1) separately from s. 133(3) fundamentally obscures the nature of the legal interest created. Such an approach misses that this is nothing but a straight-forward security device triggered by the province for securing the Board's claim against the estate, in exactly the same way that breaking a contract of pledge into debt and bailment and examining the validity of these legal interests separately would obscure the essential character of pledge as a security device. [Emphasis in original; paras. 53 and 77.]

Je le répète, c'est l'*effet conjugué* de la dette réputée créée par la loi *et* du droit de rétention (et ensuite de compensation) applicable aux biens du failli, qui garantit la réclamation de la Commission contre les biens du failli. C'est pour ce motif qu'examiner la constitutionnalité du par. 133(1) séparément de celle du par. 133(3) dissimule radicalement la nature du droit créé. Une telle façon de procéder évite de constater qu'il ne s'agit de rien d'autre qu'un simple instrument de garantie déclenché par la province pour garantir la réclamation de la Commission sur l'actif, de la même façon que l'on éviterait de constater la nature essentielle du nantissement, comme instrument de garantie, si, pour en déterminer la validité, on examinait séparément les aspects « dette » et « dépôt » du contrat. [Souligné dans l'original; par. 53 et 77.]

61 The Court did not reject all set-off mechanisms. Such an interpretation would obviously be inconsistent with the clear wording of s. 97(3) BIA and with the reasons for the Court's decision:

La Cour n'a pas écarté tous les mécanismes de compensation. Une telle interprétation serait de toute évidence contraire à l'énoncé clair du par. 97(3) LFI et aux motifs de l'arrêt :

Differently put, in the bankruptcy context, the law of set-off simply allows a debtor of a bankrupt who is also a creditor of the bankrupt to refrain from paying the full debt owing to the estate, since it may be that the estate will only fulfil a portion, if that, of the bankrupt's debt. Set-off is simply a defence to the payment of a debt, not a basis for validating statutory security devices which have the effect of securing the claims of *third parties* against the estate. . . . [Emphasis in original; para. 73.]

Autrement dit, dans le contexte de la faillite, les règles de la compensation permettent simplement au débiteur d'un failli, qui en est aussi le créancier, de s'abstenir de régler au complet la dette qu'il a envers la faillite, de crainte que celle-ci ne règle qu'une partie, et encore, de la dette du failli. La compensation n'est qu'un moyen de défense opposable au paiement d'une créance; elle n'est pas un moyen de valider des instruments de garantie créés par la loi, qui ont pour effet de garantir les réclamations de *tierces parties* sur l'actif de la faillite. . . [Souligné dans l'original; par. 73.]

62 Section 316 AIAOD is consistent with the conditions placed on the application of compensation in *Husky Oil*. Only an employer who has paid may exercise the right to retain. This is not a case like *Husky Oil* involving a deemed payment or an employer acting as a mere agent. Nor does this case involve, as the trustee argues, a right to retain under a suspensive condition. The right resulting from the subrogatory payment comes into existence only when the payment is made. Mestre says that this rule is [TRANSLATION] "obvious, and results from the very spirit of the institution,

Les conditions d'application de la compensation mises en évidence dans *Husky Oil* sont respectées par l'art. 316 LATMP. Seul l'employeur qui a payé peut invoquer son droit de retenue. Il ne s'agit pas, comme dans *Husky Oil*, d'un paiement réputé ou d'un cas où l'employeur agit comme simple agent. Il ne s'agit pas non plus, comme le plaide le syndic, d'un droit de retenue qui naîtrait sous condition suspensive. Le droit qui résulte du paiement subrogatoire ne naît qu'avec le paiement lui-même. Mestre dit de cette règle qu'elle est « d'évidence, et résulte de l'esprit même de

created for the benefit of those who pay the debts of others” (p. 374, No. 321). Subject to the right under the BIA to make a contingent claim (s. 135 BIA), a warrantor cannot file a proof of claim before payment: Trib. corr. Auxerre, February 24, 1953, *Rev. gén. ass. terr.* 1953.190 (*Mayet et Destoumieux v. Faillot*). The employer/warrantor may not exercise any right against the contractor/debtor before he or she has paid the CSST, the original creditor. In civil law terms, subrogatory rights cannot be conferred under a suspensive condition: Mestre, at p. 375, No. 322. The claim accrues to the employer at the time of payment, and not by reason of the fact that the employer might be liable to pay should the contractor fail to do so. Moreover, no right is granted to the CSST, as a third party, to the detriment of the body of creditors. The CSST is not affected by the employer’s right to collect. From the perspective of *Husky Oil*, the mechanism of s. 316 AIAOD is compatible with the BIA.

