

Chandos Construction Ltd. *Appellant*

v.

Deloitte Restructuring Inc. in its capacity as Trustee in Bankruptcy of Capital Steel Inc., a bankrupt *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,
Canadian Association of Insolvency and
Restructuring Professionals and
Insolvency Institute of Canada** *Interveners*

**INDEXED AS: CHANDOS CONSTRUCTION LTD. v.
DELOITTE RESTRUCTURING INC.**

2020 SCC 25

File No.: 38571.

2020: January 20; 2020: October 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA

Bankruptcy and insolvency — Anti-deprivation rule — Priority of claims — Clause in subcontract awarding fee to general contractor in the event of subcontractor’s bankruptcy — Subcontractor filing assignment in bankruptcy prior to completing subcontract — Whether general contractor entitled to set fee off against amount owing to subcontractor — Whether anti-deprivation rule exists at common law — If so, whether clause invalid by virtue of anti-deprivation rule.

Chandos Construction Ltd. (“Chandos”), a general construction contractor, entered into a construction subcontract with Capital Steel Inc. (“Capital Steel”). Clause VII Q(d) of the subcontract provides that Capital Steel will pay Chandos 10 percent of the subcontract price as a fee for the inconvenience or for monitoring the work in the event of Capital Steel’s bankruptcy. When Capital Steel filed an assignment in bankruptcy prior to completing its

Chandos Construction Ltd. *Appelante*

c.

Restructuration Deloitte Inc. en sa qualité de syndic de faillite de Capital Steel Inc., une faillie *Intimée*

et

**Procureur général du Canada,
Association canadienne des professionnels
de l’insolvabilité et de la réorganisation et
Institut d’insolvabilité du Canada**
Intervenants

**RÉPERTORIÉ : CHANDOS CONSTRUCTION LTD.
c. RESTRUCTURATION DELOITTE INC.**

2020 CSC 25

N° du greffe : 38571.

2020 : 20 janvier; 2020 : 2 octobre.

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

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

Faillite et insolvabilité — Règle anti-privation — Priorité des créances — Clause d’un contrat de sous-traitance prévoyant l’octroi de frais à l’entrepreneur général en cas de faillite du sous-traitant — Dépôt d’une cession de biens par le sous-traitant avant l’achèvement des travaux — L’entrepreneur général a-t-il le droit de compenser les frais et de les soustraire du montant qu’il doit au sous-traitant? — La règle anti-privation existe-t-elle en common law? — Si oui, la clause est-elle invalide en raison de la règle anti-privation?

Chandos Construction Ltd. (« Chandos »), un entrepreneur général en construction, a conclu un contrat de sous-traitance en construction avec Capital Steel Inc. (« Capital Steel »). La clause VII Q(d) du contrat de sous-traitance prévoit que Capital Steel doit payer à Chandos 10 p. 100 du prix du contrat de sous-traitance à titre de frais pour les dérangements ou pour la surveillance des travaux advenant la faillite de Capital Steel. Lorsque cette dernière a procédé

subcontract with Chandos, Chandos argued it was entitled to set off the costs it had incurred to complete Capital Steel's work and to set off 10 percent of the subcontract price, as provided for by clause VII Q(d). Capital Steel's trustee in bankruptcy applied for advice and directions as to whether clause VII Q(d) was valid. The application judge found the provision to be a valid liquidated damages clause, but the Court of Appeal reversed the decision.

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

Per Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin and Kasirer JJ.: Clause VII Q(d) is invalid by virtue of the anti-deprivation rule. This rule renders void any provision in an agreement which provides that upon an insolvency (or bankruptcy), value is removed from the reach of the insolvent person's creditors which would otherwise have been available to them, and places that value in the hands of others.

The anti-deprivation rule has existed in Canadian common law since before federal bankruptcy legislation existed, and has not been eliminated by any decision of the Court or by Parliament. Parliament's actions are better understood as gradually codifying limited parts of the common law rather than seeking to oust all related common law. The anti-deprivation rule prevents contractual provisions from frustrating the scheme of the *Bankruptcy and Insolvency Act* ("BIA") as it renders void contractual provisions that would prevent property from passing to the trustee. This helps maximize the global recovery for all creditors in accordance with the priorities set out in the BIA.

The test under the anti-deprivation rule has two parts: the relevant clause is triggered by an event of insolvency or bankruptcy, and the effect of the clause is to remove value from the insolvent's estate. This is an effects-based test. What should be considered is whether the effect of the contractual provision was to deprive the estate of assets upon bankruptcy, not whether the intention of the contracting parties was commercially reasonable. Adopting a purpose-based test would create new and greater difficulties. It would require courts to determine the intention of contracting parties long after the fact, detract from the efficient administration of corporate bankruptcies, and encourage parties who can plausibly pretend to have *bona fide* intentions to create a preference over other creditors by inserting such clauses. It would also be inconsistent

à une cession de ses biens avant de terminer son contrat de sous-traitance avec Chandos, celle-ci a soutenu qu'elle avait le droit de compenser les coûts qu'elle avait engagés pour terminer les travaux commencés par Capital Steel et de déduire 10 p. 100 du prix du contrat de sous-traitance, comme le prévoit la clause VII Q(d). Le syndic de faillite de Capital Steel a demandé des conseils et des directives quant à la validité de la clause VII Q(d). Le juge de première instance a conclu que la stipulation est une clause de dommages-intérêts liquidés valide, mais la Cour d'appel a infirmé la décision.

Arrêt (la juge Côté est dissidente) : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin et Kasirer : La clause VII Q(d) est invalide en raison de la règle anti-privation. Cette règle rend nulle toute stipulation d'un contrat qui prévoit qu'en cas d'insolvabilité (ou de faillite), la valeur des actifs à laquelle les créanciers de la personne insolvable auraient autrement accès est réduite, et place cette valeur entre les mains d'autres personnes.

La règle anti-privation existait déjà dans la common law canadienne avant qu'il n'existe de loi fédérale en matière de faillite, et elle n'a été éliminée, ni par une décision de la Cour, ni par le Parlement. Les interventions du Parlement doivent être considérées comme codifiant graduellement certains aspects de la common law, plutôt que comme cherchant à écarter tous les principes de common law connexes. La règle anti-privation empêche de contourner, au moyen de stipulations contractuelles, le régime de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (« LFI »), puisqu'elle rend nulles les stipulations qui empêchent que des biens soient dévolus au syndic. Cela contribue à maximiser le recouvrement global pour tous les créanciers en conformité avec les priorités énoncées dans la LFI.

Le test applicable à la règle anti-privation comporte deux volets : l'application de la clause pertinente est déclenchée par une insolvabilité ou une faillite, et la clause a pour effet de réduire la valeur de l'actif de la personne insolvable. Ce test est fondé sur les effets. La question sur laquelle il faut se pencher est celle de savoir si l'effet de la stipulation était de réduire la valeur de l'actif en cas de faillite, et non celle de savoir si l'intention des parties contractantes était raisonnable sur le plan commercial. L'adoption d'un test fondé sur l'objet aurait pour effet de créer des difficultés nouvelles plus grandes. Cela obligerait les tribunaux à déterminer l'intention des parties contractantes bien après les faits, nuirait à l'administration efficace des faillites d'entreprise et encouragerait les parties qui peuvent plausiblement prétendre être de bonne foi à

with the general principles of contractual freedom — parties do not negotiate with a view to protecting the interests of their creditors in the event of their bankruptcy. Finally, under a purpose-based rule, unsecured creditors would receive even less than they do now. An effects-based approach provides parties with the confidence that contractual agreements, absent a provision providing for the withdrawal of assets upon bankruptcy or insolvency, will generally be upheld.

Clause VII Q(d) violates the anti-deprivation rule and is thus void. It provides that, in the event Capital Steel commits any act of bankruptcy, Capital Steel shall forfeit 10 percent of the subcontract price — this is a direct and blatant violation of the rule. It cannot be rescued by the law of set-off, as set-off only applies to enforceable debts or claims. It applies to debts owed by the bankrupt that were not triggered by the bankruptcy, since the anti-deprivation rule only makes deprivations triggered by insolvency unenforceable.

Per Côté J. (dissenting): There is agreement with the majority that the anti-deprivation rule has a longstanding and strong jurisprudential footing in Canadian law and that it has not been eliminated by the Court or through legislation. However, this rule should not apply to transactions or contractual provisions which serve a *bona fide* commercial purpose. As clause VII Q(d) furthers a *bona fide* commercial purpose, it is enforceable and does not offend the anti-deprivation rule. Accordingly, the application judge's order should be restored.

The anti-deprivation rule should not apply to transactions or contractual provisions which serve a *bona fide* commercial purpose for three reasons. First, courts applying the anti-deprivation rule in Canada have not been content to rest their reasons for decision merely on a finding that the effect of a transaction or contractual provision was to deprive a bankrupt's estate of value — the golden thread weaving its way through the jurisprudence is the presence or absence of a *bona fide* commercial purpose behind the deprivation. In the minority of cases where *bona fide* commercial purpose has not been discussed, its absence has been readily inferable from the circumstances.

Second, there is a principled legal basis for retaining a *bona fide* commercial purpose test. The anti-deprivation rule is based on the common law public policy against agreements entered into for the unlawful purpose of

s'accorder une préférence à l'encontre des autres créanciers en insérant de telles clauses dans leurs contrats. Cela serait en outre incompatible avec les principes généraux de liberté contractuelle — les parties ne négociant pas dans le but de protéger les intérêts de leurs créanciers en cas de faillite. Enfin, suivant une règle fondée sur l'objet, les créanciers non garantis recevraient encore moins que ce qu'ils reçoivent à l'heure actuelle. Une approche fondée sur les effets assure aux parties que les ententes contractuelles, en l'absence d'une stipulation prévoyant le retrait d'actifs en cas de faillite ou d'insolvabilité, seront généralement maintenues.

La clause VII Q(d) enfreint la règle anti-privation et est donc nulle. Elle prévoit que, dans le cas où Capital Steel fait faillite, elle renonce à 10 p. 100 du prix du contrat de sous-traitance — ce qui constitue une violation directe et évidente de la règle anti-privation. La clause ne peut être sauvegardée par les règles de la compensation, car celle-ci ne s'applique qu'aux dettes ou aux réclamations exigibles. Elle s'applique aux dettes du failli qui n'ont pas été provoquées par la faillite, puisque la règle anti-privation rend seulement inexigibles les réclamations fondées sur des privations déclenchées par une insolvabilité.

La juge Côté (dissidente) : Il y a accord avec les juges majoritaires que la règle anti-privation est bien ancrée depuis longtemps dans la jurisprudence canadienne et qu'elle n'a été éliminée ni par la Cour ni par une loi. Toutefois, cette règle ne devrait pas s'appliquer aux transactions ou aux stipulations qui poursuivent un objectif commercial véritable. Comme la clause VII Q(d) poursuit un objectif commercial véritable, elle est exécutoire et n'enfreint pas la règle anti-privation. L'ordonnance du juge de première instance devrait donc être rétablie.

La règle anti-privation ne devrait pas s'appliquer aux transactions ou aux stipulations qui poursuivent un objectif commercial véritable, et ce, pour trois motifs. Premièrement, les tribunaux qui appliquent la règle anti-privation au Canada ne se sont pas contentés de fonder leurs décisions sur une simple conclusion voulant qu'une transaction ou une stipulation ait pour effet de réduire la valeur de l'actif du failli — le lien qui relie la jurisprudence est la présence ou l'absence d'une finalité commerciale objective qui sous-tend la privation. Dans les rares cas où l'examen de la question de l'objectif commercial véritable n'a pas été réalisé, il était facile d'en inférer l'absence des circonstances.

Deuxièmement, le recours à un test fondé sur l'objectif commercial véritable repose sur un fondement juridique valable. La règle anti-privation s'appuie sur le principe de common law voulant que les accords conclus dans le but

defrauding or otherwise injuring third parties. It thus requires an objective assessment of the parties' intentions. In contrast, the *pari passu* rule has an effects-based test because it is based on an implied prohibition in the *BIA* that operates regardless of the parties' intentions. The *pari passu* provision in the *BIA* establishes a very clear bright line rule that all claims proved in a bankruptcy shall be paid rateably. This clear and straightforward statutory language readily supports a conclusion that Parliament intended to prohibit a debtor from contracting with creditors for a different distribution of the debtor's assets in bankruptcy than that provided in s. 141 of the *BIA*.

The anti-deprivation rule does not derive from a strained interpretation of s. 71 of the *BIA*. But even if the anti-deprivation rule was an implied prohibition in the *BIA*, it is a well-established principle that the *BIA* does not grant a trustee any greater interest in a bankrupt's property than that enjoyed by the bankrupt prior to the bankruptcy. Holding that s. 71 of the *BIA* converts the bankrupt's qualified interest in an asset into an absolute or unqualified interest in the hands of the trustee breaks with this principle. The statutory context includes numerous provisions indicating that arm's-length *bona fide* commercial transactions are valid as against the trustee of a bankrupt's estate.

Third, as a matter of public policy, the considerations cited in support of an effects-based test are not sufficient to override the otherwise strong countervailing public interest in the enforcement of contracts. Despite being a judicially-derived public policy, it is still prudent for courts to take into account the policies embodied in legislation as a reflection of society's public policy concerns. Therefore, anti-deprivation rule's common law character does not preclude a court from taking into account Parliament's objective of maximizing global recovery for all creditors, when considering how to formulate the anti-deprivation rule. However, Parliament's objectives must be weighed against the other policy interests protected by the common law when considering how to best formulate the rule. The common law places great weight on the freedom of contracting parties to pursue their individual self-interest, and the public policy considerations which have been cited in support of an effects-based test are not sufficient to override the otherwise strong countervailing public interest in the enforcement of contracts.

illégal de commettre une fraude ou de causer un préjudice à un tiers soient contraires à l'intérêt public. Par conséquent, il requiert une évaluation objective de l'intention des parties. En revanche, la règle du *pari passu* entraîne le recours à un test fondé sur les effets, car elle est fondée sur une prohibition implicite contenue dans la *LFI* qui s'applique indépendamment de l'intention des parties. La disposition de la *LFI* qui énonce la règle *pari passu* établit une règle de démarcation très nette selon laquelle toutes les réclamations établies dans la faillite sont acquittées au prorata. Ce libellé clair et précis de la loi appuie d'emblée la conclusion selon laquelle le législateur avait pour intention d'interdire à un débiteur de conclure un contrat avec des créanciers en vue de distribuer ses biens en cas de faillite d'une manière autre que celle prévue à l'art. 141 de la *LFI*.

La règle anti-privation n'émane pas d'une interprétation forcée de l'art. 71 de la *LFI*. Or, même si la règle anti-privation était une prohibition implicite contenue dans la *LFI*, il est un principe bien établi que la *LFI* n'accorde pas au syndic, à l'égard d'un bien du failli, un intérêt supérieur à celui qu'avait le failli avant la faillite. Conclure que l'art. 71 de la *LFI* convertit l'intérêt relatif du failli à l'égard d'un bien en intérêt absolu pour le syndic s'écarte de ce principe. Le contexte statutaire comprend de nombreuses dispositions prévoyant que les transactions commerciales de bonne foi sans lien de dépendance sont valides contre le syndic de l'actif du failli.

Troisièmement, en ce qui concerne l'intérêt public, les considérations qui ont été citées en appui au test fondé sur les effets ne suffisent pas à transcender l'importance de l'intérêt public opposé dans l'exécution des contrats. Même si la règle d'intérêt public émane des tribunaux, ceux-ci doivent néanmoins faire preuve de prudence et tenir compte des préoccupations de la société en matière d'intérêt public. Par conséquent, le fait que la règle anti-privation soit issue de la common law n'empêche pas un tribunal de tenir compte de l'objectif du Parlement qui est de maximiser le recouvrement global pour tous les créanciers lorsqu'il se penche sur la façon de formuler la règle anti-privation. Toutefois, les objectifs du Parlement doivent être évalués par rapport aux autres intérêts publics protégés par la common law au moment de décider de la meilleure façon de formuler la règle. La common law accorde beaucoup de poids à la liberté des parties contractantes dans la poursuite de leur intérêt personnel, et les considérations d'intérêt public qui ont été citées en appui au test fondé sur les effets ne suffisent pas à transcender l'importance de l'intérêt public opposé dans l'exécution des contrats.

A purely effects-based test gives too little weight to freedom of contract, party autonomy, and the elbow-room which the common law traditionally accords for the aggressive pursuit of self-interest. It may also create significant uncertainty by introducing a vague standard which unduly restricts the scope of the anti-deprivation rule. By contrast, a subjective purpose test would place too little weight on Parliament's objective of maximizing global recovery for all creditors. The middle path — the objective *bona fide* commercial purpose test — is the best way to balance freedom of contract, the interests of third party creditors, and commercial certainty. Certainty in commercial affairs is typically better served by giving effect to contracts which were freely entered into, particularly when they serve commercial purposes and are not directed at an unlawful objective.

In addition, applying a *bona fide* commercial purpose test would not require a significantly more onerous analysis into the parties' intentions than that entailed by an effects-based test. Moreover, while debtors are not properly incentivized to protect their creditors' interests when dealing with third parties, creditors can access a full range of options to protect their rights: the oppression remedy, the directors' duty of care, the various anti-avoidance provisions in the *BIA* and in provincial statutes, as well as the ability of creditors to bargain for contractual protections. Parliament has also occupied much of the ground formerly covered by the common law such that there is a reduced need for a general anti-deprivation rule. Indeed, the many statutory protections already in place to safeguard the interests of creditors undermine any perceived policy need to expand the reach of the anti-deprivation rule. These provisions reflect Parliament's policy preference for upholding the validity of *bona fide* commercial arrangements, even when they have the effect of reducing the pool of assets available to a debtor's creditors in bankruptcy.

In the instant case, clause VII Q(d) furthers a *bona fide* commercial purpose. A general contractor's role is essentially to oversee and coordinate the construction of a project by various subcontractors according to a set schedule. It is evident that a subcontractor's bankruptcy during the construction of the project would require the general contractor to redirect significant administrative and management resources. The general contractor would also incur administrative and management costs from mitigating the fallout up and down the construction pyramid.

Un test fondé purement sur les effets accorde trop peu de poids à la liberté contractuelle, à l'autonomie des parties et à la liberté d'action traditionnellement conférée par la common law en vue de la poursuite agressive d'intérêts personnels. Il pourrait également entraîner une incertitude considérable, car on introduirait une norme vague qui restreindrait indûment la portée de la règle anti-privation. En revanche, un test subjectif fondé sur la finalité accorderait trop peu de poids à l'objectif du Parlement de maximiser le recouvrement global pour tous les créanciers. Un moyen terme, soit l'adoption d'un test objectif fondé sur la finalité commerciale véritable, est la meilleure solution pour respecter l'équilibre entre la liberté contractuelle, les intérêts des créanciers tiers et la certitude commerciale. La certitude dans les affaires commerciales est habituellement mieux servie en donnant effet aux contrats conclus librement, surtout lorsque les ententes en question poursuivent des fins commerciales et non un objectif illégal.

Par ailleurs, le fait d'appliquer un test fondé sur la finalité ou l'objectif commercial véritable n'exigerait pas une analyse considérablement plus détaillée des intentions des parties que celle associée au test fondé sur les effets. Qui plus est, même si les débiteurs ne sont pas motivés à protéger les intérêts de leurs créanciers lorsqu'ils traitent avec des tiers, un ensemble d'options s'offrent aux créanciers pour protéger leurs droits : le redressement en cas d'abus de droit, l'obligation de diligence des administrateurs, les diverses dispositions anti-évitement de la *LFI* et des lois provinciales ainsi que la capacité des créanciers de négocier des protections contractuelles. Le Parlement occupe en outre aujourd'hui une grande partie du terrain qui relevait autrefois de la common law, ce qui diminue la nécessité d'avoir une règle anti-privation générale. En effet, les nombreuses protections déjà prévues par les lois destinées à protéger les intérêts des créanciers remettent en question le besoin d'élargir la portée de la règle anti-privation. Ces dispositions reflètent une préférence du Parlement pour le maintien de la validité des transactions commerciales de bonne foi, même lorsque celles-ci ont pour effet de réduire l'ensemble de biens accessibles aux créanciers en cas de faillite.

En l'espèce, la clause VII Q(d) vise un objectif commercial véritable. Le rôle d'un entrepreneur général consiste essentiellement à superviser et à coordonner la construction d'un projet par différents sous-traitants conformément au calendrier fixé. Il est évident que la faillite d'un sous-traitant durant la construction du projet oblige l'entrepreneur général à réaffecter beaucoup de ressources administratives et de gestion. L'entrepreneur général a également à assumer des coûts administratifs et de gestion pour atténuer les répercussions dans toute la

Costly delays would ensue as well. Thus, a fee for the inconvenience of completing the work using alternate means is legitimate. Clause VII Q(d) does not demonstrate any intent on the part of Chandos or Capital Steel to avoid the operation on bankruptcy laws or to prejudice Capital Steel's creditors.

Cases Cited

By Rowe J.

Distinguished: *Coopérants, Mutual Life Insurance Society (Liquidator of) v. Dubois*, [1996] 1 S.C.R. 900; **referred to:** *Belmont Park Investments Pty. Ltd. v. BNY Corporate Trustee Services Ltd.*, [2011] UKSC 38, [2012] 1 A.C. 383; *A.N. Bail Co. v. Gingras*, [1982] 2 S.C.R. 475; *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Bramalea Inc.* (1995), 33 O.R. (3d) 692; *In Re Hoskins and Hawkey, Insolvents* (1877), 1 O.A.R. 379; *Re Wetmore*, [1924] 4 D.L.R. 66; *Westerman (Bankrupt), Re*, 1998 ABQB 946, 234 A.R. 371, rev'd 1999 ABQB 708, 275 A.R. 114; *Re Knechtel Furniture Ltd.* (1985), 56 C.B.R. (N.S.) 258; *Re Frechette* (1982), 138 D.L.R. (3d) 61; *Aircell Communications Inc. (Trustee of) v. Bell Mobility Cellular Inc.*, 2013 ONCA 95, 14 C.B.R. (6th) 276; *HGC v. IESO*, 2019 ONSC 259; *1183882 Alberta Ltd. v. Valin Industrial Mill Installations Ltd.*, 2012 ABCA 62, 522 A.R. 285; *Watson v. Mason* (1876), 22 Gr. 574; *Hobbs v. Ontario Loan and Debenture Company* (1890), 18 S.C.R. 483; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157; *Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co.*, 2016 SCC 19, [2016] 1 S.C.R. 306; *Royal Bank of Canada v. North American Life Assurance Co.*, [1996] 1 S.C.R. 325; *Alberta (Attorney General) v. Moloney*, 2015 SCC 51, [2015] 3 S.C.R. 327; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *Borland's Trustee v. Steel Brothers & Co., Limited*, [1901] 1 Ch. 279; *Holt v. Telford*, [1987] 2 S.C.R. 193.

By Côté J. (dissenting)

A.I. Enterprises Ltd. v. Bram Enterprises Ltd., 2014 SCC 12, [2014] 1 S.C.R. 177; *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, 2001 SCC 62, [2001] 2 S.C.R. 1082; *Belmont Park Investments Pty. Ltd. v. BNY Corporate Trustee Services Ltd.*, [2011] UKSC 38, [2012] 1 A.C.

pyramide de ceux qui participent à la construction. Cela entraîne en outre des retards coûteux. Par conséquent, il est légitime de prévoir des frais pour les dérangements qu'il subit lorsque les travaux sont achevés par d'autres moyens. La clause VII Q(d) ne démontre aucune intention de la part de Chandos ou de Capital Steel d'éviter l'application des lois en matière de faillite ou de nuire aux créanciers de Capital Steel.