2.1.4 Equitable Set-off

The trustee also argues that equitable set-off applies in bankruptcy in Quebec and leads to the same conflict as in *Husky Oil*. The trustee points out that the Court of Appeal has incorporated equitable set-off into Quebec civil law: *Structal (1982) inc. v. Fernand Gilbert ltée*, [1998] R.J.Q. 2686.

The applicability of equitable set-off was questionable even before the *Federal Law–Civil Law Harmonization Act, No. 1*: Bélanger, at p. 153; A. Bélanger, “L’application en droit civil québécois de l’inapplicable *equitable set-off* de *common law*” (1999), 78 *Can. Bar Rev.* 486; M. Lemieux, “La compensation dans un contexte de proposition et de faillite” (1999), 59 *R. du B.* 321. Since that Act came into force, however, it has been clear that s. 97(3) BIA must be applied in Quebec on the basis of civil law and not common law rules. Equitable set-off cannot make up for the non-application of civil law compensation and cannot be introduced into Quebec law by s. 97(3) BIA. In Quebec, the suppletive law is Quebec civil law and, more

l’institution, créée au profit de celui qui acquitte la dette d’autrui » (p. 374, n° 321). Sous réserve du droit prévu à la LFI de produire une réclamation éventuelle (art. 135 LFI), le garant ne peut pas produire de preuve de réclamation avant le paiement : Trib. corr. Auxerre, 24 février 1953, *Rev. gén. ass. terr.* 1953.190 (*Mayet et Destoumieux c. Faillot*). L’employeur/garant ne peut exercer aucun droit contre l’entrepreneur/débiteur avant d’avoir payé la CSST, créancier originel. Aux termes des mécanismes du droit civil, il n’existe pas de droit subrogatoire conféré sous condition suspensive : Mestre, p. 375, n° 322. Le droit de créance échoit à l’employeur au moment du paiement et non en raison du fait qu’il serait éventuellement tenu au paiement si l’entrepreneur faisait défaut. De plus, aucun droit n’est accordé à la CSST, comme tierce partie, au détriment de la masse des créanciers. La CSST n’est pas affectée par ce droit de recouvrement de l’employeur. Vu sous le prisme de l’arrêt *Husky Oil*, le mécanisme de l’art. 316 LATMP est compatible avec la LFI.

2.1.4 La compensation en equity

Le syndic plaide aussi que le recours à la compensation en equity, selon lui applicable en matière de faillite au Québec, conduit au même conflit que celui observé dans *Husky Oil*. Il signale que la Cour d’appel a intégré ce mécanisme au droit civil québécois : *Structal (1982) inc. c. Fernand Gilbert ltée*, [1998] R.J.Q. 2686.

La compensation en equity était déjà d’application douteuse avant la *Loi d’harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil* : Bélanger, p. 153; A. Bélanger, « L’application en droit civil québécois de l’inapplicable *equitable set-off* de *common law* » (1999), 78 *R. du B. can.* 486; M. Lemieux, « La compensation dans un contexte de proposition et de faillite » (1999), 59 *R. du B.* 321. Or, depuis la promulgation de cette loi, il est clair qu’il faut appliquer le par. 97(3) LFI au Québec en ayant recours aux règles du droit civil et non à celles de la common law. La compensation en equity ne peut palier l’inapplication de la compensation du droit civil et ne peut être introduite au Québec par le par. 97(3) LFI. Le droit supplétif au Québec est le droit

63

64

specifically in this case, the rules governing compensation under the C.C.Q.

65 In short, the third paragraph of s. 316 AIAOD does nothing more than confirm the employer's right to be reimbursed, be it by filing a proof of claim under s. 121 BIA or by setting up compensation in accordance with s. 97(3) BIA. These two means are provided for in the BIA. Section 316 AIAOD grants no more rights than are permitted under the BIA. In no case is the scheme of distribution subverted.

2.2 *The Mechanism of Section 54 ALRCI*

66 The trustee also seeks to have s. 54 ALRCI declared inapplicable. This provision reads as follows:

54. The wages due by a sub-contractor constitute a solidary obligation between the sub-contractor and the contractor with whom he has contracted, and between the sub-contractor, the sub-contractor with whom he has contracted, the contractor and every intermediary sub-contractor.

Where the employer holds the appropriate licence issued under the Building Act (chapter B-1.1), such solidary obligation is extinguished six months after the end of the work carried out by the employer, unless the employee concerned filed a complaint with the Commission concerning his wages, a civil action was brought, or a claim was sent by the Commission pursuant to the third paragraph of subsection 1 of section 122 before the expiry of the six-month period.

Such solidary obligation extends to the client having contracted, directly or through an intermediary, with a contractor who does not hold the appropriate licence issued under the Building Act, in respect of the wages due by the contractor and each of his sub-contractors.

67 Unlike the AIAOD, which grants a right to reimbursement and a right to retain without actually referring to the mechanism under the Civil Code, the ALRCI, by using the expression "solidary obligation", characterizes the obligation in terms that explicitly incorporate the rights and obligations provided for in the C.C.Q.'s provisions on solidarity.

civil québécois et plus spécifiquement ici, les règles sur la compensation prévue au C.c.Q.

En somme, le droit consacré par le troisième alinéa de l'art. 316 LATMP n'est rien d'autre que la reconnaissance du droit de l'employeur de se faire rembourser, que ce soit par le mécanisme du dépôt d'une preuve de réclamation prévu à l'art. 121 LFI ou par une défense de compensation conformément au par. 97(3) LFI. Ces deux moyens sont formulés à la LFI. L'article 316 LATMP n'accorde pas plus de droit que ceux qui sont autorisés par la LFI. En aucun cas, le plan de répartition n'est enfreint.

2.2 *Le mécanisme de l'art. 54 LRTIC*

Le syndic cherche aussi à faire déclarer inapplicable l'art. 54 LRTIC. Cette disposition se lit :

54. Le salaire dû par un sous-entrepreneur est une obligation solidaire entre ce sous-entrepreneur et l'entrepreneur avec qui il a contracté, et entre ce sous-entrepreneur, le sous-entrepreneur avec qui il a contracté, l'entrepreneur et tout sous-entrepreneur intermédiaire.

Lorsque l'employeur est titulaire de la licence requise en vertu de la Loi sur le bâtiment (chapitre B-1.1), cette solidarité prend fin six mois après la fin des travaux exécutés par cet employeur, à moins que le salarié n'ait déposé, auprès de la Commission, une plainte relative à son salaire, qu'une action civile n'ait été intentée, ou qu'une réclamation n'ait été transmise par la Commission suivant le troisième alinéa du paragraphe 1° de l'article 122 avant l'expiration de ce délai.

Cette solidarité s'étend aussi au client qui a contracté directement ou par intermédiaire avec un entrepreneur qui n'est pas titulaire de la licence requise en vertu de la Loi sur le bâtiment, à l'égard du salaire dû par cet entrepreneur et par chacun de ses sous-entrepreneurs.

À la différence de la LATMP qui accorde un droit de remboursement et de retenue sans renvoi formel au mécanisme du Code civil, la LRTIC, en utilisant l'expression « obligation solidaire », caractérise l'obligation dans des termes qui incorporent explicitement les droits et obligations prévues aux dispositions du C.c.Q. régissant la solidarité.

The CCQ's solidary remedy entitles it to claim the amount of the wages from either the employer or the contractor, as it chooses. This is the effect of art. 1523 C.C.Q.:

1523. An obligation is solidary between the debtors where they are obligated to the creditor for the same thing in such a way that each of them may be compelled separately to perform the whole obligation and where performance by a single debtor releases the others towards the creditor.

An employer who pays the wages of a contractor's employees may demand to be reimbursed by the contractor pursuant to art. 1536 C.C.Q.:

1536. A solidary debtor who has performed the obligation may not recover from his co-debtors more than their respective shares, although he is subrogated to the rights of the creditor.