Jurisprudence

Citée par le juge Rowe

Distinction d'avec l'arrêt : *Coopérants (Les), Société mutuelle d'assurance-vie (Liquidateur de) c. Dubois*, [1996] 1 R.C.S. 900; **arrêts mentionnés :** *Belmont Park Investments Pty. Ltd. c. BNY Corporate Trustee Services Ltd.*, [2011] UKSC 38, [2012] 1 A.C. 383; *A.N. Bail Co. c. Gingras*, [1982] 2 R.C.S. 475; *Canadian Imperial Bank of Commerce c. Bramalea Inc.* (1995), 33 O.R. (3d) 692; *In Re Hoskins and Hawkey, Insolvents* (1877), 1 O.A.R. 379; *Re Wetmore*, [1924] 4 D.L.R. 66; *Westerman (Bankrupt), Re*, 1998 ABQB 946, 234 A.R. 371, inf. par 1999 ABQB 708, 275 A.R. 114; *Re Knechtel Furniture Ltd.* (1985), 56 C.B.R. (N.S.) 258; *Re Frechette* (1982), 138 D.L.R. (3d) 61; *Aircell Communications Inc. (Trustee of) c. Bell Mobility Cellular Inc.*, 2013 ONCA 95, 14 C.B.R. (6th) 276; *HGC c. IESO*, 2019 ONSC 259; *1183882 Alberta Ltd. c. Valin Industrial Mill Installations Ltd.*, 2012 ABCA 62, 522 A.R. 285; *Watson c. Mason* (1876), 22 Gr. 574; *Hobbs c. Ontario Loan and Debenture Company* (1890), 18 R.C.S. 483; *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157; *Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 19, [2016] 1 R.C.S. 306; *Banque Royale du Canada c. Nord-Américaine, cie d'assurance-vie*, [1996] 1 R.C.S. 325; *Alberta (Procureur général) c. Moloney*, 2015 CSC 51, [2015] 3 R.C.S. 327; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *Borland's Trustee c. Steel Brothers & Co., Limited*, [1901] 1 Ch. 279; *Holt c. Telford*, [1987] 2 R.C.S. 193.

Citée par la juge Côté (dissidente)

A.I. Enterprises Ltd. c. Bram Enterprises Ltd., 2014 CSC 12, [2014] 1 R.C.S. 177; *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Entreprises Ludco Ltée c. Canada*, 2001 CSC 62, [2001] 2 R.C.S. 1082; *Belmont Park Investments Pty. Ltd. c. BNY Corporate Trustee Services Ltd.*, [2011] UKSC 38, [2012] 1 A.C.

383; *Hobbs v. Ontario Loan and Debenture Company* (1890), 18 S.C.R. 483; *Ex parte Voisey* (1882), 21 Ch. D. 442; *Ex parte Williams* (1877), 7 Ch. D. 138; *Coopérants, Mutual Life Insurance Society (Liquidator of) v. Dubois*, [1996] 1 S.C.R. 900; *A.N. Bail Co. v. Gingras*, [1982] 2 S.C.R. 475; *British Eagle International Airlines Ltd. v. Cie Nationale Air France*, [1975] 1 W.L.R. 758; *In Re Hoskins and Hawkey, Insolvents* (1877), 1 O.A.R. 379; *Murphy, a Bankrupt* (1803), 1 Ch. 44; *Watson v. Mason* (1876), 22 Gr. 574; *Re Frechette* (1982), 138 D.L.R. (3d) 61; *Borland's Trustee v. Steel Brothers & Co., Limited*, [1901] 1 Ch. 279; *Re Knechtel Furniture Ltd.* (1985), 56 C.B.R. (N.S.) 258; *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Bramalea Inc.* (1995), 33 O.R. (3d) 692; *Aircell Communications Inc. (Trustee of) v. Bell Mobility Cellular Inc.*, 2013 ONCA 95, 14 C.B.R. (6th) 276; *Westerman (Bankrupt), Re*, 1998 ABQB 946, 234 A.R. 371, rev'd 1999 ABQB 708, 275 A.R. 114; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 SCC 6, [2009] 1 S.C.R. 157; *Transport North American Express Inc. v. New Solutions Financial Corp.*, 2004 SCC 7, [2004] 1 S.C.R. 249; *Higinbotham v. Holme* (1812), 19 Ves. Jr. 88, 34 E.R. 451; *In re Stephenson*, [1897] 1 Q.B. 638; *Whitmore v. Mason* (1861), 2 J. & H. 204, 70 E.R. 1031; *Ex parte Mackay* (1873), L.R. 8 Ch. App. 643; *Elford v. Elford* (1922), 64 S.C.R. 125; *Campbell River Lumber Co. v. McKinnon* (1922), 64 S.C.R. 396; *Zimmermann v. Letkeman*, [1978] 1 S.C.R. 1097; *Giffen (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 91; *Lefebvre (Trustee of)*, 2004 SCC 63, [2004] 3 S.C.R. 326; *Flintoft v. Royal Bank of Canada*, [1964] S.C.R. 631; *Saulnier v. Royal Bank of Canada*, 2008 SCC 58, [2008] 3 S.C.R. 166; *Alberta (Attorney General) v. Moloney*, 2015 SCC 51, [2015] 3 S.C.R. 327; *St. John Shipping Corp. v. Joseph Rank Ltd.*, [1957] 1 Q.B. 267; *Still v. M.N.R.*, [1998] 1 F.C. 549; *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69; *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494; *In re Estate of Charles Millar, Deceased*, [1938] S.C.R. 1; *Fender v. St. John-Mildmay*, [1938] A.C. 1; *Lomas v. JFB Firth Rixson Inc.*, [2010] EWHC 3372 (Ch.), [2011] 2 B.C.L.C. 120, aff'd [2012] EWCA Civ. 419, [2012] 2 All E.R. (Comm.) 1076; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise*, 2004 SCC 68, [2004] 3 S.C.R. 461; *Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co.*, 2016 SCC 19, [2016] 1 S.C.R. 306; *Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23; *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12; *Douez v. Facebook, Inc.*, 2017 SCC 33, [2017] 1 S.C.R. 383; *Hobbs c. Ontario Loan and Debenture Company* (1890), 18 R.C.S. 483; *Ex parte Voisey* (1882), 21 Ch. D. 442; *Ex parte Williams* (1877), 7 Ch. D. 138; *Coopérants (Les), Société mutuelle d'assurance-vie (Liquidateur de) c. Dubois*, [1996] 1 R.C.S. 900; *A.N. Bail Co. c. Gingras*, [1982] 2 R.C.S. 475; *British Eagle International Airlines Ltd. c. Cie Nationale Air France*, [1975] 1 W.L.R. 758; *In Re Hoskins and Hawkey, Insolvents* (1877), 1 O.A.R. 379; *Murphy, a Bankrupt* (1803), 1 Ch. 44; *Watson c. Mason* (1876), 22 Gr. 574; *Re Frechette* (1982), 138 D.L.R. (3d) 61; *Borland's Trustee c. Steel Brothers & Co., Limited*, [1901] 1 Ch. 279; *Re Knechtel Furniture Ltd.* (1985), 56 C.B.R. (N.S.) 258; *Canadian Imperial Bank of Commerce c. Bramalea Inc.* (1995), 33 O.R. (3d) 692; *Aircell Communications Inc. (Trustee of) c. Bell Mobility Cellular Inc.*, 2013 ONCA 95, 14 C.B.R. (6th) 276; *Westerman (Bankrupt), Re*, 1998 ABQB 946, 234 A.R. 371, inf. par 1999 ABQB 708, 275 A.R. 114; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 CSC 6, [2009] 1 R.C.S. 157; *Transport North American Express Inc. c. New Solutions Financial Corp.*, 2004 CSC 7, [2004] 1 R.C.S. 249; *Higinbotham c. Holme* (1812), 19 Ves. Jr. 88, 34 E.R. 451; *In re Stephenson*, [1897] 1 Q.B. 638; *Whitmore c. Mason* (1861), 2 J. & H. 204, 70 E.R. 1031; *Ex parte Mackay* (1873), L.R. 8 Ch. App. 643; *Elford c. Elford* (1922), 64 R.C.S. 125; *Campbell River Lumber Co. c. McKinnon* (1922), 64 R.C.S. 396; *Zimmermann c. Letkeman*, [1978] 1 R.C.S. 1097; *Giffen (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 91; *Lefebvre (Syndic de)*, 2004 CSC 63, [2004] 3 R.C.S. 326; *Flintoft c. Royal Bank of Canada*, [1964] R.C.S. 631; *Saulnier c. Banque Royale du Canada*, 2008 CSC 58, [2008] 3 R.C.S. 166; *Alberta (Procureur général) c. Moloney*, 2015 CSC 51, [2015] 3 R.C.S. 327; *St. John Shipping Corp. c. Joseph Rank Ltd.*, [1957] 1 Q.B. 267; *Still c. M.R.N.*, [1998] 1 C.F. 549; *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69; *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494; *In re Estate of Charles Millar, Deceased*, [1938] R.C.S. 1; *Fender c. St. John-Mildmay*, [1938] A.C. 1; *Lomas c. JFB Firth Rixson Inc.*, [2010] EWHC 3372 (Ch.), [2011] 2 B.C.L.C. 120, conf. par [2012] EWCA Civ. 419, [2012] 2 All E.R. (Comm.) 1076; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, 2004 CSC 68, [2004] 3 R.C.S. 461; *Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 19, [2016] 1 R.C.S. 306; *Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23; *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12; *Douez c. Facebook, Inc.*, 2017 CSC 33, [2017] 1 R.C.S.

751; *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888.

Statutes and Regulations Cited

Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, s. 112.
Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 65.1, 66.34, 71, 84.2, 95(1), 96(1), 97(1), (3), 99(1), 141.
Canadian Business Corporations Act, R.S.C. 1985, c. C-44, s. 241.
Companies Act, 1948 (U.K.), 11 & 12 Geo. 6, c. 38, s. 302.
Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36.

Authors Cited

Canada. Senate. Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce. *Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act*. Ottawa, 2003.
 Goode, Roy. "Perpetual Trustee and Flip Clauses in Swap Transactions" (2011), 127 *Law Q. Rev.* 1.
 Grottenthaler, Margaret, and Elizabeth Pillon. "Financial Products and the Anti-Forfeiture Principle" (2012), 1 *J. Insolvency Inst. Can.* 139.
 Ho, Adrienne. "The Treatment of *Ipsa Facto* Clauses in Canada" (2015), 61 *McGill L.J.* 139.
 McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012.
 Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 7th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2017.
 Westeinde, John. "Construction is 'Risky Business'" (1988), 29 *C.L.R.* 119.
 Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2015.
 Wood, Roderick J. "Direct Payment Clauses and the Fraud Upon the Bankruptcy Law Principle: *Re Horizon Earthworks Ltd. (Bankrupt)*" (2014), 52 *Alta. L.R.* 171.
 Worthington, Sarah. "Good Faith, Flawed Assets and the Emasculation of the UK Anti-Deprivation Rule" (2012), 75 *Mod. L. Rev.* 112.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Rowbotham, Veldhuis and Wakeling JJ.A.), 2019 ABCA 32, 438 D.L.R. (4th) 195, 70 C.B.R. (6th) 1, 91 B.L.R. (5th) 1, [2019] A.J. No. 99 (QL), 2019 CarswellAlta 125 (WL Can.), setting aside a decision of Nielsen J., Alta. Q.B., Edmonton,

751; *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888.

Lois et règlements cités

Companies Act, 1948 (R.-U.), 11 & 12 Geo. 6, c. 38, art. 302.
Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. 1985, c. C-44, art. 241.
Loi sur la faillite, L.R.C. 1970, c. B-3, art. 112.
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 65.1, 66.34, 71, 84.2, 95(1), 96(1), 97(1), (3), 99(1), 141.
Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des banques et du commerce. *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, Ottawa, 2003.
 Goode, Roy. « Perpetual Trustee and Flip Clauses in Swap Transactions » (2011), 127 *Law. Q. Rev.* 1.
 Grottenthaler, Margaret, and Elizabeth Pillon. « Financial Products and the Anti-Forfeiture Principle » (2012), 1 *J. Insolvency Inst. Can.* 139.
 Ho, Adrienne. « The Treatment of *Ipsa Facto* Clauses in Canada » (2015), 61 *R.D. McGill* 139.
 McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2012.
 Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 7th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2017.
 Westeinde, John. « Construction is "Risky Business" » (1988), 29 *C.L.R.* 119.
 Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2015.
 Wood, Roderick J. « Direct Payment Clauses and the Fraud Upon the Bankruptcy Law Principle : *Re Horizon Earthworks Ltd. (Bankrupt)* » (2014), 52 *Alta. L.R.* 171.
 Worthington, Sarah. « Good Faith, Flawed Assets and the Emasculation of the UK Anti-Deprivation Rule » (2012), 75 *Mod. L. Rev.* 112.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Rowbotham, Veldhuis et Wakeling), 2019 ABCA 32, 438 D.L.R. (4th) 195, 70 C.B.R. (6th) 1, 91 B.L.R. (5th) 1, [2019] A.J. No. 99 (QL), 2019 CarswellAlta 125 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Nielsen, Cour

No. 24-2169632, March 17, 2017. Appeal dismissed, Côté J. dissenting.

Darren Bieganek, Q.C., and Ryan Quinlan, for the appellant.

Shauna N. Finlay and Victoria Merritt, for the respondent.

Zoe Oxaal, for the intervener the Attorney General of Canada.

Ashley Taylor and Sinziana R. Hennig, for the intervener the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals.

Sean F. Collins, Brandon Kain and Cassidy Thomson, for the intervener the Insolvency Institute of Canada.

The judgment of Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin and Kasirer JJ. was delivered by

[1] ROWE J. — This case concerns a common law rule (“anti-deprivation rule”) that operates to prevent contracts from frustrating statutory insolvency schemes. Chandos Construction Ltd. (“Chandos”) entered into a construction contract (“Subcontract”) with Capital Steel Inc. (“Capital Steel”). A provision of the Subcontract would award Chandos a sum of money in the event of Capital Steel’s bankruptcy, which later occurred. This case deals with whether that provision was invalid by virtue of the anti-deprivation rule.

[2] I conclude that it is, essentially for the reasons of the majority of the Court of Appeal of Alberta. Accordingly, the appeal is dismissed.

I. Facts

[3] Chandos, a general construction contractor, entered into the Subcontract with Capital Steel, a subcontractor. The value of the Subcontract

du Banc de la Reine d’Alberta, Edmonton, No. 24-2169632, 17 mars 2017. Pourvoi rejeté, la juge Côté est dissidente.

Darren Bieganek, c.r., et Ryan Quinlan, pour l’appelante.

Shauna N. Finlay et Victoria Merritt, pour l’intimée.

Zoe Oxaal, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Ashley Taylor et Sinziana R. Hennig, pour l’intervenante l’Association canadienne des professionnels de l’insolvabilité et de la réorganisation.

Sean F. Collins, Brandon Kain et Cassidy Thomson, pour l’intervenant l’Institut d’insolvabilité du Canada.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin et Kasirer rendu par

[1] LE JUGE ROWE — La présente cause porte sur une règle de common law (« règle anti-privation ») qui a pour effet d’empêcher de contourner les régimes législatifs d’insolvabilité par voie contractuelle. Chandos Construction Ltd. (« Chandos ») a conclu un contrat de construction (« contrat de sous-traitance ») avec Capital Steel Inc. (« Capital Steel »). Une stipulation du contrat de sous-traitance prévoit que Chandos recevrait une somme d’argent advenant la faillite de Capital Steel, ce qui est arrivé. Il s’agit pour la Cour de déterminer si cette stipulation est invalide en raison de la règle anti-privation.

[2] Je conclus que c’est le cas, essentiellement pour les motifs exprimés par les juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Alberta. Par conséquent, le pourvoi est rejeté.

I. Faits

[3] Chandos, un entrepreneur général en construction, a conclu un contrat de sous-traitance avec Capital Steel, un sous-traitant. La valeur de ce

was \$1,373,300.47. The provision at issue is in clause VII Q, one of the “Conditions” of the sub-contract:

Q Subcontractor Ceases Operation

In the event the Subcontractor commits any act of insolvency, bankruptcy, winding up or other distribution of assets, or permits a receiver of the Subcontractor’s business to be appointed, or ceases to carry on business or closes down its operations, then in any of such events:

(a) this Subcontract Agreement shall be suspended but may be reinstated and continued if the Contractor, the liquidator or Trustee of the Subcontractor and the surety, if any, so agree. If no agreement is reached, the Subcontractor shall be considered to be in default and the Contractor may give written notice of default to the Subcontractor and immediately proceed to complete the Work by other means as deemed appropriate by the Contractor, and

(b) any cost to the Contractor arising from the suspension of this Subcontract Agreement or the completion of the Work by the Contractor, plus a reasonable allowance for overhead and profit, will be payable by the Subcontractor and or his sureties, and

(c) the Contractor is entitled to withhold up to 20% of the within Subcontract Agreement price until such time as all warranty and or guarantee periods which are the responsibility of the Subcontractor have expired and,

(d) the Subcontractor shall forfeit 10% of the within Subcontract Agreement price to the Contractor as a fee for the inconvenience of completing the work using alternate means and/or for monitoring the work during the warranty period.

(A. R., at p. 157)

[4] This clause provides four consequences that follow from the insolvency, bankruptcy, or cease of business of Capital Steel. First, clause VII Q(a) provides that the Subcontract will be suspended and can only be continued if the Trustee in bankruptcy and

contrat de sous-traitance s’élevait à 1 373 300,47 \$. La stipulation en litige est la clause VII Q, l’une des « Conditions » du contrat de sous-traitance :

[TRADUCTION]

Q Cessation des activités du sous-traitant

Dans le cas où le sous-traitant devient insolvable, fait faillite, liquide ou distribue autrement ses actifs, permet la nomination d’un séquestre pour son entreprise, cesse d’exercer ses activités ou ferme ses chantiers :

(a) le présent contrat de sous-traitance est suspendu, mais peut être rétabli et maintenu si l’entrepreneur, le liquidateur ou le syndic de faillite du sous-traitant et la caution, le cas échéant, s’entendent. Si aucune entente n’est conclue, le sous-traitant est considéré comme ayant manqué à ses obligations et l’entrepreneur peut lui remettre un avis de défaut par écrit et procéder immédiatement à l’achèvement des travaux par d’autres moyens qu’il juge appropriés;

(b) tous les coûts engagés par l’entrepreneur découlant de la suspension du présent contrat de sous-traitance ou de l’achèvement des travaux par l’entrepreneur, plus une indemnisation raisonnable pour les frais généraux et le profit, sont payables par le sous-traitant et/ou ses cautions;

(c) l’entrepreneur peut retenir jusqu’à 20 % du prix du présent contrat de sous-traitance jusqu’à ce que toutes les garanties et/ou toutes les périodes de garantie qui relèvent de la responsabilité du sous-traitant soient expirées;

(d) le sous-traitant renonce à 10 % du prix du présent contrat de sous-traitance en faveur de l’entrepreneur à titre de frais pour les dérangements liés à l’achèvement des travaux par d’autres moyens et/ou pour la surveillance des travaux durant la période de garantie.

(d.a., p. 157)

[4] Cette stipulation prévoit quatre conséquences en cas d’insolvabilité, de faillite ou de cessation des activités de Capital Steel. Premièrement, la clause VII Q(a) prévoit que le contrat de sous-traitance est suspendu et ne peut être rétabli que

Chandos agree. Second, clause VII Q(b) provides that Capital Steel will pay Chandos “any cost . . . arising from the suspension” of the Subcontract or from Chandos having to complete the work, plus a “reasonable allowance for overhead and profit”. Third, clause VII Q(c) allows Chandos to withhold certain funds from Capital Steel until the warranty and guarantee periods run out. Fourth, clause VII Q(d) provides that Capital Steel will pay Chandos 10 percent of the Subcontract price “as a fee for the inconvenience . . . and/or for monitoring the work”.

[5] When Capital Steel filed an assignment in bankruptcy prior to completing its Subcontract with Chandos, Deloitte Restructuring Inc. was appointed as its Trustee in bankruptcy. At the time, Chandos owed Capital Steel \$149,618.39 under the Subcontract. Chandos argued that it was entitled to set off \$22,800 — the costs it had incurred to complete Capital Steel’s work — such that it would owe Capital Steel only \$126,818.39 (\$149,618.39 less \$22,800). In so arguing, Chandos did not have to rely on clause VII Q as it could rely on the ordinary common law rules relating to damages for breach of contract and the law of set-off, which persists in bankruptcy under s. 97(3) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“BIA”).

[6] Chandos argued that it was also entitled to set off the amount triggered by the bankruptcy according to clause VII Q(d), under which Capital Steel forfeits 10 percent of the Subcontract price in the event of insolvency. The Subcontract price was \$1,373,300.47, so, by its terms, clause VII Q(d) created a debt owed by Capital Steel to Chandos of \$137,330.05. If clause VII Q(d) applied, it would mean Chandos had a \$10,511.66 claim provable in bankruptcy proceedings rather than a debt to Capital Steel of \$126,818.39.

si le syndic de faillite et Chandos s’entendent. Deuxièmement, la clause VII Q(b) prévoit que Capital Steel doit payer à Chandos [TRADUCTION] « tous les coûts [. . .] découlant de la suspension » du contrat de sous-traitance ou de l’achèvement des travaux par Chandos, plus une « indemnisation raisonnable pour les frais généraux et le profit ». Troisièmement, la clause VII Q(c) permet à Chandos de retenir certains fonds destinés à Capital Steel jusqu’à l’expiration de la garantie ou des périodes de garantie. Quatrièmement, la clause VII Q(d) prévoit que Capital Steel doit payer à Chandos 10 p. 100 du prix du contrat de sous-traitance à titre de « frais pour les dérangements [. . .] et/ou pour la surveillance des travaux ».

[5] Lorsque Capital Steel a procédé à une cession de ses biens avant de terminer son contrat de sous-traitance avec Chandos, Restructuration Deloitte Inc. a été nommée syndic de la faillite. À ce moment-là, Chandos devait une somme de 149 618,39 \$ à Capital Steel en application du contrat de sous-traitance. Chandos a soutenu qu’elle avait le droit de déduire la somme de 22 800 \$ — soit les coûts qu’elle avait engagés pour terminer les travaux commencés par Capital Steel —, de sorte qu’elle ne devait plus à celle-ci que 126 818,39 \$ (149 618,39 \$ moins 22 800 \$). Pour faire valoir cet argument, Chandos n’avait pas besoin de recourir à la clause VII Q puisqu’elle pouvait simplement invoquer les règles ordinaires de common law relatives aux dommages-intérêts pour rupture de contrat et à la compensation, qui s’appliquent en matière de faillite aux termes du par. 97(3) de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3 (« LFI »).

[6] Chandos a fait valoir qu’elle avait également le droit de déduire le montant qui lui était dû en cas de faillite suivant la clause VII Q(d), qui prévoit que Capital Steel doit renoncer à 10 p. 100 du prix du contrat de sous-traitance en cas d’insolvabilité. Le prix du contrat de sous-traitance étant de 1 373 300,47 \$, la clause VII Q(d) crée une dette de 137 330,05 \$ payable par Capital Steel à Chandos. Si la clause VII Q(d) s’applique, cela veut dire que Chandos a une réclamation prouvable de 10 511,66 \$ dans le cadre de la faillite plutôt qu’une dette de 126 818,39 \$ envers Capital Steel.

[7] Faced with these arguments, the Trustee applied for advice and directions from the Court of Queen’s Bench as to whether clause VII Q(d) was valid.

II. Judgments Below

[8] The application judge found the provision to be valid (Alta. Q.B., Edmonton, No. 24-2169632, March 17, 2017). He concluded that, so long as the provision was not an attempt to avoid the effect of bankruptcy laws, the anti-deprivation rule does not prevent contracting parties from agreeing that upon the insolvency of one party, the other party can make a liquidated damages claim. He found that, in this case, Chandos had not attempted to avoid the effect of bankruptcy laws. He also found that the provision was a (valid) liquidated damages clause, not an (invalid) penalty clause.

[9] On appeal, the majority of the Court of Appeal reversed the decision, finding the provision invalid (2019 ABCA 32, 438 D.L.R. (4th) 195).

[10] As Rowbotham J.A., for the majority, explained, whether a provision is a liquidated damages clause or a penalty clause is a separate and distinct analysis from whether the provision violates the anti-deprivation rule. A provision can be invalid if it violates either the anti-deprivation rule or the penalty clause rule.

[11] Justice Rowbotham’s reasons proceeded in three stages. First, she identified the long history of the anti-deprivation rule in Canadian jurisprudence. Second, she found that the rule has not been eliminated by either subsequent decisions or by statutory amendments. Finally, she determined that the content of the rule should remain as articulated in the Canadian jurisprudence rather than adopt the approach taken by the United Kingdom Supreme Court in *Belmont Park Investments Pty. Ltd. v. BNY Corporate Trustee Services Ltd.*, [2011] UKSC 38,

[7] Face à ces arguments, le syndic a demandé des conseils et des directives à la Cour du Banc de la Reine quant à la validité de la clause VII Q(d).

II. Jugements des juridictions d’instances inférieures

[8] Le juge de première instance a conclu que la stipulation est valide (B.R. Alb., Edmonton, n° 24-2169632, 17 mars 2017). Selon lui, tant que celle-ci ne vise pas à éviter l’effet des lois en matière de faillite, la règle anti-privation n’empêche pas les parties contractantes de convenir que, en cas d’insolvabilité de l’une d’entre elles, l’autre peut réclamer des dommages-intérêts liquidés. À son avis, en l’espèce, Chandos n’avait pas tenté d’éviter l’effet des lois en matière de faillite, et la stipulation était une clause de dommages-intérêts liquidés (valide) et non une clause pénale (invalide).

[9] En appel, ayant conclu que la stipulation était invalide, les juges majoritaires de la Cour d’appel ont infirmé la décision (2019 ABCA 32, 438 D.L.R. (4th) 195).

[10] La juge Rowbotham, écrivant au nom des juges majoritaires, a expliqué que la question de savoir si une stipulation est une clause établissant des dommages-intérêts liquidés ou une clause pénale commande une analyse distincte de celle visant à savoir si la stipulation viole la règle anti-privation. Une stipulation peut être invalide si elle viole la règle anti-privation ou si il s’agit d’une clause pénale inexécutoire.

[11] Dans ses motifs, la juge Rowbotham a procédé en trois étapes. D’abord, elle a fait l’historique de l’existence de longue date de la règle anti-privation dans la jurisprudence canadienne. Ensuite, elle a conclu que la règle n’a été éliminée ni par des décisions subséquentes ni par des modifications législatives. Enfin, elle a jugé que le contenu de la règle doit rester tel qu’il est énoncé dans la jurisprudence canadienne, et qu’on doit s’abstenir d’adopter l’approche utilisée par la Cour suprême du Royaume-Uni dans l’arrêt *Belmont Park Investments Pty. Ltd. c. BNY*

[2012] 1 A.C. 383 (“*Belmont Park*”, earlier know as “*Perpetual Trustee*”).

[12] As Rowbotham J.A. explained, the common law has two distinct rules that both invalidate contracts that affect the distribution of proceeds in bankruptcy, although they had earlier been combined under the moniker of a “fraud upon the bankruptcy law”. The rules do not stand on their own, but rather exist to give effect to an implicit prohibition in bankruptcy legislation. First, the *pari passu* rule forbids contractual provisions that would allow certain creditors to receive more than their fair share. It does not matter whether the provision is triggered by insolvency or bankruptcy, so long as it would alter the scheme of distribution after proceedings begin. Second, the anti-deprivation rule prevents parties from agreeing to remove property from a bankrupt’s estate that would otherwise have vested in the trustee. It invalidates provisions that are “engaged by a debtor’s insolvency and remove value from the debtor’s estate to the prejudice of creditors” (para. 32). Put another way, although both rules concern creditors receiving an appropriately-sized slice of the proverbial pie, the anti-deprivation rule relates to the size of the pie and the *pari passu* rule relates to the slicing of the pie, whatever size it may be (see R. Goode, “Perpetual Trustee and Flip Clauses in Swap Transactions” (2011), 127 *Law. Q. Rev.* 1, at p. 4).

[13] Justice Rowbotham concluded that both rules have been applied in Canadian jurisprudence. She cited *A.N. Bail Co. v. Gingras*, [1982] 2 S.C.R. 475, at para. 23, as an application of the *pari passu* rule, and the following cases as examples of the application of the anti-deprivation rule: *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Bramalea Inc.* (1995), 33 O.R. (3d) 692 (C.J. (Gen. Div.)) (“*Bramalea*”); *In Re Hoskins and Hawkey, Insolvents* (1877), 1 O.A.R. 379 (C.A.); *Re Wetmore*, [1924] 4 D.L.R. 66 (N.B.S.C. (App. Div.)); *Westerman (Bankrupt), Re*, 1998 ABQB 946, 234 A.R. 371, rev’d on other grounds 1999 ABQB 708, 275 A.R. 114; *Re Knechtel Furniture Ltd.* (1985), 56 C.B.R. (N.S.) 258 (Ont.

Corporate Trustee Services Ltd., [2011] UKSC 38, [2012] 1 A.C. 383 (« *Belmont Park* », autrefois connu sous le nom « *Perpetual Trustee* »).

[12] Comme la juge Rowbotham l’a expliqué, il existe en common law deux règles distinctes qui invalident chacune les contrats touchant la distribution de l’actif en cas de faillite, même si on parlait autrefois dans les deux cas du « principe de fraude contre les lois en matière de faillite ». Ces règles ne sont pas autonomes; elles existent plutôt pour donner effet à une interdiction implicite dans les lois en matière de faillite. Premièrement, la règle du *pari passu* interdit les stipulations qui permettent à certains créanciers de recevoir plus que leur juste part. Il n’importe pas que l’application de la stipulation soit déclenchée par une insolvabilité ou une faillite, tant qu’elle modifie le plan de distribution après le début des procédures. Deuxièmement, la règle anti-privation empêche des parties de s’entendre pour retirer de l’actif d’un failli certains biens qui auraient autrement été dévolus au syndic. Elle invalide les stipulations dont l’application [TRADUCTION] « est déclenchée par l’insolvabilité d’un débiteur et qui réduisent la valeur de son actif au détriment des créanciers » (par. 32). Autrement dit, même si les deux règles concernent l’obtention par les créanciers d’une part adéquate du gâteau, la règle anti-privation porte sur la taille du gâteau tandis que la règle du *pari passu* porte sur la répartition de celui-ci, peu importe sa taille (voir R. Goode, « Perpetual Trustee and Flip Clauses in Swap Transactions » (2011), 127 *Law. Q. Rev.* 1, p. 4).

[13] La juge Rowbotham a conclu que les deux règles ont été appliquées dans la jurisprudence canadienne. Elle a cité l’arrêt *A.N. Bail Co. c. Gingras*, [1982] 2 R.C.S. 475, par. 23, à titre d’application de la règle du *pari passu*, et les décisions suivantes à titre d’exemples d’application de la règle anti-privation : *Canadian Imperial Bank of Commerce c. Bramalea Inc.* (1995), 33 O.R. (3d) 692 (C.J. (Div. gén.)) (« *Bramalea* »); *In Re Hoskins and Hawkey, Insolvents* (1877), 1 O.A.R. 379 (C.A.); *Re Wetmore*, [1924] 4 D.L.R. 66 (C.S.N.-B. (Div. app.)); *Westerman (Bankrupt), Re*, 1998 ABQB 946, 234 A.R. 371, inf. pour d’autres motifs 1999 ABQB 708, 275 A.R. 114; *Re Knechtel Furniture*

S.C.); *Re Frechette* (1982), 138 D.L.R. (3d) 61 (Que. Sup. Ct.); *Aircell Communications Inc. (Trustee of) v. Bell Mobility Cellular Inc.*, 2013 ONCA 95, 14 C.B.R. (6th) 276, at paras. 10-12; *HGC v. IESO*, 2019 ONSC 259, at para. 100 (CanLII); *1183882 Alberta Ltd. v. Valin Industrial Mill Installations Ltd.*, 2012 ABCA 62, 522 A.R. 285, per McDonald J.A., dissenting.

[14] Justice Rowbotham identified no cases where the anti-deprivation rule had been eliminated. She considered *Coopérants, Mutual Life Insurance Society (Liquidator of) v. Dubois*, [1996] 1 S.C.R. 900 (“*Coopérants*”), because, even though it involved a contractual provision triggered by liquidation, this Court did not discuss the anti-deprivation rule. She noted, however, that there was no evidence the provision at issue prejudiced creditors, so the anti-deprivation rule would not have been engaged.

[15] Justice Rowbotham also found that no statutory changes had eliminated the anti-deprivation rule, either explicitly or by negative implication, as when Parliament occupies the field. The only changes that might arguably be relevant were to the *BIA*. They, however, addressed a different problem than that addressed by the anti-deprivation rule: whereas the anti-deprivation rule protects creditors, the changes in question protect debtors.

[16] One such change came when Parliament enacted ss. 65.1 and 66.34 of the *BIA*. These sections invalidate contractual provisions triggered by insolvency in both commercial and consumer restructurings. Parliament’s focus was on ensuring that debtors have time necessary to restructure their affairs. There was no suggestion that these sections were meant to affect the anti-deprivation rule, which is aimed at protecting the interest of creditors.

[17] Similarly, when Parliament enacted s. 84.2 of the *BIA*, it intended to protect consumer debtors

Ltd. (1985), 56 C.B.R. (N.S.) 258 (C.S. Ont.); *Re Frechette* (1982), 138 D.L.R. (3d) 61 (C.S. Qc); *Aircell Communications Inc. (Trustee of) c. Bell Mobility Cellular Inc.*, 2013 ONCA 95, 14 C.B.R. (6th) 276, par. 10-12; *HGC c. IESO*, 2019 ONSC 259, par. 100 (CanLII); *1183882 Alberta Ltd. c. Valin Industrial Mill Installations Ltd.*, 2012 ABCA 62, 522 A.R. 285, le juge McDonald, dissident.

[14] La juge Rowbotham n’a trouvé aucune affaire dans laquelle la règle anti-privation a été éliminée. Elle a examiné l’arrêt *Coopérants (Les), Société mutuelle d’assurance-vie (Liquidateur de) c. Dubois*, [1996] 1 R.C.S. 900 (« *Coopérants* »), parce que, même s’il porte sur une stipulation dont l’application a été déclenchée par une liquidation, la Cour n’y a pas traité de la règle anti-privation. Cela dit, elle a noté que rien n’indiquait que la stipulation en cause avait porté préjudice aux créanciers, de sorte que la règle anti-privation ne se serait pas appliquée.

[15] La juge Rowbotham a également conclu qu’aucune modification législative n’a éliminé la règle anti-privation, ni explicitement ni implicitement, comme c’est le cas lorsque le Parlement occupe le terrain quant à une question. Les seules modifications qui pourraient être pertinentes sont celles apportées à la *LFI*. Or, elles concernent un problème différent de celui visé par la règle anti-privation : en effet, alors que cette dernière protège les créanciers, les modifications en question protègent les débiteurs.

[16] Une de ces modifications a été apportée lorsque le Parlement a adopté les art. 65.1 et 66.34 de la *LFI*. Ces dispositions invalident les stipulations dont l’application est déclenchée par une insolvabilité dans le contexte de la restructuration d’un débiteur commercial ou d’un débiteur consommateur. Le Parlement visait principalement à garantir que les débiteurs disposaient du temps nécessaire pour restructurer leurs affaires. Rien n’indique que ces dispositions législatives visaient à modifier la règle anti-privation, qui a pour but de protéger les intérêts des créanciers.

[17] De même, lorsque le Parlement a adopté l’art. 84.2 de la *LFI*, il souhaitait protéger les débiteurs

from the deleterious consequences of provisions that trigger upon bankruptcy, not to protect one creditor from a debtor's contract with another creditor.

[18] Justice Rowbotham concluded that in none of these instances did Parliament intend to occupy the field and eliminate the anti-deprivation.

[19] Next, Rowbotham J.A. considered whether to follow the U.K. Supreme Court's approach to the anti-deprivation rule in *Belmont*. In *Belmont*, the U.K. Supreme Court concluded that the anti-deprivation rule does not apply to "bona fide commercial transactions which do not have as their predominant purpose, or one of their main purposes, the deprivation of the property of one of the parties on bankruptcy" (para. 104).

[20] Justice Rowbotham declined to follow *Belmont*. She noted that this purpose-based test was contrary to the effects-based test applied by Canadian courts, and that this new test had been criticized by British legal scholars as defeating the purpose of the anti-deprivation rule. She further noted that a party who might become insolvent has no incentive to resist a clause that directs property out of its estate upon insolvency, since, upon that event, the insolvent party will no longer have an interest in that property.

[21] Finally, Rowbotham J.A. applied the common law anti-deprivation rule to clause VII Q(d). She determined that this clause triggered upon insolvency and that giving effect to it would remove value from the debtor's estate to the prejudice of creditors. The clause was therefore invalid.

[22] Justice Wakeling dissented. In his view, the anti-deprivation rule has never existed in Canadian common law or, if it did, it ceased to exist after amendments to the *BIA* and the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, in 2009. Even if it did exist, he would have adopted the

consommateurs contre les conséquences néfastes des stipulations dont l'application est déclenchée par une faillite et non à protéger des créanciers des effets d'un contrat entre le débiteur et un autre créancier.

[18] La juge Rowbotham a conclu que dans aucun de ces cas le Parlement n'a eu l'intention d'occuper le terrain relatif à la question en cause et d'éliminer la règle anti-privation.

[19] Ensuite, la juge Rowbotham a examiné s'il y avait lieu de suivre l'approche adoptée par la Cour suprême du Royaume-Uni relativement à la règle anti-privation dans l'arrêt *Belmont*. Dans cet arrêt, la Cour suprême du Royaume-Uni a conclu que la règle ne s'applique pas aux [TRADUCTION] « opérations commerciales de bonne foi dont l'objectif prédominant ou l'un des objectifs principaux n'est pas de priver certains acteurs concernés des biens d'une des parties en cas de faillite » (par. 104).

[20] La juge Rowbotham a refusé de suivre l'arrêt *Belmont*. Elle a mentionné que le test fondé sur l'objet du contrat était contraire à celui fondé sur les effets appliqué par les tribunaux canadiens et que ce nouveau test avait été critiqué par des juristes britanniques, qui estiment qu'il contrecarre l'objet de la règle anti-privation. La juge Rowbotham a ajouté qu'une partie susceptible de devenir insolvable n'a pas d'intérêt à s'opposer à une clause qui réduit la valeur de son actif en cas d'insolvabilité, car, dans une telle situation, la partie insolvable n'a plus d'intérêt à l'égard de cet actif.

[21] Enfin, la juge Rowbotham a appliqué la règle anti-privation de common law à la clause VII Q(d). Elle a déterminé que l'application de cette clause est déclenchée en cas d'insolvabilité et que, en lui donnant effet, on réduit la valeur de l'actif du débiteur au détriment des créanciers. À son avis, la clause est donc invalide.

[22] Le juge Wakeling a rédigé des motifs dissidents. À son avis, la règle anti-privation n'a jamais existé dans la common law canadienne ou, subsidiairement, elle a cessé d'exister après les modifications apportées à la *LFI* et à la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985,

purpose-based test from *Belmont*. These conclusions were advanced by Chandos before this court. Justice Wakeling also would have reformulated the penalty rule. Given my conclusions as to the anti-deprivation rule, I do not address the penalty rule.

III. Issues on appeal

[23] On appeal before us, Chandos alleges the majority at the Court of Appeal made five errors, by:

- (a) emphasizing bankruptcy law over contract law;
- (b) failing to abandon the classic penalty rule of contract law;
- (c) finding an anti-deprivation rule exists at common law;
- (d) applying an effects-based anti-deprivation rule; and
- (e) failing to consider the effect of set off.

[24] The first issue is readily dealt with: contract law and bankruptcy law work together, in this instance through the operation of the anti-deprivation rule. The second issue can also be disposed of summarily: if the provision is invalid for one reason (the anti-deprivation rule in bankruptcy law), it does not matter whether it is or is not invalid for another (the penalty rule in contract law). I will discuss the other issues below.

IV. The Existence of the Common Law Anti-Deprivation Rule

[25] As to the existence of the anti-deprivation rule, I see no error in Rowbotham J.A.'s consideration of this issue, in that the rule has existed in Canadian common law and has not been eliminated by either this Court or Parliament.

[26] Justice Rowbotham correctly found that there has been support for the anti-deprivation rule in the

c. C-36, en 2009. Même si la règle existait, il aurait adopté le test fondé sur l'objet établi dans l'arrêt *Belmont*. Chandos a repris ses conclusions devant la Cour. Le juge Wakeling aurait reformulé aussi la règle relative à la clause pénale. Étant donné mes conclusions concernant la règle anti-privation, je n'aborderai pas la règle relative à la clause pénale.

III. Questions en litige

[23] Dans le pourvoi dont nous sommes saisis, Chandos allègue que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis cinq erreurs :

- a) ils ont mis l'accent sur le droit de la faillite plutôt que sur le droit contractuel;
- b) ils n'ont pas abandonné la règle classique relative à la pénalité du droit contractuel;
- c) ils ont conclu que la règle anti-privation existe en common law;
- d) ils ont appliqué une règle anti-privation fondée sur les effets;
- e) ils n'ont pas examiné l'effet de la compensation.

[24] La première question se tranche facilement : le droit contractuel et le droit de la faillite s'appliquent conjointement, en l'occurrence par l'application de la règle anti-privation. On peut également répondre à la deuxième question sommairement : si la stipulation est invalide pour une raison (la règle anti-privation en droit de la faillite), il importe peu de savoir si elle est invalide pour d'autres raisons (la règle relative à la clause pénale en droit contractuel). J'examinerai les autres questions ci-après.

IV. L'existence de la règle anti-privation en common law

[25] Je ne vois pas d'erreur dans la façon dont la juge Rowbotham a examiné la question de l'existence de la règle anti-privation, puisque cette règle existe dans la common law canadienne et n'a été éliminée, ni par la Cour, ni par le Parlement.

[26] La juge Rowbotham a conclu à bon droit que les décisions qu'elle a citées appuyaient la règle

decisions to which she referred; I would add *Watson v. Mason* (1876), 22 Gr. 574 (U.C. Ch.), and *Hobbs v. Ontario Loan and Debenture Company* (1890), 18 S.C.R. 483, at p. 502, per Strong J., even if *Hobbs* is from a period in Canadian history where no federal bankruptcy legislation existed (R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2nd ed. 2015), at pp. 33-35).

[27] No decision of this Court has eliminated the anti-deprivation rule. *Coopérants*, as Rowbotham J.A. stated, was not an anti-deprivation case as there was no deprivation (*Coopérants*, at paras. 43-44).

[28] Nor has Parliament eliminated the anti-deprivation rule. As Rowbotham J.A. observed, Parliament did not implement ss. 65.1, 66.34, or 84.2 of the *BIA* so as to eliminate the anti-deprivation rule: the anti-deprivation rule protects third party creditors, whereas Parliament's changes were directed toward protecting debtors (see *Bill C-22: Clause by clause Analysis*, cl. 87, s. 65.1 and cl. 89, s. 66.34, reproduced in the Attorney General of Canada's book of authorities, at Tab 4; Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce, *Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act* (2003), at pp. 74-75). This goal of protecting the debtor is relevant only where the debtor persists after the proceedings conclude. It is common for the debtor to persist after a restructuring or after the bankruptcy of a natural person. It is uncommon for the debtor to persist after a corporate bankruptcy as, typically, no assets remain for the corporation after all creditors are paid.

[29] Moreover, as the intervenor Attorney General of Canada submitted, Parliament's actions are better understood as gradually codifying limited parts of the common law rather than seeking to oust all related common law. As this Court has repeatedly observed, Parliament is presumed to intend not to change the existing common law unless it does so clearly and unambiguously (*Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U.*,

anti-privation. J'ajouterais les décisions *Watson v. Mason* (1876), 22 Gr. 574 (U.C. Ch.), et *Hobbs v. Ontario Loan and Debenture Company* (1890), 18 R.C.S. 483, p. 502, le juge Strong, même si cette dernière date d'une période de l'histoire canadienne où il n'existait aucune loi fédérale en matière de faillite (R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2^e éd. 2015), p. 33-35).

[27] Aucune décision de notre Cour n'a éliminé la règle anti-privation. L'arrêt *Coopérants*, comme la juge Rowbotham l'a indiqué, n'était pas une affaire portant sur la règle anti-privation, car il n'y avait eu aucune privation (*Coopérants*, par. 43-44).

[28] Le Parlement n'a pas non plus éliminé la règle anti-privation. Comme la juge Rowbotham l'a observé, le Parlement n'a pas mis en œuvre les art. 65.1, 66.34 ou 84.2 de la *LFI* afin d'éliminer la règle anti-privation : en effet, cette règle protège les tiers créanciers, tandis que les modifications apportées par le Parlement visent à protéger les débiteurs (voir la *Bill C-22: Clause by clause Analysis*, cl. 87, art. 65.1 et cl. 89, art. 66.34, reproduite dans le recueil de sources du procureur général du Canada, onglet 4; Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (2003), p. 74-75). Cet objectif de protection des débiteurs n'est pertinent que lorsqu'il existe encore un débiteur après la fin de la procédure. Cela est fréquent dans les situations de restructuration et après la faillite d'un particulier, mais toutefois rare dans les situations de faillite d'une société, puisque, typiquement, il ne reste plus d'actifs de la société une fois que tous les créanciers ont été payés.

[29] De plus, comme l'intervenant le procureur général du Canada l'a fait valoir, les interventions du Parlement doivent être considérées comme codifiant graduellement certains aspects de la common law, plutôt que comme cherchant à écarter tous les principes de common law connexes. Comme la Cour l'a noté à maintes reprises, il est présumé que le législateur n'a pas l'intention de modifier la common law existante à moins qu'il ne l'exprime clairement et

Local 324, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157, at para. 39; *Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co.*, 2016 SCC 19, [2016] 1 S.C.R. 306, at paras. 29-30).

[30] Indeed, the most relevant statutory provision in the *BIA* is not s. 65.1, s. 66.34, or s. 84.2, but rather s. 71. As this Court recognized in *Royal Bank of Canada v. North American Life Assurance Co.*, [1996] 1 S.C.R. 325, s. 71 provides that the property of a bankrupt “passes to and vests in the trustee” (para. 44). This helps maximize the “global recovery for all creditors” in accordance with the priorities set out in the *BIA* (*Alberta (Attorney General) v. Moloney*, 2015 SCC 51, [2015] 3 S.C.R. 327, at para. 33; see also *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, at paras. 7-9). The anti-deprivation rule renders void contractual provisions that would prevent property from passing to the trustee and thus frustrate s. 71 and the scheme of the *BIA*. This maximizes the assets that are available for the trustee to pass to creditors.