With regard to the employer's liability under s. 54 ALRCI, it is clear that the contractor remains ultimately liable for the entire debt. The employer may therefore recover the total amount paid to the CCQ from the contractor. Moreover, an employer who pays the CCQ may also, as is the case for payments to the CSST, rely on legal subrogation pursuant to para. (3) of art. 1656 C.C.Q.:

1656. Subrogation takes place by operation of law

. . . .

(3) in favour of a person who pays a debt to which he is bound with others or for others and which he has an interest in paying;

By virtue of the solidary obligation imposed by s. 54 ALRCI, together with the recursory action and subrogation, the employer may claim the amount paid to the CCQ from the contractor.

If the payment is made before the bankruptcy, the above reasoning concerning the right to retain under s. 316 AIAOD applies. Where an employer is in debt to the contractor and the debt meets the conditions for legal compensation, the mutual debts are extinguished by operation of law up to the amount

Le recours solidaire dont bénéficie la CCQ lui donne le droit de réclamer le montant des salaires à son choix de l'employeur ou de l'entrepreneur, tel qu'il ressort de l'art. 1523 C.c.Q. :

1523. L'obligation est solidaire entre les débiteurs lorsqu'ils sont obligés à une même chose envers le créancier, de manière que chacun puisse être séparément contraint pour la totalité de l'obligation, et que l'exécution par un seul libère les autres envers le créancier.

L'employeur qui paye les salaires des employés de l'entrepreneur peut lui en réclamer le remboursement suivant l'art. 1536 C.c.Q. :

1536. Le débiteur solidaire qui a exécuté l'obligation ne peut répéter de ses codébiteurs que leur part respective dans celle-ci, encore qu'il soit subrogé aux droits du créancier.

Dans le cas de la responsabilité de l'employeur aux termes de l'art. 54 LRTIC, il est clair que l'obligation ultime demeure celle de l'entrepreneur et ce, pour la totalité de la dette. L'employeur peut donc répéter de l'entrepreneur le montant total payé à la CCQ. Par ailleurs, l'employeur qui paie la CCQ, comme c'était le cas pour le paiement à la CSST, peut aussi se réclamer de la subrogation légale aux termes du par. 3^o de l'art. 1656 C.c.Q. :

1656. La subrogation s'opère par le seul effet de la loi :

. . . .

3^oAu profit de celui qui paie une dette à laquelle il est tenu avec d'autres ou pour d'autres et qu'il a intérêt à acquitter;

En raison de l'obligation solidaire qui lui est faite par l'art. 54 LRTIC, du recours recursory et de la subrogation, l'employeur peut réclamer de l'entrepreneur le montant payé à la CCQ.

Si le paiement est fait avant la faillite, le rattachement tenu ci-haut concernant le droit de retenue conféré par l'art. 316 LATMP s'applique. Dans le cas où l'employeur est lui-même endetté envers l'entrepreneur et où cette dette remplit les conditions de la compensation légale, les dettes

68

69

70

71

of the lesser debt (arts. 1672 and 1673 C.C.Q.). In such a case, the patrimony vested in the trustee at the time of bankruptcy does not include the bankrupt's claim, which has been extinguished by legal compensation. Where the payment is made before the bankruptcy but the contractor's claim is not liquid, employers may avail themselves of s. 97(3) BIA to effect compensation between the amounts they owe and the amounts owed to them.

72

In the case of a post-bankruptcy payment to the CCQ, the employer will have to prove his or her claim against the estate in accordance with the rules of s. 121 BIA. Even if the employer is in debt to the bankrupt, the BIA does not allow the claim to be transferred to the detriment of the creditors. The BIA does not depart from the rules established by arts. 1651 and 1681 C.C.Q., which provide that subrogation does not give the subrogated person any more rights than the subrogating creditor and that compensation may not be effected to the prejudice of third persons. The employer is thus limited to proving the claim without being able to set up compensation for payments made after the bankruptcy.

73

The rules of the C.C.Q. with respect to subrogation add no new security and create no additional debts as regards the bankrupt. The impugned provisions violate neither the letter nor the spirit of *Husky Oil*. It should be noted that in that case, what was at issue was a mechanism by which employers could withhold amounts owed to debtors before being held personally liable for paying the assessments. In a way, the employer acted as a collection agent for the Workers' Compensation Board. The same is not true in the case of the ALRCI, which provides that employers are personally liable for wages not paid by their contractors.