V. The Content of the Anti-Deprivation Rule

[31] As *Bramalea* described, the anti-deprivation rule renders void contractual provisions that, upon insolvency, remove value that would otherwise have been available to an insolvent person’s creditors from their reach. This test has two parts: first, the relevant clause must be triggered by an event of insolvency or bankruptcy; and second, the effect of the clause must be to remove value from the insolvent’s estate. This has been rightly called an effects-based test.

[32] Chandos submits that this Court should change the anti-deprivation rule to follow *Belmont* and adopt a purpose-based test. As noted above, *Belmont* held that the English anti-deprivation rule does not invalidate provisions of “bona fide commercial transactions which do not have as their predominant purpose, or one of their main purposes,

sans ambiguïté (*Parry Sound (district), Conseil d’administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157, par. 39; *Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 19, [2016] 1 R.C.S. 306, par. 29-30).

[30] Effectivement, la disposition la plus pertinente de la *LFI* n’est pas l’art. 65.1, l’art. 66.34 ou l’art. 84.2, mais plutôt l’art. 71. Comme la Cour l’a reconnu dans l’arrêt *Banque Royale du Canada c. Nord-Américaine, cie d’assurance-vie*, [1996] 1 R.C.S. 325, cette disposition prévoit que les biens du failli « passent et sont dévolus au syndic » (par. 44). Cela contribue à maximiser le « recouvrement global pour tous les créanciers », en conformité avec les priorités énoncées dans la *LFI* (*Alberta (Procureur général) c. Moloney*, 2015 CSC 51, [2015] 3 R.C.S. 327, par. 33; voir aussi *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, par. 7-9). La règle anti-privation rend nulles les stipulations qui empêchent de faire passer des biens au syndic et qui contrecarrent ainsi l’objectif de l’art. 71 et le régime de la *LFI*. Cela permet de maximiser la valeur des actifs que le syndic peut remettre aux créanciers.

V. Le contenu de la règle anti-privation

[31] Comme le décrit la décision *Bramalea*, la règle anti-privation rend nulle les stipulations qui, en cas d’insolvabilité, réduisent la valeur des actifs à laquelle les créanciers de la personne insolvable aurait autrement accès. Ce test comporte deux volets : premièrement, l’application de la clause pertinente doit être déclenchée par une insolvabilité ou une faillite; et, deuxièmement, la clause doit avoir pour effet de réduire la valeur de l’actif de la personne insolvable. C’est ce qu’on appelle à juste titre un test fondé sur les effets.

[32] Chandos soutient que la Cour devrait modifier la règle anti-privation afin de suivre l’arrêt *Belmont* et adopter un test fondé sur l’objet. Comme je l’ai mentionné, dans l’arrêt *Belmont*, il a été conclu que la règle anti-privation anglaise n’invalide pas les stipulations des « opérations commerciales de bonne foi dont l’objectif prédominant ou l’un des

the deprivation of the property of one of the parties on bankruptcy”. Chandos says we should follow this reasoning because upholding *bona fide* commercial agreements would strike the best balance of public policy considerations and contribute to commercial certainty. It also submits that the side-effects of such a rule would not be so deleterious, as unsecured creditors tend to receive little in bankruptcy; as well, courts would be able to tell who had inserted provisions that remove value from the debtor’s estate for *bona fide* commercial reasons. None of these reasons holds water.

[33] The goal of public policy, in this instance, is not decided by the common law; rather, that policy has been established in the legislation. What is left to the common law is the choice of means that best gives effect to the statutory scheme adopted by Parliament. Thus, once a court ascertains that Parliament intended, by virtue of s. 71, that all of the bankrupt’s property is to be collected in the trustee, it is not for the court to substitute a competing goal that would give rise to a different result. In this, I agree with Professor Worthington that “[a]ny avoidance, whether intentional or inevitable, is surely a fraud on the statute” (“Good Faith, Flawed Assets and the Emasculation of the UK Anti-Deprivation Rule” (2012), 75 *Mod. L. Rev.* 112, at p. 121).

[34] In addition, I would disagree that adopting a purpose-based test would create commercial certainty. To the contrary, applying such a test would require courts to determine the intention of contracting parties long after the fact and it would detract from the efficient administration of corporate bankruptcies. Parties cannot know at the time of contracting whether a court, possibly years later, will find their contract had been entered into for *bona fide* commercial reasons. This will give rise to uncertainty at the time of contracting.

objectifs principaux n’est pas de priver certains acteurs concernés des biens d’une des parties en cas de faillite ». Selon Chandos, nous devrions suivre ce raisonnement, car c’est le maintien des ententes commerciales conclues de bonne foi qui permettrait le mieux d’établir le juste équilibre entre les considérations d’intérêt public et de contribuer à la stabilité commerciale. Elle soutient également que les effets secondaires d’une telle règle ne seraient pas si néfastes, car les créanciers non garantis ont tendance à recevoir peu dans les cas de faillite; en outre, les tribunaux seraient en mesure de déterminer qui a convenu d’une stipulation réduisant la valeur des actifs du débiteur de bonne foi pour des motifs commerciaux véritables. Aucun de ces arguments ne tient la route.

[33] L’objectif d’intérêt public en l’espèce n’est pas établi par la common law. Il a plutôt été établi par les lois. Dans ce contexte, le rôle de la common law se limite à choisir le moyen qui permet le mieux de mettre en œuvre le régime législatif adopté par le législateur. Par conséquent, lorsqu’un tribunal conclut que, en adoptant l’art. 71, le législateur avait l’intention que l’ensemble des biens d’un failli soit dévolu au syndic, il ne lui appartient pas de substituer à cette intention un objectif concurrent qui donnerait lieu à un résultat différent. À cet égard, je suis d’accord avec la professeure Worthington, lorsqu’elle écrit que [TRADUCTION] « [t]out évitement, qu’il soit intentionnel ou inéluctable, est assurément une fraude envers la loi » (« Good Faith, Flawed Assets and the Emasculation of the UK Anti-Deprivation Rule » (2012), 75 *Mod. L. Rev.* 112, p. 121).

[34] En outre, je ne suis pas d’accord pour dire qu’adopter un test fondé sur l’objet créerait une stabilité commerciale. Au contraire, l’application d’un tel test obligerait les tribunaux à déterminer l’intention des parties contractantes bien après les faits, ce qui nuirait à l’administration efficace des faillites d’entreprise. Les parties ne peuvent pas savoir au moment de la conclusion d’un contrat si un tribunal, possiblement des années plus tard, jugera que leur contrat a été conclu de bonne foi pour des motifs commerciaux véritables. Cela entraînerait de l’incertitude au moment de la conclusion des contrats.

[35] The effects-based rule, as it stands, is clear. Courts (and commercial parties) do not need to look to anything other than the trigger for the clause and its effect. The effect of a clause can be far more readily determined in the event of bankruptcy than the intention of contracting parties. An effects-based approach also provides parties with the confidence that contractual agreements, absent a provision providing for the withdrawal of assets upon bankruptcy or insolvency, will generally be upheld. Maintaining an effects-based test is also consistent with the existing effects-based test recognized in *Gingras*, at p. 487, for the *pari passu* rule founded on s. 141 of the *BIA* (previously s. 112 of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3), as well as the effects-based test set out in ss. 65.1, 66.34 and 84.2 of the *BIA*. These tests should remain consistent to prevent duplicative proceedings and avoid arcane disputes over whether the *pari passu* rule or the anti-deprivation rule is engaged by a particular provision. Although it is often easy to tell that a provision would affect the amount a creditor will receive, determining whether this is because it deprives the estate of value (thus violating the anti-deprivation rule) or because it reallocates the estate among creditors (thus violating the *pari passu* rule) depends on the precise machinery of law, disputes over such intricacies can be avoided if both rules apply an effects-based test.

[36] Moreover, an intention-based test would encourage parties who can plausibly pretend to have *bona fide* intentions to create a preference over other creditors by inserting such clauses. Parties will often be able to state some commercial rationale for provisions altering contractual rights in the event of a counterparty's insolvency, such as guarding against the risk of the counterparty's non-performance. An intention-based test would render the rule ineffectual, save in the most flagrant cases of deliberate circumvention of insolvency law. This would threaten to undermine the statutory scheme of the *BIA*.

[35] La règle fondée sur les effets, telle qu'elle existe actuellement, est claire. Les tribunaux (et les parties commerciales) n'ont qu'à déterminer ce qui déclenche l'application de la clause et ses effets. Il est bien plus facile de déterminer l'effet d'une clause en cas de faillite que l'intention des parties contractantes. Une approche fondée sur les effets assure également aux parties que les ententes contractuelles, en l'absence d'une stipulation prévoyant le retrait d'actifs en cas de faillite ou d'insolvabilité, seront généralement maintenues. Le maintien d'un test fondé sur les effets est également compatible avec le test existant fondé sur les effets, reconnu dans l'arrêt *Gingras*, p. 487, applicable à la règle du *pari passu* fondée sur l'art. 141 de la *LFI* (anciennement l'art. 112 de la *Loi sur la faillite*, L.R.C. 1970, c. B-3), ainsi qu'avec le test fondé sur les effets établi aux art. 65.1, 66.34 et 84.2 de la *LFI*. Ces tests devraient rester cohérents afin d'éviter un dédoublement de procédures et des litiges complexes sur la question de savoir si la règle du *pari passu* ou la règle anti-privation est déclenchée par une stipulation en particulier. Bien qu'il soit souvent facile de dire qu'une stipulation aura un effet sur le montant que touchera un créancier, la question de savoir si c'est parce qu'elle réduit la valeur de l'actif (violant ainsi la règle anti-privation) ou parce qu'elle réattribue l'actif parmi les créanciers (violant ainsi la règle du *pari passu*) dépend de subtilités juridiques précises, et les litiges concernant de telles complexités peuvent être évités si les deux règles sont appliquées à la lumière d'un test fondé sur les effets.

[36] En outre, un test fondé sur l'intention encouragerait les parties qui peuvent plausiblement prétendre être de bonne foi à s'accorder une préférence à l'encontre des autres créanciers en insérant de telles clauses dans leurs contrats. Les parties seront souvent en mesure de fournir une justification commerciale pour expliquer l'existence des stipulations qui modifient les droits contractuels en cas d'insolvabilité de l'une d'entre elles, comme la protection contre le risque d'inexécution par un cocontractant. Un test fondé sur l'intention rendrait la règle inefficace, sauf dans les cas les plus évidents de contournement délibéré des lois en matière de faillite. Cela risquerait de nuire au régime législatif de la *LFI*.

[37] Reliance on general principles of contractual freedom to support an intention-based test is no less misplaced. As noted in *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494, at para. 70, the common law of contract “generally places great weight on the freedom of contracting parties to pursue their individual self-interest” but, by definition, an assignment in bankruptcy strips the insolvent party of their interest. As Rowbotham J.A. observed, a party who might become insolvent has no incentive to resist a clause that deprives their estate of value upon bankruptcy. Parties do not negotiate with a view to protecting the interests of their creditors in the event of their bankruptcy. The costs of accepting the clause are borne solely by the unsecured creditors of the insolvent company (who are without a seat at the bargaining table) while the benefits are enjoyed only by the company while it is solvent.

[38] Finally, while it may be true that unsecured creditors tend to receive relatively little now, the effect of a purpose-based rule is that they would receive less.

[39] Overall, Chandos has not shown us good reason to adopt a purpose-based test. In my view, adopting the purpose-based test would create “new and greater difficulties” of the sort cautioned against in *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, at p. 762. As recognized in *Bhasin*, at para. 40, although a change to the Canadian common law may be appropriate when it creates greater certainty and coherence, it is not when the change would foster uncertainty and incoherence.

[40] All that said, we should recognize that there are nuances with the anti-deprivation rule as it stands. For example, contractual provisions that eliminate property from the estate, but do not eliminate value, may not offend the anti-deprivation rule (see *Belmont*, at para. 160, per Lord Mance; *Borland’s Trustee v. Steel Brothers & Co., Limited*, [1901]

[37] Il serait tout aussi mal avisé de se fonder sur des principes généraux de liberté contractuelle pour appuyer un test fondé sur l’intention. Certes, comme la Cour l’a noté dans l’arrêt *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494, par. 70, le droit des contrats en common law « accorde généralement beaucoup de poids à la liberté des parties contractantes dans la poursuite de leur intérêt personnel », or, par définition, après une cession de biens la partie insolvable n’a plus aucun intérêt. Comme la juge Rowbotham l’a mentionné, une partie susceptible de devenir insolvable n’a aucune raison de s’opposer à une clause qui réduit la valeur de son actif en cas de faillite. Les parties ne négocient pas dans le but de protéger les intérêts de leurs créanciers en cas de faillite. Les coûts de l’acceptation d’une telle clause ne sont assumés que par les créanciers non garantis de l’entreprise insolvable (lesquels n’ont pas de place à la table de négociation), tandis que les avantages ne reviennent qu’à l’entreprise pendant qu’elle est solvable.

[38] Enfin, bien qu’il puisse être vrai que les créanciers non garantis ont tendance à recevoir bien peu de nos jours, l’application d’une règle fondée sur l’objet aurait pour effet de leur en faire recevoir encore moins.

[39] En somme, Chandos n’a fait valoir aucune raison valable justifiant l’adoption d’un test fondé sur l’objet. À mon avis, adopter un tel test aurait pour effet de créer « des difficultés nouvelles plus grandes » comme celles contre lesquelles l’arrêt *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, p. 762, nous met en garde. Comme l’a reconnu l’arrêt *Bhasin*, par. 40, même s’il peut être approprié de modifier la common law canadienne afin d’apporter une plus grande certitude et une meilleure cohérence, ce n’est pas le cas lorsqu’une telle modification entraînerait de l’incertitude et de l’incohérence.

[40] Cela étant dit, nous devons reconnaître que la règle anti-privation actuelle comporte des nuances. Par exemple, les stipulations contractuelles qui retirent certains biens de l’actif, sans pour autant réduire la valeur de ce dernier, peuvent ne pas violer la règle anti-privation (voir l’arrêt *Belmont*, par. 160, motifs de lord Mance; *Borland’s Trustee c. Steel*

1 Ch. 279; see also *Coopérants*). Nor do provisions whose effect is triggered by an event other than insolvency or bankruptcy. Moreover, the anti-deprivation rule is not offended when commercial parties protect themselves against a contracting counterparty's insolvency by taking security, acquiring insurance, or requiring a third-party guarantee.

[41] In sum, the Court of Appeal was correct to consider whether the effect of the contractual provision was to deprive the estate of assets upon bankruptcy rather than whether the intention of the contracting parties was commercially reasonable.

VI. Application and the Effect of Set-Off

[42] This brings us to Chandos' final argument concerning the effect of set-off on the application of the anti-deprivation rule in this case. Set-off is given statutory approval in s. 97(3) of the *BIA*:

(3) The law of set-off or compensation 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 or compensation is affected by the provisions of this Act respecting frauds or fraudulent preferences.

As this Court described in *Husky Oil*, at para. 3, s. 97(3) incorporates the provincial law of set-off (and the related civil law concept of compensation) into the federal bankruptcy regime. Set-off is a defence to the payment of a debt. The effect of set-off is to allow a creditor who happens to be also a debtor to recover ahead of their priority.

[43] The *BIA*'s affirmation of set-off and the anti-deprivation rule are not incompatible. While set-off reduces the value of assets that are transferred to the Trustee for redistribution, it is applicable only to enforceable debts or claims (see, e.g., *Holt v. Telford*, [1987] 2 S.C.R. 193, at pp. 204-6). The

Brothers & Co., Limited, [1901] 1 Ch. 279; voir aussi l'arrêt *Coopérants*). Il en va de même pour les stipulations dont l'effet est déclenché par autre chose qu'une insolvabilité ou une faillite. De plus, il n'y a pas de violation de la règle anti-privation lorsque des parties commerciales se protègent contre l'insolvabilité d'un cocontractant en obtenant une garantie ou une assurance ou en exigeant une garantie d'un tiers.

[41] En somme, la Cour d'appel s'est penchée à juste titre sur la question de savoir si l'effet de la stipulation était de réduire la valeur de l'actif en cas de faillite plutôt que sur celle de savoir si l'intention des parties contractantes était raisonnable sur le plan commercial.

VI. Application et effet de la compensation

[42] Cela nous amène à l'argument final de Chandos concernant l'effet de la compensation sur l'application de la règle anti-privation en l'espèce. La compensation est autorisée par le par. 97(3) de la *LFI* :

(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.

Comme la Cour l'a décrit au par. 3 de l'arrêt *Husky Oil*, le par. 97(3) incorpore les règles provinciales de la compensation (issues de la common law et du droit civil) au régime fédéral en matière de faillite. La compensation est un moyen de défense opposable au paiement d'une créance. Elle a pour effet d'autoriser un créancier qui se trouve être également un débiteur à être colloqué plus favorablement qu'il ne le serait suivant l'ordre de priorité établi par la loi.

[43] La reconnaissance de la compensation par la *LFI* et la règle anti-privation ne sont pas incompatibles. S'il est vrai que la compensation réduit la valeur des biens qui sont transférés au syndic pour redistribution, elle ne s'applique qu'aux dettes ou aux réclamations exigibles (voir, p. ex., *Holt c. Telford*,

anti-deprivation rule makes deprivations triggered by insolvency unenforceable. The combination means that set-off applies to debts owed by the bankrupt that were not triggered by the bankruptcy.

[44] The case at bar is quite different. The chapeau of clause VII Q provides that the clause triggers “[i]n the event [Capital Steel] commits any act of insolvency, bankruptcy, winding up or other distribution of assets”. Since, here, the clause was triggered by bankruptcy, the threshold for considering the anti-deprivation rule had been met.¹ Clause VII Q(d) itself provides the deprivation: “[Capital Steel] shall forfeit 10% of the within Subcontract Agreement price to [Chandos] as a fee”. The effect of this provision is to create a debt from Capital Steel to Chandos that would not exist but for the insolvency. It is this “debt” created by Clause VII Q(d) because of the insolvency that Chandos seeks to “set off” against the amount it owed to Capital Steel. One can hardly imagine a more direct and blatant violation of the anti-deprivation rule.

[45] Accordingly, I conclude that clause VII Q(d) violates the anti-deprivation rule and is thus void.

VII. Conclusion

[46] I would dismiss the appeal with costs throughout.

The following are the reasons delivered by

CÔTÉ J. (dissenting) —

I. Introduction

[47] I have had the advantage of reading the reasons of my colleague, Rowe J., and there is much

¹ Whether clause VII Q(d) would have been enforceable if Capital Steel had stopped operations in other circumstances is not before us and not relevant here (*Aircell*, at para. 12).

[1987] 2 R.C.S. 193, p. 204-206). La règle anti-privation rend inexigibles les réclamations fondées sur des privations déclenchées par une insolvabilité. La combinaison des deux fait en sorte que la compensation s’applique aux dettes du failli qui n’ont pas été provoquées par la faillite.

[44] En l’espèce, la situation est très différente. Le texte introductif de la clause VII Q prévoit que son application est déclenchée [TRADUCTION] « [d]ans le cas où [Capital Steel] devient insolvable, fait faillite, liquide ou distribue autrement ses actifs ». Comme l’application de la clause a été déclenchée par une faillite, il y a ouverture à l’examen de la règle anti-privation¹. La clause VII Q(d) en soi prévoit une privation : « [Capital Steel] renonce à 10 % du prix du présent contrat de sous-traitance en faveur de [Chandos] à titre de frais ». La stipulation a pour effet de créer une dette pour Capital Steel en faveur de Chandos, dette qui n’aurait pas existé, n’eût été l’insolvabilité. C’est cette « dette » créée par la clause VII Q(d) en raison de l’insolvabilité que Chandos cherche à « compenser » en la déduisant du montant qu’elle doit à Capital Steel. On peut difficilement imaginer une violation plus directe et évidente de la règle anti-privation.

[45] En conséquence, je conclus que la clause VII Q(d) viole la règle anti-privation et est donc nulle.

VII. Conclusion

[46] Je rejetterais le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE CÔTÉ (dissidente) —

I. Introduction

[47] J’ai eu l’avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Rowe et j’y souscris en bonne partie.

¹ La question de savoir si la clause VII Q(d) aurait été exécutoire si Capital Steel avait cessé ses activités dans d’autres circonstances n’est pas celle dont nous sommes saisis et n’est pas pertinente en l’espèce (*Aircell*, par. 12).

with which I agree in them. In particular, I agree that the anti-deprivation rule has a longstanding and strong jurisprudential footing in Canadian law and that it has not been eliminated by this Court or through legislation. However, I write to express a different view on a point of law which is central to the outcome of this appeal. In short, my view is that the anti-deprivation rule should not apply to transactions or contractual provisions which serve a *bona fide* commercial purpose. I reach this conclusion essentially for three reasons.

[48] First, my reading of the jurisprudence is that courts applying the anti-deprivation rule in Canada have not been content to rest their reasons for decision merely on a finding that the effect of a transaction or contractual provision was to deprive a bankrupt's estate of value. As I explain below, Canadian courts have looked past the effects of the arrangement and inquired into the presence or absence of a *bona fide* commercial purpose behind the deprivation.

[49] Second, there is a principled legal basis for retaining a *bona fide* commercial purpose test. The anti-deprivation rule has its origins in the common law public policy against agreements entered into for the unlawful purpose of defrauding or otherwise injuring third parties. Unlike the related *pari passu* rule, the anti-deprivation rule should not be regarded as arising from an implied prohibition in the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“*BIA*”). Thus, the different legal bases of the two rules explain why the *pari passu* rule operates regardless of the parties' intentions while the anti-deprivation rule takes into account the parties' *bona fide* commercial purposes.

[50] Third, as a matter of public policy, the considerations cited in support of an effects-based test are not sufficient to override the otherwise strong countervailing public interest in the enforcement of contracts. A purely effects-based test gives too little weight to freedom of contract, party autonomy,

Plus particulièrement, je conviens que la règle anti-privation est bien ancrée depuis longtemps dans la jurisprudence canadienne et qu'elle n'a été éliminée ni par la Cour ni par une loi. Cependant, je souhaite exprimer une opinion différente sur un point de droit central pour l'issue du présent pourvoi. En bref, je suis d'avis que la règle anti-privation ne devrait pas s'appliquer aux transactions ou aux stipulations qui poursuivent un objectif commercial véritable. Ma conclusion repose essentiellement sur trois motifs.

[48] Premièrement, d'après ma lecture de la jurisprudence, les tribunaux qui appliquent la règle anti-privation au Canada ne se sont pas contentés de fonder leurs décisions sur une simple conclusion voulant qu'une transaction ou une stipulation ait pour effet de réduire la valeur de l'actif du failli. Comme je l'explique ci-après, les tribunaux canadiens regardent au-delà des effets de l'arrangement et vérifient si la privation poursuit un objectif commercial véritable.

[49] Deuxièmement, le recours à un test fondé sur l'objectif commercial véritable repose sur un fondement juridique valable. La règle anti-privation tire son origine du principe de common law voulant que les accords conclus dans le but illégal de commettre une fraude ou de causer un préjudice à un tiers soient contraires à l'intérêt public. À l'inverse de la règle du *pari passu*, la règle anti-privation ne devrait pas être considérée comme découlant d'une prohibition implicite contenue dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3 (« *LFI* »). Les différents fondements juridiques qui sous-tendent la règle anti-privation et la règle du *pari passu* expliquent donc pourquoi cette dernière s'applique indépendamment de l'intention des parties, tandis que la première tient compte des objectifs commerciaux véritables des parties.

[50] Troisièmement, en ce qui concerne l'intérêt public, les considérations qui ont été citées en appui au test fondé sur les effets ne suffisent pas à transcender l'importance de l'intérêt public opposé dans l'exécution des contrats. Un test fondé purement sur les effets accorde trop peu de poids à la

and the “elbow-room” which the common law traditionally accords for the aggressive pursuit of self-interest: see *A.I. Enterprises Ltd. v. Bram Enterprises Ltd.*, 2014 SCC 12, [2014] 1 S.C.R. 177, at para. 31. In addition, Parliament has occupied much of the ground formerly covered by the common law such that there is a reduced need for a general anti-deprivation rule. Indeed, the many statutory protections already in place to safeguard the interests of creditors undermine any perceived policy need to expand the reach of the anti-deprivation rule for that purpose.

[51] Therefore, like Wakeling J.A., dissenting in the Court of Appeal below, I would hold that the anti-deprivation rule does not apply to transactions or contractual provisions which serve a *bona fide* commercial purpose. As the chambers judge (Alta. Q.B., Edmonton, No. 24-2169632, March 17, 2017; A.R., at pp. 9-10) and the Court of Appeal (2019 ABCA 32, 438 D.L.R. (4th) 195, at paras. 55 and 394-97) were unanimous in finding a *bona fide* commercial purpose behind the contractual provision at issue, I would allow the appeal and restore the order made at first instance.

II. Background

[52] My colleague provides a helpful summary of the essential facts in his reasons, and I am content to rely on it. I will therefore only highlight a few important aspects of the contractual relationships in this case.

[53] The appellant, Chandos Construction Ltd., hired Capital Steel Inc. to perform important structural steel subcontract work on a condominium project in St. Albert, Alberta (“Subcontract”). The appeal revolves around whether clause VII Q(d) (“clause Q(d)”) of the Subcontract offends the anti-deprivation rule. Clause Q(d) is reproduced in my colleague’s reasons. Capital Steel also provided a guarantee by which it agreed to repair and make good any defect in its work and all resulting damages that might appear as a result of any improper work: clause III, “Guarantee”, A.R., at p. 155. In addition,

liberté contractuelle, à l’autonomie des parties et à la « liberté d’action » traditionnellement conférée par la common law en vue de la poursuite agressive d’intérêts personnels : voir *A.I. Enterprises Ltd. c. Bram Enterprises Ltd.*, 2014 CSC 12, [2014] 1 R.C.S. 177, par. 31. En outre, le Parlement occupe aujourd’hui une grande partie du terrain qui relevait autrefois de la common law, ce qui diminue la nécessité d’avoir une règle anti-privation générale. En effet, les nombreuses protections déjà prévues par les lois destinées à protéger les intérêts des créanciers remettent en question le besoin d’élargir la portée de la règle anti-privation à cette même fin.

[51] Par conséquent, à l’instar du juge Wakeling, dissident en Cour d’appel, je suis d’avis que la règle anti-privation ne s’applique pas aux transactions ou aux stipulations qui visent un objectif commercial véritable. Puisque le juge siégeant en cabinet (B.R. Alb., Edmonton, n° 24-2169632, 17 mars 2017; d.a., p. 9-10) et la Cour d’appel (2019 ABCA 32, 438 D.L.R. (4th) 195, par. 55 et 394-397) ont conclu à l’unanimité que la stipulation en litige poursuivait un objectif commercial véritable, j’accueillerais le pourvoi et je rétablirais l’ordonnance rendue en première instance.

II. Contexte

[52] Mon collègue fournit dans ses motifs un résumé utile des faits essentiels, auquel je trouve peu à redire. Je me contenterai de souligner quelques aspects importants des relations contractuelles en l’espèce.

[53] L’appelante, Chandos Construction Ltd., a retenu les services de la sous-traitante Capital Steel Inc. pour construire une importante structure en acier dans le cadre d’un projet de copropriétés à St. Albert, en Alberta (« contrat de sous-traitance »). Le pourvoi porte sur la question de savoir si la clause VII Q(d) (« clause Q(d) ») du contrat de sous-traitance — reproduite dans les motifs de mon collègue — enfreint la règle anti-privation. Capital Steel a fourni une garantie selon laquelle elle s’engageait à réparer tout défaut dans ses travaux et tout dommage découlant d’un travail mal fait : clause III

Clause VII G of the Subcontract required Capital Steel to indemnify Chandos and hold it harmless “from any and all claims, costs, liabilities and causes of action” and for “any loss or damage” caused to Chandos or the owner of the condominium project by Capital Steel or any of Capital Steel’s subcontractors, employees, agents, licensees, and permittees in carrying out the Subcontract. The same indemnity also applied between Capital Steel and the owner.

[54] The Stipulated Price Contract between Chandos and the owner-developer, Boudreau Developments Ltd., required Chandos to be “as fully responsible to the *Owner* for acts and omissions” of its subcontractors as it was for “acts and omissions of persons directly employed by” it: clause GC 3.7.1.3 (emphasis in original). Chandos also agreed that it would promptly correct defects or deficiencies in the work which appeared during the warranty period at its own expense: clause GC 12.3.4. As well, Chandos was obliged to correct or pay for damage resulting from such corrections: clause GC 12.3.5.

III. Issues

[55] The focus of these reasons is whether the anti-deprivation rule applies regardless of the parties’ *bona fide* commercial purposes.

[56] Another issue raised by the parties is whether clause Q(d) is a valid liquidated damages provision or an unenforceable penalty clause. The chambers judge, Justice Nielsen, concluded that the clause was a valid liquidated damages provision. That finding was not disturbed on appeal, and I do not see any extricable error of law which would justify appellate interference with it. I therefore decline to address this issue further.

[TRANSCRIPTION] « Garantie », d.a., p. 155. De plus, selon la clause VII G du contrat de sous-traitance, Capital Steel s’est engagée à indemniser Chandos et à la dégager de toute responsabilité « relativement à toute réclamation, dépense, dette et cause d’action » et pour « toute perte ou tout dommage » causé, dans l’exécution du contrat de sous-traitance, à Chandos ou au promoteur du projet immobilier par Capital Steel ou par un de ses sous-traitants, employés, mandataires et titulaires de licences et de permis. Capital Steel assumait la même obligation d’indemniser à l’égard du promoteur.

[54] Le contrat à forfait conclu entre Chandos et le propriétaire-promoteur, Boudreau Developments Ltd., prévoyait que Chandos serait [TRANSCRIPTION] « aussi pleinement responsable à l’égard du *propriétaire* pour les actes et omissions » de ses sous-traitants qu’elle l’était pour les « actes et omissions des personnes qu’elle emploie directement » : clause GC 3.7.1.3 (en italique dans l’original). Chandos a également convenu qu’elle corrigerait rapidement, et à ses frais, les défauts apparaissant dans les travaux durant la période de garantie : clause GC 12.3.4. En outre, Chandos était tenue de corriger ou de payer les dommages découlant des corrections : clause GC 12.3.5.

III. Questions en litige

[55] Les présents motifs visent à déterminer si la règle anti-privation s’applique indépendamment des objectifs commerciaux véritables des parties.

[56] Les parties soulèvent par ailleurs la question de savoir si la clause Q(d) constitue une stipulation valide relative aux dommages-intérêts liquidés ou une clause pénale non exécutoire. Le juge Nielsen, siégeant en son cabinet, a conclu qu’il s’agissait d’une disposition valide relative aux dommages-intérêts liquidés. Cette conclusion n’a pas été infirmée en appel et je ne vois aucune erreur de droit identifiable qui justifierait une intervention en appel. Je m’abstiendrai donc d’examiner cette question plus attentivement.

IV. Analysis

A. *The Anti-Deprivation Rule Does Not Apply Where a Transaction or Contractual Provision Serves a Bona Fide Commercial Purpose*

[57] Before embarking upon an analysis of whether the jurisprudence on the anti-deprivation rule has traditionally included a purpose element, I find it useful to clearly state what I mean by a “*bona fide commercial purpose*”.

[58] The inquiry I propose is primarily objective and centres around the presence or absence of a legitimate commercial basis for a transaction or contractual provision. An objective approach dovetails with the approach taken in another important and related area of commercial law, the interpretation of contracts, where “the goal of the exercise is to ascertain the objective intent of the parties”: *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, at para. 49. It also parallels this Court’s approach to ascertaining the purpose behind commercial transactions in tax characterization cases. As this Court stated in *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at p. 736:

As in other areas of law where purpose or intention behind actions is to be ascertained, it must not be supposed that in responding to this question, courts will be guided only by a taxpayer’s statements, *ex post facto* or otherwise, as to the subjective purpose of a particular expenditure. Courts will, instead, look for objective manifestations of purpose, and purpose is ultimately a question of fact to be decided with due regard for all of the circumstances.

(See also *Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, 2001 SCC 62, [2001] 2 S.C.R. 1082, at para. 54.)

[59] Obviously, evidence of a lack of subjective good faith is relevant to such an inquiry; however, positive assertions of good faith, while relevant, are not determinative. Courts applying the anti-deprivation rule should (and do) have due regard to the parties’ objective manifestations of purpose.

IV. Analyse

A. *La règle anti-privation ne s’applique pas lorsque la transaction ou la stipulation vise un objectif commercial véritable*

[57] Avant de débiter l’analyse de la question de savoir si la jurisprudence concernant la règle anti-privation a toujours inclus une notion d’objectif, je crois qu’il est utile d’énoncer clairement ce que je veux dire par « objectif commercial véritable ».

[58] L’examen que je propose est principalement objectif et est centré sur la présence ou l’absence d’un fondement commercial légitime pour justifier une transaction ou une stipulation. Une approche objective concorde bien avec l’approche adoptée dans un autre domaine du droit commercial important et connexe, soit l’interprétation contractuelle, où « le but de l’exercice consiste à déterminer l’intention objective des parties » : *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, par. 49. Elle concorde également avec l’approche adoptée par la Cour pour déterminer l’objectif des transactions commerciales dans les affaires de qualification fiscale. Comme la Cour l’a déclaré dans l’arrêt *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, p. 736 :

Comme dans d’autres domaines du droit, lorsqu’il faut établir l’objet ou l’intention des actes, on ne doit pas supposer que les tribunaux se fonderont seulement, en répondant à cette question, sur les déclarations du contribuable, *ex post facto* ou autrement, quant à l’objet subjectif d’une dépense donnée. Ils examineront plutôt comment l’objet se manifeste objectivement, et l’objet est en définitive une question de fait à trancher en tenant compte de toutes les circonstances.

(Voir aussi *Entreprises Ludco Ltée c. Canada*, 2001 CSC 62, [2001] 2 R.C.S. 1082, par. 54.)

[59] Évidemment, une preuve démontrant l’absence de bonne foi subjective est pertinente dans un tel examen, mais les affirmations positives de bonne foi, bien qu’elles soient pertinentes, ne sont pas déterminantes. Les tribunaux qui appliquent la règle anti-privation devraient tenir dûment compte (et ils

In the case of the anti-deprivation rule, the primary means by which the parties objectively manifest their intentions is through the terms of the contractual agreements by which they bind themselves. Therefore, careful regard should be had to the terms of the contractual arrangements which are said to offend the anti-deprivation rule.

[60] I add that the leading English authority on the anti-deprivation rule also employs a similar approach to determining the purpose behind the transaction or contractual provision at issue: *Belmont Park Investments Pty. Ltd. v. BNY Corporate Trustee Services Ltd.*, [2011] UKSC 38, [2012] 1 A.C. 383, at paras. 74-79, per Lord Collins; and para. 151, per Lord Mance.

[61] With this understanding in hand, I now turn to consider, as an empirical question, whether courts applying the anti-deprivation rule inquire into the presence or absence of such a purpose.

(1) Courts Applying the Anti-Deprivation Rule Inquire into the Existence of a *Bona Fide* Commercial Purpose

[62] As Canadian courts considering the anti-deprivation rule have often had recourse to English jurisprudence on the rule, I begin by briefly looking at whether the English jurisprudence has traditionally included a *bona fide* commercial purpose test. I then turn to a more thorough consideration of the Canadian jurisprudence to determine whether Canadian courts inquire into the presence or absence of a *bona fide* commercial purpose when applying the anti-deprivation rule.

(a) *English Jurisprudence*

[63] I do not intend to undertake an extended review of the English anti-deprivation rule in these reasons. The United Kingdom Supreme Court recently did so in *Belmont*, and I cannot hope to add much of value to the thorough analysis offered in that decision. I will therefore confine my general comments on the English jurisprudence to *Belmont*.

le font) des manifestations objectives de l'intention des parties. Dans le cas de la règle anti-privation, les termes des contrats qui les lient sont le principal moyen par lequel les parties manifestent objectivement leurs intentions. Par conséquent, on doit examiner attentivement les termes des contrats qui contreviendraient à la règle anti-privation.

[60] J'ajoute que l'arrêt de principe anglais sur la règle anti-privation adopte une approche similaire pour déterminer l'objectif de la transaction ou de la stipulation en litige : *Belmont Park Investments Pty. Ltd. c. BNY Corporate Trustee Services Ltd.*, [2011] UKSC 38, [2012] 1 A.C. 383, par. 74-79, le lord Collins; et par. 151, le lord Mance.

[61] Ayant ces considérations à l'esprit, je me tourne maintenant vers la question empirique de savoir si les tribunaux s'enquêtent de la présence ou de l'absence d'un tel objectif lorsqu'ils appliquent la règle anti-privation.

(1) Les tribunaux s'enquêtent de l'existence d'un objectif commercial véritable lorsqu'ils appliquent la règle anti-privation

[62] Comme les tribunaux canadiens qui se sont penchés sur la règle anti-privation ont souvent eu recours à la jurisprudence anglaise portant sur cette règle, je vérifierai d'abord si la jurisprudence anglaise a traditionnellement eu recours à un test fondé sur l'objectif commercial véritable. J'examinerai ensuite plus attentivement la jurisprudence canadienne afin de déterminer si les tribunaux canadiens se penchent sur la présence ou l'absence d'un objectif commercial véritable lorsqu'ils appliquent la règle anti-privation.

(a) *La jurisprudence anglaise*

[63] Je n'ai pas l'intention d'entreprendre un examen exhaustif de la règle anti-privation anglaise dans les présents motifs. La Cour suprême du Royaume-Uni s'est prêtée à un tel exercice dans le récent arrêt *Belmont*, et je ne peux espérer ajouter à son analyse exhaustive. Mes observations générales concernant la jurisprudence anglaise ne porteront donc que sur cet arrêt.

[64] The respondent, Deloitte Restructuring Inc., argues that *Belmont* “shifted” the English common law from an effects-based test to a purpose-based test for the anti-deprivation rule: R.F., at para. 115. However, in my view, *Belmont* recognized that a purpose requirement has always been an element of the English anti-deprivation rule. Lord Collins undertook an extensive review of the English jurisprudence on the anti-deprivation rule: paras. 58-73. He found that, “where the rule has been applied, it has been an almost invariably expressed element that the party seeking to take advantage of the deprivation was intending to evade the bankruptcy rules”: para. 75. Further, in the English authorities “where the either . . . or anti-deprivation rule was held not to apply, good faith and the commercial sense of the transaction have been important factors”: para. 77. Lord Collins was thus able to conclude that the English jurisprudence reflected “an impressive body of opinion from some of the most distinguished judges that, in the case of the anti-deprivation rule, a deliberate intention to evade the insolvency laws is required”: para. 78; see also paras. 152-53, per Lord Mance.

[65] I find Lord Collins’s review of the English jurisprudence, as well as the conclusions of law he drew from it, to be authoritative characterizations of the English position on the anti-deprivation rule. I therefore cannot accept that *Belmont*’s recognition of a purpose requirement for the anti-deprivation rule was as novel as Deloitte suggests. Further, as I demonstrate below, the Canadian jurisprudence on the anti-deprivation rule also supports the conclusion that a purpose requirement is not a novel feature of the anti-deprivation rule.

(b) *Canadian Jurisprudence*

(i) Supreme Court of Canada Jurisprudence

[66] While this appeal gives this Court its first opportunity to fully consider and apply the anti-deprivation rule, in three previous decisions the Court either commented in *obiter* on this area of the

[64] L’intimée, Restructuration Deloitte Inc., a plaidé que l’arrêt *Belmont* a [TRADUCTION] « fait passer » la règle anti-privation anglaise d’un test fondé sur l’effet à un test fondé sur l’objectif : m.i., par. 115. Selon moi, l’arrêt *Belmont* a plutôt reconnu que l’objectif a toujours été un élément constitutif de la règle anti-privation anglaise. Lord Collins a effectué un examen exhaustif de la jurisprudence anglaise sur la règle anti-privation : par. 58-73. Il a constaté que, [TRADUCTION] « dans les cas où la règle a été appliquée, on relevait presque toujours le fait que la partie cherchant à profiter de la privation tentait d’éviter les règles en matière de faillite » : par. 75. En outre, dans les précédents anglais faisant autorité [TRADUCTION] « où il a été jugé que la règle anti-privation ne s’appliquait pas, la bonne foi et l’objectif commercial de la transaction ont été des facteurs importants » : par. 77. Lord Collins a donc pu conclure que la jurisprudence anglaise représentait [TRADUCTION] « un corpus impressionnant relatant l’opinion de certains des juges les plus éminents selon qui, dans le cas de la règle anti-privation, il devait y avoir une intention délibérée de contourner les lois en matière d’insolvabilité » : par. 78; voir aussi par. 152-153, le lord Mance.

[65] Je considère que l’examen de la jurisprudence anglaise par lord Collins ainsi que les conclusions de droit qu’il en a tirées font autorité quant à la position du droit anglais sur la règle anti-privation. Je ne saurais donc accepter que la reconnaissance, exprimée dans l’arrêt *Belmont*, de l’objectif comme élément constitutif de la règle anti-privation soit aussi nouvelle que Deloitte le laisse entendre. En outre, comme je le démontre ci-après, la jurisprudence canadienne relative à la règle anti-privation appuie elle aussi la conclusion selon laquelle une exigence relative à l’objectif n’est pas une caractéristique nouvelle de la règle anti-privation.

b) *La jurisprudence canadienne*

(i) Jurisprudence de la Cour suprême du Canada

[66] Bien que le présent pourvoi soit la première occasion qu’a la Cour d’examiner pleinement et d’appliquer la règle anti-privation, elle a déjà, à trois reprises, soit formulé des commentaires incidents

law or considered contractual arrangements which would have been subject to the anti-deprivation rule or the *pari passu* rule had the contracts in question been governed by the common law. On my reading, this Court's jurisprudence favours a *bona fide* commercial purpose test for the anti-deprivation rule.

[67] This Court had an opportunity to comment in *obiter* on the fraud upon the bankruptcy laws principle in *Hobbs v. Ontario Loan and Debenture Company* (1890), 18 S.C.R. 483. A mortgage provided that the mortgagees leased the mortgaged property to the mortgagor and that the rent was equal to the principal payments under the mortgage. The issue was whether the rights created by the lease were enforceable as against a third party execution creditor.

[68] Chief Justice Ritchie (Taschereau J., as he then was, concurring) concluded that a sham lease in a mortgage which is not intended to create a *bona fide* landlord-tenant relationship is void as against assignees in bankruptcy: pp. 486-89. Justice Strong, as he then was (Fournier J., concurring) agreed: pp. 502-3 and 507. However, they disagreed as to the result. Chief Justice Ritchie found that there was a *bona fide* arrangement because there was no bankruptcy law in force, whereas Strong J. found that there was not such an arrangement because the principle has wider application outside of bankruptcy: pp. 485-87 and 508-9.

[69] The authorities on which Ritchie C.J. and Strong J. relied were based on the English fraud upon the bankruptcy laws principle. Chief Justice Ritchie relied heavily upon the decision of the English Court of Appeal in *Ex parte Voisey* (1882), 21 Ch. D. 442 (C.A.), quoting the reasons of Lord Brett, at pp. 459 and 461:

sur ce domaine du droit, soit examiné des ententes contractuelles qui auraient été assujetties à la règle anti-privation ou à la règle du *pari passu* si les contrats en question avaient été régis par la common law. D'après ma lecture, la jurisprudence de la Cour favorise le recours à un test fondé sur l'objectif commercial véritable lorsqu'il s'agit d'appliquer la règle anti-privation.

[67] La Cour a eu l'occasion de formuler des commentaires incidents sur le principe de fraude contre les lois en matière de faillite dans l'arrêt *Hobbs c. Ontario Loan and Debenture Company* (1890), 18 R.C.S. 483. Un contrat hypothécaire prévoyait que le créancier hypothécaire louait la propriété hypothéquée au débiteur hypothécaire et que le loyer équivalait aux paiements du capital prévus par le contrat. Il s'agissait de savoir si les droits créés par le bail étaient exécutoires contre un tiers créancier saisissant.

[68] Le juge en chef Ritchie (le juge Taschereau, plus tard juge en chef, souscrivant à ses motifs) a conclu qu'un faux bail prévu dans un contrat hypothécaire qui n'a pas pour but de créer une relation propriétaire-locataire véritable est nul à l'égard des cessionnaires dans le cadre d'une faillite : p. 486-489. Le juge Strong, plus tard juge en chef, a souscrit à cette position (avec l'appui du juge Fournier) : p. 502-503 et 507. Ils n'étaient toutefois pas d'accord quant à l'issue de l'appel. Le juge en chef Ritchie a conclu à un arrangement de bonne foi, car aucune loi en matière de faillite n'était en vigueur. Le juge Strong a plutôt conclu à l'absence d'un tel arrangement, car le principe avait un vaste champ d'application qui allait au-delà de la faillite : p. 485-487 et 508-509.

[69] La jurisprudence sur laquelle le juge en chef Ritchie et le juge Strong se sont fondés reposait sur le principe anglais de fraude contre les lois en matière de faillite. Le juge en chef Ritchie s'est appuyé fortement sur la décision rendue par la Cour d'appel de l'Angleterre dans l'arrêt *Ex parte Voisey* (1882), 21 Ch. D. 442 (C.A.), citant les motifs de lord Brett, qui a déclaré ce qui suit, aux p. 459 et 461 :

The only way in which it can cease to be a *bona fide* contract is if it was not intended to be acted upon between the parties at all, and was only a device to evade the bankruptcy laws. That would not be what is ordinarily called a fraud, but it would be what is called a fraud upon the bankruptcy laws, that is, an attempt to evade the bankruptcy laws in case of a bankruptcy. Now that attempted evasion, that want of *bona fides* with regard to the bankruptcy laws, must exist, if at all, at the moment when the contract is made. . . .

...

. . . the question is whether there was a real honest stipulation between the parties, intended to be acted upon whether there should be a bankruptcy or not, or whether it was a stipulation which they intended to be acted upon only for the purpose of defeating the bankruptcy law.

[70] Justice Strong also relied on *Ex parte Williams* (1877), 7 Ch. D. 138 (C.A.), the *ratio decidendi* of which he described as being that “any provision by a debtor that in the event of his becoming bankrupt or insolvent there shall be a different distribution of his effects from that which the law provides is void”: p. 502. While noting that *Williams* was of limited value due to the lack of bankruptcy legislation in Canada, Strong J. went on to comment favourably upon the English cases which followed it, including *Voisey*. He described the law established by those authorities as being that, if it appears that the tenancy for which a mortgage provides is not intended by the parties to be a *bona fide* agreement, and is instead a sham or pretence, then such a lease is “void . . . as against the assignees in bankruptcy”: p. 503. Justice Strong adopted these principles, adding that they must have a wider application beyond the bankruptcy context in order to protect third parties more generally.