3. Conclusion

74

This case was submitted to the Superior Court as a motion for directions in which a ruling was sought on the legal effect of s. 316 AIAOD and s. 54 ALRCI in the context of the BIA. The relevant questions of law have been addressed above. As mentioned in the facts related at the beginning of

réciproques sont éteintes de plein droit jusqu'à concurrence de la moindre (art. 1672 et 1673 C.c.Q.). En ce cas le patrimoine dévolu au syndic au moment de la faillite ne compte pas la créance du failli qui est éteinte par la compensation légale. Si le paiement est fait avant la faillite mais la créance de l'entrepreneur n'est pas liquide, l'employeur pourra se prévaloir du par. 97(3) LFI pour opposer compensation entre les sommes qu'il doit et celles qui lui sont dues.

Si le paiement à la CCQ est postérieur à la faillite, l'employeur devra prouver sa réclamation contre l'actif selon les règles de l'art. 121 LFI. En effet, même si l'employeur est lui-même endetté envers le failli, la LFI ne prévoit pas que la créance puisse être transférée au détriment des créanciers. La LFI n'écarte pas les règles des art. 1651 et 1681 C.c.Q. qui énoncent que la subrogation ne confère pas au subrogé plus de droits que n'en avait le subrogeant et que la compensation ne peut opérer au préjudice des tiers. L'employeur est donc limité à prouver sa réclamation sans pouvoir opposer compensation pour les paiements faits après la faillite.

Les règles du C.c.Q. concernant la subrogation n'ajoutent pas de nouvelle garantie et ne créent pas de dettes additionnelles à l'égard du failli. Les dispositions contestées n'enfreignent ni la lettre ni l'esprit de l'arrêt *Husky Oil*. Je rappelle que dans cet arrêt, la critique visait un mécanisme par lequel l'employeur pouvait retenir les sommes dues au débiteur avant d'être tenu personnellement de payer les cotisations. Il agissait en quelque sorte comme agent percepteur du Workers' Compensation Board. Tel n'est pas le cas en vertu de la LRTIC qui prévoit que l'employeur est personnellement responsable des salaires impayés par l'entrepreneur.

3. Conclusion

Le dossier a été soumis à la Cour supérieure sous forme de requête pour directives demandant de statuer sur l'effet juridique des art. 316 LATMP et 54 LRTIC dans le contexte de la LFI. Il s'agit là des questions de droit qui sont traitées ci-dessus. Par ailleurs, comme l'illustre les faits relatés au début

these reasons, the payments made by the employers, with the exception of Chenail's payment to the CCQ, were not made before the bankruptcy. The principles stated above will apply in determining the employers' rights, and there is no need to consider the specific facts of each case, especially since the employers have chosen not to take part in the debate.

For these reasons, I would allow the appeal, answer the two constitutional questions in the negative, restore the judgment of the Superior Court and dismiss the trustee's motion, with costs against the estate.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Québec.

Solicitors for the appellant Commission de la construction du Québec: Ménard, Corriveau, Montréal.

Solicitors for the appellant Commission de la santé et de la sécurité du travail: Panneton, Lessard, Québec.

Solicitors for the respondent: Blake, Cassels & Graydon, Montréal.

Solicitor for the intervener: Attorney General of Ontario, Toronto.

des motifs, sauf pour Chenail à l'égard de la CCQ, les employeurs n'ont pas fait les paiements avant la faillite. Leurs droits seront régis par les principes ici énoncés et il n'est pas nécessaire de se pencher sur les faits spécifiques à chaque cas, d'autant plus que les employeurs ont choisi de ne pas participer au débat.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel, de répondre par la négative aux deux questions constitutionnelles, de rétablir le jugement de la Cour supérieure et de rejeter la requête du syndic, le tout avec dépens contre la masse.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelant le procureur général du Québec : Ministère de la Justice, Québec.

Procureurs de l'appelante la Commission de la construction du Québec : Ménard, Corriveau, Montréal.

Procureurs de l'appelante la Commission de la santé et de la sécurité du travail : Panneton, Lessard, Québec.

Procureurs de l'intimée : Blake, Cassels & Graydon, Montréal.

Procureur de l'intervenant : Procureur général de l'Ontario, Toronto.