[71] The separate opinion of Patterson J. is also noteworthy because he stated that the enforceability of the tenancy between the mortgagor and a third party depended in part on the “*bona fides* of the transaction”: p. 543. He noted that the *bona fides* of a transaction “has usually been tested in England in the light of the bankruptcy law”, and, while Canada did not have a bankruptcy law at that time, it did “not

[TRADUCTION] Un contrat ne peut cesser d’être un contrat de bonne foi que si les parties n’avaient aucune intention de l’exécuter et s’il n’était qu’un moyen de contourner les lois en matière de faillite. Il ne s’agirait pas de ce que l’on appelle généralement une fraude, mais plutôt d’une fraude contre les lois en matière de faillite, c’est-à-dire une tentative de contourner ces lois en cas de faillite. Cela étant, cette tentative de contournement ou ce défaut de bonne foi à l’égard des lois en matière de faillite doit exister, à tout le moins, au moment de la conclusion du contrat . . .

...

. . . la question est de savoir si les parties ont véritablement et honnêtement conclu un contrat qu’elles avaient l’intention d’exécuter, qu’il y ait faillite ou non, ou s’il s’agit plutôt d’un contrat qu’elles avaient l’intention d’exécuter seulement afin de contourner les lois en matière de faillite.

[70] Le juge Strong s’est également fondé sur l’arrêt *Ex parte Williams* (1877), 7 Ch. D. 138 (C.A.), dont il a décrit la *ratio decidendi* comme établissant que [TRADUCTION] « toute disposition par laquelle un débiteur prévoit que ses biens seront distribués différemment de ce que prévoit la loi en cas de faillite ou d’insolvabilité est nulle » : p. 502. Bien qu’il ait noté que l’arrêt *Williams* avait peu de valeur en raison de l’absence de lois sur la faillite au Canada, le juge Strong a commenté favorablement les décisions anglaises qui ont suivi cet arrêt, y compris l’arrêt *Voisey*. D’après sa description du droit établi par ces précédents, s’il semble que la location prévue par le contrat hypothécaire n’est pas considérée comme un contrat de bonne foi par les parties et s’il s’agit plutôt d’un leurre ou d’une escroquerie, alors le bail est [TRADUCTION] « nul [. . .] à l’égard des cessionnaires dans le cadre d’une faillite » : p. 503. Le juge Strong a adopté ces principes, ajoutant qu’ils doivent s’appliquer bien au-delà du contexte de la faillite afin de protéger les tiers plus généralement.

[71] L’opinion du juge Patterson est également digne de mention, car il a déclaré que le caractère exécutoire d’un bail entre le créancier hypothécaire et un tiers dépendait en partie de [TRADUCTION] « l’authenticité de la transaction » : p. 543. Il a mentionné que cette authenticité de la transaction [TRADUCTION] « a habituellement été examinée en Angleterre dans le contexte du droit de la faillite » et,

therefore follow that the intention with which the lease is made is to be disregarded”: p. 543.

[72] In my view, the reasons of Ritchie C.J. and Strong and Patterson JJ. indicate this Court’s nearly unanimous *obiter* approval both of the existence of a general fraud upon the bankruptcy laws principle, even if it could not be applied at the time, and of a *bona fide* commercial purpose test corresponding to that principle.

[73] This Court addressed a set of circumstances resembling those governed by the common law anti-deprivation rule in *Coopérants, Mutual Life Insurance Society (Liquidator of) v. Dubois*, [1996] 1 S.C.R. 900. Mr. Dubois and Coopérants were the undivided co-owners of two immovables situated in Laval, Quebec. Their interests in the immovables were governed by two agreements in which they waived the right to demand a partition of the immovables for 35 years. Each agreement also provided that, in the event that one of the parties applied to a court for the appointment of a liquidator for the party’s property, that party’s interest in the immovable in question had to be sold to the counterparty. If the parties did not agree on the price, the defaulting party’s interest would be sold to the counterparty at 75 percent of its fair market value, which was to be determined without regard to the fact that the immovable was held in undivided co-ownership. Subsequently, Coopérants applied to a court for the appointment of a liquidator due to insolvency, and Mr. Dubois sought to rely on the forced sale clause in their agreements.

[74] This Court held that the liquidator was bound by the clause because there was no evidence that the contractual method for determining the sale price resulted in a price which was less than fair market value, nor was there any evidence that the clause gave Mr. Dubois an “unjust preference”: para. 41.

[75] I caution against overreliance on *Coopérants* for the purposes of ascertaining the content of a common law rule. The agreements at issue were governed by the *Civil Code of Lower Canada*, not

bien que le Canada n’ait pas eu de loi sur la faillite à cette époque, cela « ne voulait pas dire que l’intention derrière le bail devait être négligée » : p. 543.

[72] À mon avis, les motifs du juge en chef Ritchie et des juges Strong et Patterson indiquent que la Cour a approuvé, dans un *obiter* presque unanime, tant l’existence d’un principe général de fraude contre les lois en matière de faillite, même s’il s’avérait inapplicable à cette époque, que le test fondé sur l’objectif commercial véritable correspondant à ce principe.

[73] La Cour a examiné un ensemble de circonstances qui ressemblent à celles régies par la règle anti-privation de common law dans l’arrêt *Coopérants (Les), Société mutuelle d’assurance-vie (Liquidateur de) c. Dubois*, [1996] 1 R.C.S. 900. M. Dubois et Les Coopérants étaient les copropriétaires indivis de deux immeubles situés à Laval, au Québec. Leurs intérêts dans les immeubles étaient régis par deux conventions qui prévoyaient une renonciation au droit de demander le partage des biens immeubles pour une période de 35 ans. Chaque convention prévoyait également que si l’une des parties présentait une demande judiciaire pour la nomination d’un liquidateur de ses biens, l’intérêt de cette partie dans l’immeuble devait être vendu à l’autre. Si les parties ne s’entendaient pas sur le prix, l’intérêt de la partie défaillante devait être vendu à l’autre partie à 75 p. 100 de la juste valeur marchande, laquelle devait être établie sans égard au fait que l’immeuble était détenu en indivision. Subséquemment, Les Coopérants a présenté une demande judiciaire pour la nomination d’un liquidateur pour motif d’insolvabilité et M. Dubois a cherché à faire exécuter la clause de vente forcée prévue par leurs conventions.

[74] La Cour a conclu que le liquidateur était tenu de respecter la clause de vente forcée, car rien ne prouvait que la méthode prévue au contrat pour déterminer le prix de vente résultait en un prix inférieur à la juste valeur marchande et que la clause accordait à M. Dubois une « préférence injuste » : par. 41.

[75] Je conseille d’éviter un recours immodéré à l’arrêt *Coopérants* pour déterminer le contenu d’une règle de common law. Les contrats en cause étaient régis par le *Code civil du Bas-Canada* et

the common law, and the Court's comments regarding the enforceability of the clause in question were directed at how a court should exercise its discretion under what is now the *Winding-up and Restructuring Act*, R.S.C. 1985, c. W-11. Nonetheless, *Coopérants* is significant for having recognized the importance of enforcing arrangements which reflect a *bona fide* commercial purpose. The Court noted that the clause at issue created an obligation to sell a unique, non-fungible and indivisible property in which Mr. Dubois, as co-owner, had a specific interest. The Court also observed that the agreements in which the clause was found included reciprocal obligations between the co-owners, which called for ongoing performance. This Court stated that "[i]t is advisable to respect such contracts and ensure that they are as stable as possible": para. 38. Thus, this Court acknowledged that the clause at issue served a *bona fide* commercial purpose which the law should strive to uphold, even if doing so granted a degree of preference over other creditors.

[76] Finally, this Court addressed a set of circumstances resembling those governed by the *pari passu* rule in *A.N. Bail Co. v. Gingras*, [1982] 2 S.C.R. 475. A contract between a general contractor and a subcontractor authorized the general contractor to pay the subcontractor's suppliers directly in order to discharge obligations arising out of a construction project. The subcontractor entered into bankruptcy proceedings and the general contractor made use of the provision in question to pay one of the subcontractor's suppliers, which was a creditor of the subcontractor. This Court held that in the bankruptcy context such arrangements could not be used to supplant the *pari passu* distribution scheme in the *BIA*. This was so notwithstanding the general contractor's good faith.

[77] *Gingras* is consistent with the English approach to the *pari passu* rule. The House of Lords held in *British Eagle International Airlines Ltd. v. Cie Nationale Air France*, [1975] 1 W.L.R. 758 (H.L.), that the *pari passu* rule applies where the effect of a contract is that a bankrupt's assets would

non par la common law, et les commentaires de la Cour concernant l'applicabilité de la clause portaient sur la façon dont un tribunal doit exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui est aujourd'hui conféré par la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, L.R.C. 1985, c. W-11. L'arrêt *Coopérants* est néanmoins crucial puisqu'il a reconnu l'importance d'exécuter les conventions qui reflètent un objectif commercial véritable. La Cour a noté que la clause dont il était question créait l'obligation de vendre un bien unique, non fongible et indivisible à l'égard duquel M. Dubois, en tant que copropriétaire, avait un intérêt particulier. Elle a également observé que les conventions dans lesquelles se trouvait la clause comportaient des obligations réciproques pour les deux copropriétaires qui nécessitaient une continuité dans le temps. Elle a indiqué qu'« [i]l y a intérêt à respecter de tels contrats et à assurer leur stabilité dans la mesure du possible » : par. 38. Par conséquent, la Cour a reconnu que la clause en litige visait un objectif commercial véritable que les tribunaux doivent s'efforcer de respecter, même si cela accorde une préférence à certains créanciers plutôt qu'à d'autres.

[76] Enfin, la Cour a examiné un ensemble de circonstances ressemblant à celles régies par la règle du *pari passu* dans l'arrêt *A.N. Bail Co. c. Gingras*, [1982] 2 R.C.S. 475. Un contrat conclu entre un entrepreneur général et un sous-entrepreneur autorisait l'entrepreneur général à payer directement les fournisseurs du sous-entrepreneur pour les obligations liées au projet de construction. Le sous-entrepreneur a entamé une procédure de faillite et l'entrepreneur général s'est prévalu de la disposition contractuelle pour payer un des fournisseurs du sous-entrepreneur, qui était un créancier de ce dernier. La Cour a conclu que, dans le contexte d'une faillite, de tels contrats ne peuvent être utilisés pour supplanter le régime de distribution *pari passu* prévu par la *LFI*. Et cela, malgré la bonne foi de l'entrepreneur général.

[77] L'arrêt *Gingras* est compatible avec l'approche anglaise de la règle du *pari passu*. La Chambre des lords a conclu, dans l'arrêt *British Eagle International Airlines Ltd. c. Cie Nationale Air France*, [1975] 1 W.L.R. 758 (H.L.), que la règle du *pari passu* s'applique lorsque l'effet d'un contrat

be distributed to the bankrupt's creditors otherwise than in accordance with the bankruptcy laws, notwithstanding the parties' legitimate commercial purposes. However, as I explain in detail below, it does not follow that the anti-deprivation rule must adopt a similar effects-based test. Certainly, the United Kingdom Supreme Court did not regard *British Eagle* as precluding it from holding that the English anti-deprivation rule includes a *bona fide* commercial purpose element: *Belmont*. Therefore, I do not view *Gingras* as undermining the existence of a *bona fide* commercial purpose test for the anti-deprivation rule.

[78] In summary, *Hobbs* and *Coopérants* include significant *obiter dicta* which are suggestive of a *bona fide* commercial purpose test for the common law anti-deprivation rule. *Gingras* neither contradicts those *obiter dicta* nor departs from the law of England as stated in *Belmont* and *British Eagle*. Therefore, I am of the view that this Court's jurisprudence favours a *bona fide* commercial purpose test for the anti-deprivation rule — though, to be clear, this Court has not previously bound itself as a matter of *stare decisis* in this regard. My empirical inquiry must, therefore, live or die on the jurisprudence of the courts that have actually applied the common law anti-deprivation rule.

(ii) Superior Court and Appellate Jurisprudence

[79] On my reading of the jurisprudence, courts applying the anti-deprivation rule in Canada have not been content to rest their reasons for decision merely on a finding that the effect of a transaction or contractual provision was to deprive a bankrupt's estate of value. As I explain below, courts have looked past the effects of the arrangement and inquired into the presence or absence of a *bona fide* commercial purpose behind the deprivation. In the minority of cases where this discussion has not occurred, the absence of a *bona fide* commercial purpose has been readily inferable from the circumstances. These observations

sera d'entraîner une distribution des biens d'un failli à ses créanciers différente de celle prévue par les lois en matière de faillite, et ce, en dépit des objectifs commerciaux légitimes des parties. Cependant, comme je l'explique en détail, cela ne veut pas dire que la règle anti-privation doit entraîner le recours à un test similaire fondé sur les effets. Clairement, la Cour suprême du Royaume-Uni n'a pas considéré que l'affaire *British Eagle* l'empêchait de conclure que la règle anti-privation anglaise comprend une notion d'objectif commercial véritable : *Belmont*. Par conséquent, je considère que l'affaire *Gingras* ne nie pas l'existence d'un test fondé sur l'objectif commercial véritable auquel il faut recourir pour l'application de la règle anti-privation.

[78] En résumé, les arrêts *Hobbs* et *Coopérants* énoncent des *obiter dicta* importants qui évoquent un test fondé sur l'objectif commercial véritable auquel il faut recourir pour l'application de la règle anti-privation de common law. L'arrêt *Gingras* ne contredit pas ces *obiter dicta* ni ne s'écarte du droit anglais, tel qu'il a été énoncé dans les affaires *Belmont* et *British Eagle*. Je suis donc d'avis que la jurisprudence de la Cour favorise le recours à un test fondé sur l'objectif commercial véritable des parties pour l'application de la règle anti-privation — quoique, je le précise, la Cour ne se soit pas liée par le principe de *stare decisis* à cet égard. Mon examen empirique doit donc reposer sur la jurisprudence des tribunaux qui ont appliqué la règle anti-privation de common law.

(ii) Jurisprudence de la Cour supérieure et de la Cour d'appel

[79] D'après ma lecture de la jurisprudence, les tribunaux qui ont appliqué la règle anti-privation au Canada ne se sont pas contentés de fonder leurs décisions sur une simple conclusion voulant qu'une transaction ou une stipulation ait pour effet de réduire la valeur de l'actif du failli. Comme je l'explique ci-après, les tribunaux ont regardé au-delà des effets du contrat et ont vérifié si la privation poursuivait un objectif commercial véritable. Dans les rares cas où cet examen n'a pas été réalisé, il était facile d'inférer des circonstances l'absence d'un objectif commercial véritable. Ces observations me mènent

lead me to conclude that a *bona fide* commercial purpose element has a strong jurisprudential footing in Canadian law.

[80] The Ontario Court of Appeal, in *In Re Hoskins and Hawkey, Insolvents* (1877), 1 O.A.R. 379, applied the anti-deprivation rule to a lease which provided that upon the insolvency of the tenant, the current year's rent and the succeeding year's rent would be due and payable. The landlord argued that the additional year's rent was intended as compensation for his loss of a tenant. If the test the Court of Appeal applied had been focused solely on the effects of the provision, it would not have had to address this argument. Nonetheless, it did. The court rejected the landlord's argument, noting that it was "discredited by the circumstance that a surrender by a tenant, who had become insolvent, imports advantage rather than loss" for the landlord: p. 384. At p. 385, the court quoted with approval the decision of Lord Chancellor Redesdale in *Murphy, a Bankrupt* (1803), 1 Ch. 44, at p. 49, which has often been cited in Canada:

The question is, whether a person can be admitted to prove as a creditor, on the foundation of an instrument contrived for the purpose of defeating the effect of the bankrupt laws; where the only ground of the claim is an instrument executed for the purpose of giving a right against creditors, which would not exist against the bankrupt if he were solvent. All the cases in England have held this to be a fraud upon the bankrupt laws, which cannot be supported [Emphasis added.]

[81] Applying *Murphy*, the Court of Appeal concluded that the provision stipulating the payment of an additional year's rent to the landlord was invalid. In essence, the court found that there was no legitimate commercial purpose for the landlord to receive what would effectively be a gratuitous payment of an additional year's worth of rent long after the tenancy had come to an end.

[82] The same Court of Appeal applied the anti-deprivation rule to void an agreement in *Watson v. Mason* (1876), 22 Gr. 574 (U.C. Ch.). A partnership and the creditors of an insolvent business entered into

à conclure que la notion d'objectif commercial véritable est bien ancrée dans le droit canadien.

[80] Dans l'arrêt *In Re Hoskins and Hawkey, Insolvents* (1877), 1 O.A.R. 379, la Cour d'appel de l'Ontario a appliqué la règle anti-privation à un bail qui prévoyait que si le locataire devenait insolvable, le loyer de l'année en cours de même que celui de l'année suivante devait tout de même être payé. Le propriétaire a soutenu que le loyer de l'année additionnelle servait d'indemnisation pour sa perte de locataire. Si le test que la cour a appliqué n'avait été axé que sur les effets de la stipulation, elle n'aurait pas eu à aborder cet argument. Or, elle l'a fait. La cour a rejeté l'argument du propriétaire, mentionnant qu'il était [TRADUCTION] « infirmé par le fait que le départ d'un locataire devenu insolvable entraîne un avantage plutôt qu'une perte » pour le propriétaire : p. 384. À la p. 385, la Cour d'appel a cité avec approbation la décision rendue par le lord chancelier Redesdale dans l'arrêt *Murphy, a Bankrupt* (1803), 1 Ch. 44, p. 49, qui est souvent cité au Canada :

[TRADUCTION] La question est de savoir si une personne peut être autorisée à prouver sa réclamation à titre de créancier en se fondant sur un instrument créé aux fins d'annuler l'effet des lois en matière de faillite lorsque le seul fondement de la réclamation est un instrument conclu dans le but d'accorder un droit contre les créanciers, qui n'existerait pas contre le failli s'il était solvable. Dans toutes les affaires examinées en Angleterre, il a été conclu qu'il s'agissait d'une fraude contre les lois en matière de faillite qu'il est impossible d'appuyer . . . [Je souligne.]

[81] Appliquant l'arrêt *Murphy*, la Cour d'appel a conclu que la stipulation prévoyant le paiement au propriétaire d'un loyer pour une année additionnelle était invalide. Essentiellement, elle a jugé qu'il n'existait pas d'objectif commercial légitime pouvant justifier que le propriétaire reçoive ce qui serait en réalité le paiement à titre gratuit d'une année supplémentaire de loyer après la fin du bail.

[82] La même Cour d'appel a appliqué la règle anti-privation pour annuler une entente dans l'arrêt *Watson c. Mason* (1876), 22 Gr. 574 (U.C. Ch.). Une société de personnes et les créanciers d'une

an arrangement which permitted the partnership to purchase the assets of the business, with the stipulation that, upon the insolvency of the partnership, the partnership would then owe the creditors the balance of the business's unpaid debt. Justice Burton (as he then was) held that there was no authority to support the validity of an agreement "where the only ground of the claim is an instrument executed for the purpose of giving a right against creditors": p. 588 (emphasis added). Justice Patterson (then a member of the Court of Appeal) noted there was no evidence that the partnership had paid a discounted price on the assets in exchange for this *quid pro quo* and Burton J.A. was of the view that the partnership had paid the full value of the assets, rendering the contingent debt obligation essentially gratuitous. When I consider these comments in conjunction with the various judges' approving citations of English authorities referring to intention or purpose (pp. 583-84, for example), I take the court to have found that there was no legitimate commercial interest in conjuring the insolvent business's debt into existence upon the insolvency of the partnership after the partnership had already agreed to pay the creditors the full value of the goods which had belonged to the business.

[83] The anti-deprivation rule was also applied by Meyer J. in *Re Frechette* (1982), 138 D.L.R. (3d) 61 (Que. Sup. Ct.). The bankrupt was a shareholder in a private company. The shareholders' agreement provided for a right of first refusal should a shareholder voluntarily wish to dispose of his shares to a third party, and also included a right to purchase the shares of any shareholder who became bankrupt. The agreement further provided that the price to be paid on the forced sale of a bankrupt's shares was to be 80 percent of the price which would otherwise be paid if the shares were sold voluntarily through the right of first refusal.

[84] Justice Meyer concluded that the provision requiring the sale of a bankrupt shareholder's shares for 80 percent of their value was contrary to public policy because it granted the shareholders a special reduction in the price to be paid for those shares. If the standard he was applying had looked only to

entreprise insolvable ont conclu une entente qui permettait à la société de personnes d'acheter les actifs de l'entreprise, et qui prévoyait qu'en cas d'insolvabilité, la société devrait aux créanciers le reste des dettes impayées de l'entreprise. Le juge Burton (plus tard juge en chef) a conclu qu'aucun précédent n'appuyait la validité d'une entente [TRADUCTION] « alors que l'unique fondement de la réclamation est un instrument conçu dans le but d'accorder un droit contre les créanciers » : p. 588 (je souligne). Le juge Patterson (alors membre de la Cour d'appel) a mentionné que rien ne prouvait que la société de personnes avait payé un prix réduit pour les actifs en échange de cette contrepartie, et le juge Burton était d'avis que la société de personnes avait payé la valeur complète des actifs, ce qui transformait le paiement éventuel des dettes en un avantage concédé essentiellement à titre gratuit. Si je combine ces commentaires avec l'approbation par plusieurs juges de citations de décisions anglaises faisant référence à l'intention ou à l'objectif (p. 583-584, p. ex.), je comprends que la cour a conclu qu'il n'y avait aucun intérêt commercial légitime à faire assumer la dette d'une autre entreprise par la société de personnes, devenue insolvable, alors que cette société avait déjà convenu de payer aux créanciers la pleine valeur des biens de l'entreprise.

[83] Le juge Meyer a aussi appliqué la règle anti-deprivation dans la décision *Re Frechette* (1982), 138 D.L.R. (3d) 61 (C.S. Qc). Le failli était un actionnaire d'une société privée. La convention entre actionnaires prévoyait un droit de premier refus si l'un des actionnaires décidait de céder volontairement ses parts à un tiers, ainsi qu'un droit d'acheter la part de tout actionnaire ayant fait faillite. Cette entente prévoyait également que le prix à payer pour les parts d'un failli obtenues lors d'une vente forcée devait être de 80 p. 100 du prix qui serait autrement payé si les parts étaient vendues volontairement au moyen du droit de premier refus.

[84] Le juge Meyer a conclu que la stipulation exigeant la vente des parts du failli pour 80 p. 100 de leur valeur était contraire à l'intérêt public. Il est parvenu à cette conclusion parce qu'il a jugé que la stipulation accordait aux actionnaires une réduction spéciale du prix à payer pour les parts

the effects of the provision on bankruptcy, he could have ended his analysis there. However, he went on to consider the shareholders' purpose in entering into the arrangement.

[85] While Meyer J. accepted that the discount of 20 percent might have been agreed upon in good faith, he considered that it was essentially a gratuitous benefit granted by the shareholders to one another. Indeed, he analogized it to a "gift": p. 69. He observed that there "was no evidence before the court as to the existence of any consideration for such a reduction, other than a desire to confer a benefit on one's fellow shareholders in the event of one's bankruptcy": p. 69. In effect, this was a finding that there was no objectively ascertainable *commercial* interest behind the provision. A desire to give gifts to friends is plainly not a legitimate commercial interest which the law should protect over the interests of third party creditors in bankruptcy. Finally, I note that Meyer J. quoted and followed an English decision, *Borland's Trustee v. Steel Brothers & Co., Limited*, [1901] 1 Ch. 279, the significance of which I examine below when discussing another Canadian decision.

[86] Justice Saunders considered the anti-deprivation rule in *Re Knechtel Furniture Ltd.* (1985), 56 C.B.R. (N.S.) 258 (Ont. S.C.). The bankrupt, Knechtel Furniture, had an employee pension plan that had been wound up on the company's bankruptcy with a surplus of \$471,300, after all the beneficiaries had been fully paid in accordance with the terms of the plan. The plan stated that in the event of its termination, any surplus would be paid over to the company, provided, however, that, in the event that the company had become bankrupt or insolvent, the surplus would be allocated to the beneficiaries. The company's trustee in bankruptcy argued that the provision entitling the beneficiaries to the funds was contrary to public policy.

[87] The beneficiaries argued that the provision had not been inserted to defeat the bankrupt's creditors. They submitted that its purpose was to provide additional benefits to employees who would probably suffer great hardship if the plan were to be wound up

de l'actionnaire failli. Si la règle qu'il a appliquée ne s'intéressait qu'aux effets de la stipulation sur la faillite, il aurait pu terminer son analyse à cette étape. Mais il a poursuivi en examinant la raison pour laquelle les actionnaires avaient conclu l'entente.

[85] Bien que le juge Meyer ait accepté que le rabais de 20 p. 100 puisse avoir été convenu de bonne foi, il a jugé qu'il s'agissait essentiellement d'un avantage gratuit accordé par les associés les uns aux autres. En effet, il a comparé cet avantage à un [TRADUCTION] « cadeau » : p. 69. Il a observé que « la cour ne disposait d'aucune preuve démontrant l'existence d'une contrepartie pour ce rabais, à part le désir d'accorder un avantage à un autre actionnaire en cas de faillite » : p. 69. Cette conclusion revient à dire que la stipulation ne reposait sur aucun intérêt *commercial* objectivement vérifiable. Le désir de faire des cadeaux à des amis n'est tout simplement pas un intérêt commercial légitime que le droit devrait protéger au détriment des intérêts des créanciers tiers en cas de faillite. Enfin, je constate que le juge Meyer a cité et invoqué la décision anglaise *Borland's Trustee c. Steel Brothers & Co., Limited*, [1901] 1 Ch. 279, dont j'examinerai l'importance ci-après en analysant une autre décision canadienne.

[86] Le juge Saunders a examiné la règle anti-deprivation dans la décision *Re Knechtel Furniture Ltd.* (1985), 56 C.B.R. (N.S.) 258 (C.S. Ont.). La faillie, Knechtel Furniture, avait un régime de retraite pour ses employés. Celui-ci a été liquidé, avec un surplus de 471 300 \$ après que tous les bénéficiaires eurent été totalement payés conformément aux modalités du régime, lorsque la compagnie a fait faillite. Selon le régime, en cas de cessation, tout surplus devait être payé à la compagnie, mais si celle-ci avait fait faillite ou était devenue insolvable, il devait être distribué aux bénéficiaires. Le syndic de faillite de la compagnie a fait valoir que la clause qui accordait aux bénéficiaires un droit au surplus était contraire à l'intérêt public.

[87] Les bénéficiaires ont soutenu que la stipulation n'avait pas été incluse dans le but de contrecarrer le droit des créanciers de la faillie. Ils ont fait valoir qu'elle visait à accorder des avantages supplémentaires aux employés qui subiraient probablement de

after the company became bankrupt. In other words, they argued that the provision had a *bona fide* commercial purpose. Justice Saunders rejected this argument, not because he regarded it as irrelevant to his analysis, but rather because he found it “difficult to see why the hardship would necessarily be any less if the plan had been terminated when Knechtel was solvent”: p. 264. In other words, he did not accept that there was a legitimate commercial interest in giving the beneficiaries what would amount to gratuitous pension benefits. He observed that the beneficiaries had already been paid their benefits in full under the plan, and that, if the plan had been terminated while the company was solvent, the beneficiaries would have had no entitlement to the surplus. As enforcing the provision would redirect funds which would otherwise have gone into the bankrupt’s estate, the provision was contrary to public policy.

[88] The anti-deprivation rule was also considered by Blair J. (as he then was) in *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Bramalea Inc.* (1995), 33 O.R. (3d) 692 (C.J. (Gen. Div.)). Bramalea and the Canadian Imperial Bank of Commerce were in a partnership formed to develop and operate a shopping mall. A clause in their partnership agreement provided that, in the event of the insolvency of one of the partners, the solvent partner could purchase the insolvent partner’s interest at the lesser of book value or fair market value. Bramalea entered into bankruptcy proceedings, and the bank sought to exercise its right under the partnership agreement. The book value of Bramalea’s interest was estimated at \$200,000, and the evidence suggested that the fair market value might exceed the book value by as much as \$2 million to \$3 million. Thus, the clause would have given the bank a rather staggering discount on the value of Bramalea’s partnership interest. Justice Blair neither expressly accepted nor rejected these figures for the fair market valuation, but he did find that the difference in price was “more than minimal”: p. 694.

grandes difficultés si le régime était liquidé après la faillite de l’entreprise. Autrement dit, ils ont prétendu que la stipulation visait un objectif commercial véritable. Le juge Saunders a rejeté cet argument, non pas parce qu’il l’a jugé non pertinent pour son analyse, mais parce qu’il a estimé qu’il était [TRADUCTION] « difficile de voir pourquoi les difficultés auraient nécessairement été moindres si le régime avait été liquidé lorsque Knechtel était solvable » : p. 264. Autrement dit, il n’a pas accepté l’argument selon lequel il y avait un intérêt commercial légitime à accorder aux bénéficiaires ce qui équivaldrait à des prestations gratuites. Il a observé que les bénéficiaires avaient déjà reçu la totalité des prestations auxquelles ils avaient droit en vertu du régime et que, si celui-ci avait été liquidé alors que l’entreprise était solvable, les bénéficiaires n’auraient pas eu droit au surplus. Puisque l’application de la stipulation aurait pour effet de réaffecter les fonds qui auraient autrement fait partie de l’actif de la faillie, la stipulation était contraire à l’intérêt public.

[88] La règle anti-privation a aussi été examinée par le juge Blair (plus tard juge de la Cour d’appel) dans la décision *Canadian Imperial Bank of Commerce c. Bramalea Inc.* (1995), 33 O.R. (3d) 692 (C.J. (Div. gén.)). Bramalea et la CIBC étaient parties à un contrat de société conclu dans le but de construire et d’exploiter un centre commercial. Une des stipulations de l’entente prévoyait qu’en cas d’insolvabilité de l’un des associés, l’associé solvable pouvait acheter la participation de l’associé insolvable au prix le moins élevé entre la valeur comptable et la juste valeur marchande. Bramalea a entamé une procédure de faillite, et la banque a tenté d’exercer son droit prévu au contrat de société. La valeur comptable de la participation de Bramalea était évaluée à 200 000 \$ et la preuve tendait à démontrer que la juste valeur marchande pouvait dépasser la valeur comptable d’un montant aussi élevé que 2 000 000 à 3 000 000 de dollars. La clause aurait donc accordé à la banque un rabais plutôt ahurissant sur la valeur de la participation de Bramalea dans la société. Le juge Blair n’a expressément ni accepté ni rejeté les montants invoqués pour la juste valeur marchande, mais a conclu que la différence de prix était [TRADUCTION] « plus que minime » : p. 694.

[89] Justice Blair stated that it was “clear from the provisions of the partnership agreement itself that the parties had contemplated a transfer to one of the partners of the other partner’s partnership interest, solely in the event of insolvency of the latter, at a price which was less than what could be obtained for that interest on the market”: p. 695 (emphasis deleted). Although he was at pains to point out that there was no suggestion of a fraudulent or dishonest intent in this case, he also observed that the parties had intended to sell an asset at an undervalue. As a result, he found that the clause was contrary to public policy. Thus, while Blair J. did not expressly discuss whether there was an absence of an objective commercial purpose, he clearly did engage in a search for an objective purpose.

[90] In addition, I take Blair J.’s statement that the rule encompasses “fraud in the effect” as meaning no more than that a subjective intent to defraud the bankrupt’s creditors does not have to be shown in order for the anti-deprivation rule to apply: p. 694. In *Belmont*, Lord Mance explained that references in the jurisprudence to “fraud” of the bankruptcy law are not references to fraud “in a strict sense” or to “morally opprobrious” conduct: para. 151. Lord Brett also made this point clear at p. 459 of *Voisey*. Thus, a showing of subjective dishonesty or deceit is unnecessary. However, Lord Mance, at para. 151 of *Belmont*, and Lord Brett, at p. 461 of *Voisey*, both held that the anti-deprivation rule requires an assessment of whether there was a legitimate purpose behind a transaction. I see nothing contradictory in holding that deceit, dishonesty, or impropriety need not be shown, while also holding that the anti-deprivation rule does not apply to transactions or contractual provisions which serve a *bona fide* commercial purpose. I therefore do not see Blair J.’s comments regarding “fraud in the effect” as inconsistent with the view I put forward.

[89] Le juge Blair a déclaré qu’il [TRADUCTION] « ressortait clairement des clauses du contrat de société elles-mêmes que les parties envisageaient un transfert de la participation dans la société de l’un des associés à l’autre uniquement en cas d’insolvabilité du premier, à un prix moins élevé que ce que l’on aurait obtenu pour cette participation sur le marché » : p. 695 (italique omis). Ainsi, bien qu’il se soit efforcé de souligner que rien n’indiquait la présence d’une intention frauduleuse ou malhonnête dans cette affaire, il a observé que les parties voulaient vendre un actif à un prix sous-évalué. Par conséquent, il a conclu que la clause était contraire à l’intérêt public. Donc, bien que le juge Blair ne se soit pas expressément penché sur la question de savoir si la stipulation avait une finalité commerciale objective, il a manifestement tenté de trouver une finalité objective.

[90] De plus, je considère que la déclaration du juge Blair selon laquelle la règle englobe [TRADUCTION] l’« effet frauduleux » veut seulement dire qu’il n’est pas nécessaire de démontrer une intention subjective de commettre une fraude contre les créanciers du failli pour que la règle anti-privation s’applique : p. 694. Dans l’arrêt *Belmont*, lord Mance a expliqué que les mentions dans la jurisprudence de [TRADUCTION] « fraude » contre les lois en matière de faillite ne visent pas la fraude « au sens strict » ni les conduites « moralement scandaleuses » : par. 151. Lord Brett s’est également prononcé clairement en ce sens à la p. 459 de l’arrêt *Voisey*. En conséquence, il n’est pas nécessaire de démontrer une intention malhonnête subjective ou une tromperie. Toutefois, lord Mance, au par. 151 de l’arrêt *Belmont*, et lord Brett, à la p. 461 de l’arrêt *Voisey*, ont tous les deux conclu que la règle anti-privation exigeait d’évaluer si la transaction poursuivait un objectif légitime. Je ne vois rien de contradictoire à décider que la preuve d’une tromperie ou d’un acte malhonnête ou répréhensible n’est pas nécessaire, tout en concluant que la règle anti-privation ne s’applique pas aux transactions ou aux stipulations qui visent un objectif commercial véritable. Je ne considère donc pas les commentaires du juge Blair concernant la [TRADUCTION] « effet frauduleux » comme étant incompatibles avec le point de vue que j’avance.

[91] Further, Blair J., at p. 695, like Meyer J. in *Frechette*, at p. 68, quoted directly from the English case of *Borland*, in which Farwell J. stated the following in the context of a share purchase agreement:

If I came to the conclusion that there was any provision in these articles compelling persons to sell their shares in the event of bankruptcy at something less than the price that they would otherwise obtain, such a provision would be repugnant to the bankruptcy law [p. 291]

This leaves open the question, however, of whether the repugnancy would arise because the provision would amount to a deprivation “in effect”, notwithstanding the parties’ *bona fide* intentions, or whether the sale at an undervalue would undermine the parties’ claim that they had drafted the provision so as to serve legitimate commercial interests. I think the latter view reflects the better reading of Farwell J.’s reasons in *Borland*, to which I now turn.

[92] Mr. Borland was a shareholder in a private company which carried on business in Burma. The company’s articles of association provided that each of the shareholders was “entitled to continue to hold the shares then held by him or any of them until he should die or voluntarily transfer the same or become bankrupt”: p. 281. Mr. Borland was adjudicated bankrupt, the company attempted to force the sale of his shares, and the trustee of his estate resisted the sale, arguing that the provision was a fraud upon the bankruptcy laws.

[93] Justice Farwell found that the forced sale provision in the articles of association was not contrary to public policy. He found that the provision had been inserted *bona fide* and constituted a “fair agreement for the purpose of the business of the company”: p. 291. Justice Farwell observed that the shares were difficult to value because they came with a number of restrictive clauses that made it “impossible to find a market value”. He added that the price offered by the company likely represented the fair value of the shares, given that they were essentially incapable

[91] En outre, le juge Blair, à la p. 695, comme le juge Meyer dans l’affaire *Frechette*, p. 68, a cité directement la décision anglaise *Borland* où le juge Farwell a déclaré ce qui suit dans le contexte d’une convention d’achat d’actions :

[TRADUCTION] Si j’en arrivais à la conclusion que l’une de ces stipulations obligeait quiconque à vendre ses parts en cas de faillite à un prix moins élevé que celui qu’il ou elle aurait autrement obtenu, cette disposition serait incompatible avec le droit de la faillite . . . [p. 291]

Toutefois, on peut se demander si cette incompatibilité découlerait du fait que la disposition constituerait une privation « compte tenu de ses effets », malgré la bonne foi des parties, ou si la vente à un prix sous-évalué nuirait à la prétention des parties voulant qu’elles aient rédigé la stipulation de façon à servir des intérêts commerciaux légitimes. Je crois que la dernière supposition constitue une meilleure interprétation des motifs du juge Farwell dans la décision *Borland*, que j’examinerai sans plus tarder.

[92] Monsieur Borland était actionnaire d’une entreprise privée qui conduisait ses activités en Birmanie. Les statuts constitutifs de l’entreprise prévoyaient que chaque actionnaire [TRADUCTION] « avait le droit de continuer à détenir ses actions ou celles des autres actionnaires jusqu’à sa mort, ou jusqu’à ce qu’il les transfère volontairement ou jusqu’à ce qu’il fasse faillite » : p. 281. Monsieur Borland ayant été déclaré failli, l’entreprise a tenté de l’obliger à vendre ses actions. Le syndic de faillite de M. Borland s’est opposé à la vente, faisant valoir que la stipulation constituait une fraude contre les lois en matière de faillite.

[93] Le juge Farwell a conclu que la disposition des statuts constitutifs relative à la vente forcée n’était pas contraire à l’intérêt public. Il a jugé qu’elle y avait été ajoutée [TRADUCTION] « de bonne foi » et constituait une « entente équitable aux fins des activités de l’entreprise » : p. 291. Il a constaté qu’il était difficile d’évaluer les actions parce qu’elles étaient assorties de plusieurs clauses restrictives qui « empêchaient d’en établir la valeur marchande ». Le juge Farwell a ajouté que le prix offert par l’entreprise représentait vraisemblablement la juste valeur

of valuation. The same share price applied to all shareholders and applied for sales of shares outside of bankruptcy as well as in bankruptcy.

[94] It was in this context that Farwell J. made the statement quoted by Blair J. in *Bramalea*. However, given Farwell J.'s observation that the shares were essentially impossible to value, his conclusion that the anti-deprivation rule did not apply depended more on his view that the arrangement was a *bona fide* commercial agreement than it did on establishing a fixed principle that the absence of evidence of a deprivation was determinative of the rule's application: see A. Ho, "The Treatment of *Ipsa Facto* Clauses in Canada" (2015), 61 *McGill L.J.* 139, at p. 161. Therefore, to the extent that the courts in *Bramalea* and *Frechette* followed *Borland*, either they did so on a mistaken view of what it stands for, or (and I prefer this view) implicit in their reasons is the notion that the anti-deprivation rule does not apply to *bona fide* commercial agreements.

[95] The Ontario Court of Appeal relied on *Bramalea* to invalidate a contractual provision in *Aircell Communications Inc. (Trustee of) v. Bell Mobility Cellular Inc.*, 2013 ONCA 95, 14 C.B.R. (6th) 276. Aircell and Bell were parties to an independent dealer agreement which provided that Bell could terminate the agreement on notice if Aircell defaulted on its payments to Bell for purchases of inventory. It further provided that, should the agreement be terminated for specified reasons, Bell's obligations to pay commissions "shall cease immediately": para. 8. Owing to financial difficulties, Aircell defaulted on its payments and then entered into bankruptcy proceedings. It owed Bell \$64,000 for inventory, and Bell retained \$188,981 worth of commissions it owed to Aircell. As Bell was entitled to set-off under the *BIA*, Aircell's trustee brought an action against Bell to recover only the difference between the commissions retained by Bell and the amounts which Aircell owed to Bell. The Court of Appeal found that the clause at issue provided "a windfall to . . . Bell": para. 12. Applying *Bramalea*,

des actions étant donné qu'il était essentiellement impossible de les évaluer. Le même prix s'appliquait à tous les actionnaires ainsi qu'à la vente des actions dans le cadre d'une faillite et en dehors de celle-ci.

[94] C'est dans ce contexte que le juge Farwell a formulé le commentaire qu'a cité le juge Blair dans la décision *Bramalea*. Cependant, étant donné l'observation du juge Farwell selon laquelle il était essentiellement impossible d'établir la valeur des actions, sa conclusion quant à l'inapplicabilité de la règle anti-privation reposait davantage sur son impression que l'entente visait un objectif commercial véritable que sur l'établissement d'un principe fixe selon lequel l'absence de preuve démontrant une privation est déterminante eu égard à l'application de la règle : voir A. Ho, « The Treatment of *Ipsa Facto* Clauses in Canada » (2015), 61 *R.D. McGill* 139, p. 161. Par conséquent, dans la mesure où les décisions *Bramalea* et *Frechette* ont suivi la décision *Borland*, elles l'ont fait soit sur la base d'une mauvaise interprétation, soit, et c'est l'interprétation que je privilégie, parce qu'il est implicite dans les motifs de ces jugements que la règle anti-privation ne s'applique pas aux ententes commerciales véritables.

[95] La Cour d'appel de l'Ontario s'est fondée sur la décision *Bramalea* pour invalider une stipulation dans l'arrêt *Aircell Communications Inc. (Trustee of) c. Bell Mobility Cellular Inc.*, 2013 ONCA 95, 14 C.B.R. (6th) 276. Aircell et Bell étaient parties à un contrat de concessionnaire indépendant qui prévoyait que Bell pouvait résilier le contrat moyennant un préavis si Aircell ne payait pas à Bell ses achats d'inventaire. Ce contrat prévoyait également qu'en cas de résiliation du contrat pour des motifs précisés, les obligations de Bell relatives au paiement de commissions [TRADUCTION] « pren[draient] fin immédiatement » : par. 8. En raison de difficultés financières, Aircell n'a pas fait certains paiements et a entamé des procédures de faillite. Elle devait à Bell 64 000 \$ pour des articles en inventaire, tandis que Bell a retenu des commissions s'élevant à 188 981 \$ qu'elle devait à Aircell. Comme Bell avait droit à une compensation en application de la *LFI*, le syndic d'Aircell a intenté un recours contre Bell afin de recouvrer seulement la différence entre les commissions retenues par Bell et les sommes qu'Aircell devait à cette dernière. La

it held that the clause was unenforceable as contrary to public policy.

[96] The Court of Appeal described the test from *Bramalea* as being essentially effects-based. However, as indicated by my analysis of *Bramalea* above, that is an oversimplification of Blair J.'s reasons. Further, and I admit that the court did not discuss the case on this basis, it is implicit in the court's description of the effect of the clause as a "windfall" that the clause was offensive not only because it deprived Aircell's estate of value, but also because there was no legitimate commercial basis in bankruptcy for Bell to withhold payments which were in excess of the debt it was owed by Aircell. I therefore do not view *Aircell* as inconsistent with my approach.

[97] The anti-deprivation rule was considered by Registrar Quinn in *Westerman (Bankrupt), Re*, 1998 ABQB 946, 234 A.R. 371, rev'd on other grounds, 1999 ABQB 708, 275 A.R. 114. The bankrupt was a party to a partnership agreement which provided that a bankrupt partner could be expelled from the partnership and the partnership would then be obliged to pay that partner only 50 percent of his capital account. Registrar Quinn found that allowing the partnership to take 50 percent of the bankrupt's capital account would grant it an unjust preference, as any losses incurred by the partnership as a result of the expulsion of the bankrupt partner were "purely speculative". He therefore concluded that the partnership was not entitled to retain the funds. As Registrar Quinn did not address the commercial purpose behind the provision, it does not appear that any commercial purpose was offered. As the provision was to the effect that the partner's capital account could be settled at a 50 percent discount in the event of bankruptcy, an objective commercial purpose is not readily apparent. I therefore do not view *Westerman* as authority against my reading of the jurisprudence.

Cour d'appel a conclu que la clause prévoyait un [TRADUCTION] « profit inattendu [. . .] pour Bell » : par. 12. Appliquant la décision *Bramalea*, la Cour d'appel a conclu que la clause était non exécutoire parce qu'elle était contraire à l'intérêt public.

[96] La Cour d'appel a décrit le test établi dans la décision *Bramalea* comme étant essentiellement fondé sur les effets. Cependant, comme l'indique mon analyse de cette décision, il s'agit d'une simplification à outrance des motifs du juge Blair. De plus, et j'admets que la Cour d'appel n'a pas examiné cette affaire sur ce fondement, le fait qu'elle décrive l'effet de la clause comme un [TRADUCTION] « profit inattendu » indique implicitement que cette clause était offensante non seulement parce qu'elle réduisait l'actif d'Aircell, mais aussi parce qu'aucun fondement commercial légitime en matière de faillite ne permettait à Bell de retenir les paiements qui dépassaient la dette d'Aircell envers elle. Selon moi, l'arrêt *Aircell* n'est donc pas incompatible avec mon approche.

[97] La règle anti-privation a été examinée par le registraire des faillites Quinn dans la décision *Westerman (Bankrupt), Re*, 1998 ABQB 946, 234 A.R. 371, inf. pour d'autres motifs, 1999 ABQB 708, 275 A.R. 114. Le failli était partie à un contrat de société qui prévoyait qu'un associé failli pouvait être exclu de la société de personnes et que cette dernière ne serait alors tenue de verser à l'associé failli que 50 p. 100 de son compte de capital. Le registraire Quinn a conclu que le fait de permettre à la société de personnes de s'attribuer 50 p. 100 du compte de capital du failli conférerait une préférence injuste à la société, car toutes les pertes subies par celle-ci à la suite de la faillite étaient [TRADUCTION] « purement spéculatives ». Il a donc conclu que la société de personnes n'avait pas le droit de retenir les fonds. Puisque le registraire Quinn n'a pas abordé l'objectif commercial qui sous-tendait la stipulation, il semble qu'aucun objectif commercial n'ait été porté à son attention. Comme la stipulation avait pour effet de priver le compte de capital de l'associé de 50 p. 100 de sa valeur en cas de faillite, aucune finalité commerciale objective n'était manifeste. Je considère donc que l'arrêt *Westerman* n'est pas un précédent qui réfute ma lecture de la jurisprudence.

[98] In his reasons, Registrar Quinn expressed the view that *Coopérants* was at odds with *Bramalea*, *Knetchel*, and *Frechette*. However, as the preceding analysis demonstrates, the golden thread weaving its way through the tapestry of the Canadian jurisprudence is the presence or absence of an objective commercial purpose behind the agreements under review. In *Coopérants*, there was such a purpose, whereas in *Bramalea*, *Knetchel*, and *Frechette*, there was not. Moreover, the analyses in *Coopérants*, *Bramalea*, *Knetchel*, and *Frechette* went past the question of whether the provisions in question had the effect of removing assets from the debtors' estates and extended to the legitimacy of the intentions behind them. This is also true of *Hoskins* and, arguably, of *Watson*, as well. Meanwhile, the more recent authorities applying the rule in which the parties' purposes are not expressly discussed — *Westerman* and *Aircell* — do not detract from my reading of the jurisprudence because they do not show any intent to break with past precedent and because an absence of a legitimate commercial purpose is discernable on the facts of those cases.

[99] In the weight of lower court cases in which the anti-deprivation rule was addressed, the rule has been found not to apply where the provision in question has a *bona fide* commercial purpose. When I consider this jurisprudence in light of *Hobbs* and *Coopérants*, I am led to the conclusion that a *bona fide* commercial purpose element has a strong jurisprudential footing in Canadian law. I therefore cannot accept my colleague's position that a *bona fide* commercial purpose test would amount to a change to the existing law: Rowe J.'s reasons, at paras. 32 and 39. With respect, it is my colleague's adoption of a purely effects-based test which represents a break with the past. To declare that an absence of a *bona fide* commercial purpose is required in order to apply the anti-deprivation rule is to discover the law as it has always been — as it has been handed down to us in the reasoned opinions of the jurists who preceded us.

[100] Of course, the law could be incrementally developed away from this position. Courts may adapt

[98] Dans ses motifs, le registraire Quinn a exprimé l'opinion selon laquelle l'arrêt *Coopérants* était incompatible avec les décisions *Bramalea*, *Knetchel* et *Frechette*. Toutefois, comme l'analyse qui précède le démontre, le lien qui relie les affaires canadiennes est la présence ou l'absence d'une finalité commerciale objective qui sous-tend les contrats examinés. Il y avait une telle finalité dans l'affaire *Coopérants*, mais non dans les affaires *Bramalea*, *Knetchel* et *Frechette*. En outre, il ressort des analyses menées dans ces quatre décisions que les juges, au lieu de s'en tenir à la question de savoir si les stipulations en litige avaient pour effet de retirer des biens de l'actif des débiteurs, se sont enquis de la légitimité des intentions exprimées par ces stipulations. C'est aussi le cas de l'arrêt *Hoskins*, et sans doute de l'arrêt *Watson*. Par ailleurs, les précédents plus récents qui ont appliqué la règle et qui n'ont pas abordé expressément la question de l'intention des parties — *Westerman* et *Aircell* — ne s'opposent pas à ma lecture de la jurisprudence, car ils n'expriment aucune intention de s'éloigner des précédents et les faits en cause démontraient une absence d'objectif commercial légitime.

[99] Dans les décisions des tribunaux d'instances inférieures qui en ont traité, il a été jugé que la règle anti-privation ne s'appliquait pas lorsque la stipulation en cause poursuivait un objectif commercial véritable. Lorsque j'examine cette jurisprudence à la lumière des arrêts *Hobbs* et *Coopérants*, j'arrive à la conclusion que la notion d'objectif commercial véritable est bien ancrée dans le droit canadien. Je ne peux donc accepter la position de mon collègue selon laquelle l'adoption d'un test fondé sur l'objectif commercial véritable constituerait une modification du droit existant : motifs du juge Rowe, par. 32 et 39. Avec égards, c'est l'adoption par mon collègue d'un test uniquement fondé sur les effets qui représente une rupture par rapport au passé. Déclarer la règle anti-privation inapplicable en l'absence d'un objectif commercial véritable reviendrait à reconnaître le droit tel qu'il a toujours été, tel qu'il nous a été légué par les opinions raisonnées des juristes qui nous ont précédés.

[100] Bien entendu, les règles de droit pourraient être progressivement modifiées pour s'éloigner de

the common law where they deem it necessary to keep the law in step with the dynamic and evolving fabric of society: see *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654. In my view, when courts consider whether to introduce such innovations to the common law, they should base their decision making on sound legal principles and compelling considerations of public policy. Thus, I now turn to consider whether there is a principled legal basis for distinguishing between the *pari passu* rule, with its effects-based test, and the anti-deprivation rule, with its traditionally purpose-based test.

(2) There Is a Principled Legal Basis for Distinguishing Between the Anti-Deprivation Rule and the *Pari Passu* Rule

[101] One of the reasons my colleague cites in favour of an effects-based test for the anti-deprivation rule is that it would be consistent with the test for the *pari passu* rule: Rowe J.'s reasons, at para. 35. In my view, however, there is a principled legal basis upon which to distinguish the two rules: the anti-deprivation rule is based on a common law public policy, whereas the *pari passu* rule is based on an implied statutory prohibition in the *BIA*.

[102] The anti-deprivation rule and the *pari passu* rule form part of a more general and longstanding doctrine in the common law to the effect that an agreement that is contrary to public policy may be struck down as unenforceable: S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (7th ed. 2017), at para. 562. This public policy doctrine has at least two branches: (1) common law public policy; and (2) statutory public policy: Waddams, at para. 566. The common law branch concerns agreements struck down on the basis of a judicial apprehension of a public policy interest which outweighs the general public interest in the enforcement of contracts: e.g., *Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 SCC 6, [2009] 1 S.C.R. 157, at paras. 15-20. The statutory branch concerns agreements struck down because they are expressly or impliedly prohibited by statute: *Transport North American Express Inc. v. New Solutions Financial Corp.*, 2004 SCC 7, [2004] 1

cette position. Les tribunaux peuvent adapter la common law lorsqu'ils le jugent nécessaire pour l'ajuster à la dynamique et à l'évolution du tissu social : voir *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654. À mon avis, lorsque les tribunaux envisagent d'introduire de telles innovations dans la common law, ils doivent fonder leur décision sur des principes juridiques solides et des considérations d'ordre public impératives. Ainsi, j'examinerai maintenant s'il existe un fondement juridique valable pour établir une distinction entre la règle du *pari passu*, avec son test fondé sur les effets, et la règle anti-privation, avec son test traditionnellement fondé sur l'objectif.

(2) Il existe un fondement juridique valable pour établir une distinction entre la règle anti-privation et la règle du *pari passu*

[101] Mon collègue justifie le choix d'un test fondé sur les effets pour l'application de la règle anti-privation notamment parce qu'il s'harmoniserait avec le test applicable à la règle du *pari passu* : motifs du juge Rowe, par. 35. Or, à mon avis, il existe un fondement juridique valable pour établir une distinction entre les deux règles : la règle anti-privation repose sur un principe d'intérêt public de common law, tandis que la règle du *pari passu* repose sur une prohibition implicite contenue dans la *LFI*.

[102] La règle anti-privation et la règle du *pari passu* font partie d'une doctrine de common law plus générale établie depuis longtemps selon laquelle une entente contraire à l'intérêt public peut être jugée inexécutoire et annulée en conséquence : S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (7^e éd. 2017), par. 562. Cette doctrine de l'intérêt public comprend au moins deux volets : 1) l'intérêt public issu de la common law; 2) l'intérêt public d'origine statutaire : Waddams, par. 566. Le volet de common law vise les ententes annulées parce que les tribunaux craignent qu'une considération d'intérêt public l'emporte sur l'intérêt public général à l'égard de l'exécution des contrats : p. ex., *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 CSC 6, [2009] 1 R.C.S. 157, par. 15-20. Le volet statutaire vise les ententes annulées parce qu'elles sont expressément ou implicitement interdites par une loi : *Transport North American Express Inc. c. New Solutions Financial*

S.C.R. 249, at paras. 20-26. On my reading of the jurisprudence, the anti-deprivation rule falls under the common law branch of the public policy doctrine, which includes a policy against agreements entered into for the purpose of defrauding or otherwise injuring third parties. I rest this conclusion on the following two observations about the jurisprudence.

[103] My first observation relates to the rule's origins. The early English authorities which underpin the Canadian anti-deprivation rule routinely described the agreements at issue as fraudulent, dishonest or evasive: see *Belmont*, at paras. 74-79, per Lord Collins; Ho, at pp. 151-52; R. J. Wood, "Direct Payment Clauses and the Fraud Upon the Bankruptcy Law Principle: *Re Horizon Earthworks Ltd. (Bankrupt)*" (2014), 52 *Alta. L.R.* 171, at p. 175. Lord Chancellor Eldon held that a term "adopted with the express object of taking the case out of reach of the Bankrupt Laws" was "a direct fraud upon the Bankrupt Laws" in *Higinbotham v. Holme* (1812), 19 Ves. Jr. 88, 34 E.R. 451, at p. 453. Justice Vaughan Williams held that an agreement that a debtor's interest in property would determine upon their bankruptcy was "evidence of an intention to defraud [their] creditors" in *In re Stephenson*, [1897] 1 Q.B. 638, at p. 640. Vice Chancellor Wood stated that "no one can be allowed to derive benefit from a contract that is in fraud of the bankrupt laws" in *Whitmore v. Mason* (1861), 2 J. & H. 204, 70 E.R. 1031, at p. 1035. Lord James described the contractual arrangement which he found void as "a clear attempt to evade the operation of the bankruptcy laws" in *Ex parte Mackay* (1873), L.R. 8 Ch. App. 643, p. 647: see also *Voisey*, per Brett L.J. and *Murphy*, per Redesdale L.C., both quoted above. The earliest Canadian decisions, *Hobbs*, *Hoskins*, and *Watson*, are to similar effect.

[104] The reasoning employed by these courts appears to have turned on their apprehension that the arrangements at issue were aimed at an unlawful

Corp., 2004 CSC 7, [2004] 1 R.C.S. 249, par. 20-26. D'après ma lecture de la jurisprudence, la règle anti-privation relève du volet de common law de la doctrine de l'intérêt public qui interdit les ententes conclues dans le but de commettre une fraude ou de causer autrement un préjudice à un tiers. Ma conclusion repose sur les deux observations suivantes à propos de la jurisprudence.

[103] Ma première observation concerne les origines de la règle. Les vieux précédents anglais qui sous-tendent la règle anti-privation canadienne décrivaient systématiquement les ententes en cause comme étant frauduleuses, malhonnêtes ou évasives : voir *Belmont*, par. 74-79, le lord Collins; Ho, p. 151-152; R. J. Wood, « Direct Payment Clauses and the Fraud Upon the Bankruptcy Law Principle : *Re Horizon Earthworks Ltd. (Bankrupt)* » (2014), 52 *Alta. L.R.* 171, p. 175. Dans la décision *Higinbotham c. Holme* (1812), 19 Ves. Jr. 88, 34 E.R. 451, p. 453, le lord chancelier Eldon a conclu qu'une stipulation [TRADUCTION] « adoptée dans le but exprès de soustraire l'affaire à l'application des lois en matière de faillite » constitue « une fraude directe contre les lois en matière de faillite ». Le juge Vaughan Williams a conclu pour sa part, dans la décision *In re Stephenson*, [1897] 1 Q.B. 638, p. 640, qu'une entente selon laquelle l'intérêt d'un débiteur à l'égard d'un bien serait établi au moment de sa faillite est [TRADUCTION] « la preuve d'une intention de commettre une fraude contre [ses] créanciers ». Dans le jugement *Whitmore c. Mason* (1861), 2 J. & H. 204, 70 E.R. 1031, p. 1035, le vice-chancelier Wood a déclaré que [TRADUCTION] « personne ne peut être autorisé à retirer un avantage d'un contrat qui constitue une fraude contre les lois en matière de faillite ». Dans le jugement *Ex parte Mackay* (1873), L.R. 8 Ch. App. 643, p. 647, lord James a décrit le contrat qu'il a annulé comme étant [TRADUCTION] « une tentative évidente d'éviter l'application des lois en matière de faillite » : voir aussi *Voisey*, le lord Brett et *Murphy*, le lord chancelier Redesdale, tous les deux précitées. Les plus vieux précédents canadiens *Hobbs*, *Hoskins* et *Watson* vont dans le même sens.

[104] Le raisonnement adopté par ces tribunaux semble avoir reposé sur une crainte que les ententes en cause aient visé un objectif illégal s'apparentant

purpose which approximated fraud, not on a finding that they were impliedly prohibited by statute. The early common law courts applying the rule needed to analogize the public policy ground upon which they based their decisions to an established category, and the comparatively less sophisticated insolvency legislation in force at the time did not provide a basis for invalidating such contracts. In my view, this is why the jurisprudence is replete with references to “fraud” and similar terminology.

[105] My next observation relates to the mode of reasoning in anti-deprivation rule decisions. If the anti-deprivation rule were based on an implied prohibition in the relevant bankruptcy statute, one would expect both the English and the Canadian authorities to turn on an appreciation of Parliament’s legislative intent as embodied in the wording of the relevant statute: see J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2nd ed. 2012), at pp. 457 and 486. However, on my reading of those authorities, courts considering the application of the anti-deprivation rule have routinely recited the principles and policies articulated in prior authorities with little or no regard for the wording of the relevant statute in force. Thus, the rule is more in the nature of a judicially-apprehended public policy than an implied prohibition in the various insolvency statutes which have been enacted and revised throughout the centuries of the rule’s trans-Atlantic existence. In this regard, it should be recalled that this Court adopted the early English authorities and then extended their reach to cases outside of the bankruptcy context in *Hobbs*, notwithstanding the fact that there was no bankruptcy legislation in force in Canada at the time. To me, this suggests that the public policy is judicially derived.

[106] My view, based on these two observations, is that the anti-deprivation rule falls under the common law branch of the public policy doctrine, which includes a policy against agreements entered into for the purpose of defrauding or otherwise injuring third parties: see McCamus, at p. 456; *Elford v. Elford* (1922), 64 S.C.R. 125; *Campbell River Lumber Co.*

à de la fraude, et non sur une conclusion qu’elles étaient implicitement interdites par une loi. Les premiers tribunaux de common law ayant appliqué la règle devaient faire une analogie entre l’intérêt public sur lequel ils fondaient leur décision et une catégorie établie, et les lois moins sophistiquées en matière d’insolvabilité en vigueur à l’époque n’offraient pas de fondement permettant d’invalider de tels contrats. À mon avis, c’est pour cette raison que la jurisprudence est empreinte de références à la « fraude » et à des notions similaires.

[105] Ma prochaine observation concerne le mode de raisonnement dans les décisions relatives à la règle anti-privation. Si cette règle était fondée sur une prohibition implicite contenue dans la loi sur la faillite pertinente, on pourrait s’attendre à ce que tant la jurisprudence anglaise que la jurisprudence canadienne examinent l’intention législative du Parlement tel qu’elle ressort du libellé de la loi en cause : voir J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2^e éd. 2012), p. 457 et 486. Or, ma revue des décisions en question illustre que les tribunaux qui ont envisagé l’application de la règle anti-privation ont toujours cité les principes et les politiques exposés dans la jurisprudence en accordant peu ou pas d’importance au libellé de la loi pertinente en vigueur. Par conséquent, la règle relève davantage de la nature d’un intérêt public envisagé par les tribunaux que d’une prohibition implicite contenue dans les diverses lois sur l’insolvabilité qui ont été adoptées et révisées à travers les siècles au cours desquels cette règle a existé de part et d’autre de l’Atlantique. À cet égard, il faut se rappeler que la Cour a adopté les vieux précédents anglais et en a ensuite élargi la portée aux affaires ne relevant pas du domaine de la faillite dans l’arrêt *Hobbs*, et ce, malgré le fait qu’à cette époque, il n’existait aucune loi sur la faillite au Canada. À mon avis, cela donne à penser que l’intérêt public émane des tribunaux.

[106] Compte tenu de ces deux observations, je suis d’avis que la règle anti-privation relève du volet de common law de la doctrine de l’intérêt public, qui interdit les ententes conclues dans le but de commettre une fraude ou de causer autrement un préjudice à un tiers : voir McCamus, p. 456; *Elford v. Elford* (1922), 64 R.C.S. 125; *Campbell River*

v. McKinnon (1922), 64 S.C.R. 396; *Zimmermann v. Letkeman*, [1978] 1 S.C.R. 1097.

[107] My colleague appears to take the view that the anti-deprivation rule falls under the statutory branch of the public policy doctrine: Rowe J.'s reasons, at para. 30. With respect, however, the provision on which my colleague relies, s. 71 of the *BIA*, is far from clear in this regard. Under s. 71, a bankrupt ceases to have any capacity to dispose of or otherwise deal with their property only when a bankruptcy order is made or an assignment into bankruptcy is filed. It is not clear from its wording that this provision has any effect on the validity of an agreement entered into before that time. This ambiguity is particularly apparent in relation to agreements which qualify the bankrupt's interest in an asset from the outset, as is the case with Condition Q of the Subcontract. It is a well-established principle that the *BIA* does not grant a trustee any greater interest in a bankrupt's property than that enjoyed by the bankrupt prior to bankruptcy: *Giffen (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 91, at para. 50; *Lefebvre (Trustee of)*, 2004 SCC 63, [2004] 3 S.C.R. 326, at para. 37; *Flintoft v. Royal Bank of Canada*, [1964] S.C.R. 631, at p. 634. The trustee "steps into the shoes" of the bankrupt and takes the bankrupt's property "warts and all": *Saulnier v. Royal Bank of Canada*, 2008 SCC 58, [2008] 3 S.C.R. 166, at para. 50. With respect, my colleague breaks with this principle by, in effect, holding that s. 71 converts the bankrupt's qualified interest in an asset into an absolute or unqualified interest in the hands of the trustee. Although the common law may restrict parties' freedom to qualify a party's interest in the event of insolvency, there is nothing in the wording of s. 71 which purports to do so.

[108] Nor is the picture made any clearer when one considers the statutory context, which includes numerous provisions indicating that arm's length *bona fide* commercial transactions — even transfers of assets at an undervalue — are valid as against the trustee of the bankrupt's estate: *BIA*, ss. 95(1), 96(1), 97(1) and 99(1). Thus, it would appear that Parliament's objective of maximizing "global recovery for all creditors" was not intended to be achieved at the expense of all *bona fide* agreements which may stand in the way of that goal: *Alberta (Attorney*

Lumber Co. c. McKinnon (1922), 64 R.C.S. 396; *Zimmermann c. Letkeman*, [1978] 1 R.C.S. 1097.

[107] Mon collègue semble être d'avis que la règle anti-privation relève du volet statutaire de la doctrine de l'intérêt public : motifs du juge Rowe, par. 30. Avec égards, la disposition sur laquelle il se fonde, soit l'art. 71 de la *LFI*, est toutefois loin d'être claire à cet égard. Aux termes de l'art. 71, le failli cesse d'être habile à céder ou à aliéner ses biens uniquement au moment où l'ordonnance de faillite est rendue ou lorsqu'une cession est produite. Il ne ressort pas clairement de ce libellé que cette disposition a un effet quelconque sur la validité d'une entente conclue avant ce moment. Cette ambiguïté est particulièrement apparente pour ce qui est des ententes qui ont qualifié l'intérêt du failli à l'égard d'un bien dès le début, comme c'est le cas de la condition Q du contrat de sous-traitance. Il est un principe bien établi que la *LFI* n'accorde pas au syndic, à l'égard d'un bien du failli, un intérêt supérieur à celui qu'avait le failli avant la faillite : *Giffen (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 91, par. 50; *Lefebvre (Syndic de)*, 2004 CSC 63, [2004] 3 R.C.S. 326, par. 37; *Flintoft c. Royal Bank of Canada*, [1964] R.C.S. 631, p. 634. Le syndic « prend simplement la place » du failli et prend possession de l'actif « avec tous ses défauts » : *Saulnier c. Banque Royale du Canada*, 2008 CSC 58, [2008] 3 R.C.S. 166, par. 50. Avec égards, l'approche adoptée par mon collègue s'écarte de ce principe, car, dans les faits, elle conclut que l'art. 71 convertit l'intérêt relatif du failli à l'égard d'un bien en intérêt absolu pour le syndic. Même si la common law peut restreindre la liberté des parties de qualifier l'intérêt d'une partie en cas d'insolvabilité, rien dans le libellé de l'art. 71 ne reflète une telle intention.

[108] Le portrait de la situation n'est pas plus clair si l'on considère le contexte statutaire, qui comprend de nombreuses dispositions prévoyant que les transactions commerciales de bonne foi — même les transferts de biens à un prix sous-évalué — sont valides contre un syndic de faillite : *LFI*, par. 95(1), 96(1), 97(1) et 99(1). Ainsi, il semblerait que l'objectif du Parlement de maximiser « le recouvrement global pour tous les créanciers » n'avait pas pour but d'être réalisé aux dépens de toutes les ententes conclues de bonne foi qui font obstacle à cet objectif :

General) v. *Moloney*, 2015 SCC 51, [2015] 3 S.C.R. 327, at para. 33. At the very least, then, s. 71 is ambiguous.

[109] Courts applying the statutory branch of the public policy doctrine “should be slow to imply the statutory prohibition of contracts, and should do so only when the implication is quite clear”: *St. John Shipping Corp. v. Joseph Rank Ltd.*, [1957] 1 Q.B. 267, at p. 289. To approach the matter otherwise would introduce significant uncertainty into commercial affairs given the enormous body of statute law in force in modern times. Indeed, the modern approach to the statutory branch of the public policy doctrine has been to relax the rigidity of the classical doctrine by permitting the enforcement of contracts in appropriate cases even where they contravene the provisions of a statute: *Still v. M.N.R.*, [1998] 1 F.C. 549 (C.A.), at para. 37; *Transport North American*, at paras. 19-26. Therefore, the better approach, in my opinion, is to treat the anti-deprivation rule as falling under the common law branch of the public policy doctrine rather than adopting a strained interpretation of s. 71 of the *BIA*.

[110] In contrast with s. 71, the *pari passu* provision in the *BIA*, s. 141, establishes a very clear bright-line rule that “all claims proved in a bankruptcy shall be paid rateably”: s. 141. This was the provision on which this Court rested its decision in *Gingras*, and it is substantially similar to s. 302 of the *Companies Act, 1948* (U.K.), 11 & 12 Geo. 6, c. 38, on which Lord Cross relied in *British Eagle*. This clear and straightforward statutory language readily supports a conclusion that Parliament intended to prohibit a debtor from contracting with creditors for a different distribution of the debtor’s assets in bankruptcy than that provided for in s. 141. Thus, the *pari passu* rule falls under the statutory branch of the public policy doctrine.

[111] In sum, the reason behind the different tests for the *pari passu* rule and the anti-deprivation rule lies in the difference in the juridical character of the

Alberta (Procureur général) c. Moloney, 2015 CSC 51, [2015] 3 R.C.S. 327, par. 33. Donc, à tout le moins, l’art. 71 est ambigu.

[109] Les tribunaux qui appliquent le volet statutaire de la doctrine de l’intérêt public [TRADUCTION] « ne devraient pas s’empresse de considérer qu’un contrat va à l’encontre de la loi, et ne devraient le faire que lorsque l’intention en ce sens est passablement évidente » : *St. John Shipping Corp. c. Joseph Rank Ltd.*, [1957] 1 Q.B. 267, p. 289. Examiner la question sous un autre angle entraînerait une incertitude considérable dans les affaires commerciales étant donné l’énorme quantité de lois en vigueur de nos jours. En effet, l’approche moderne relative au volet statutaire de la doctrine de l’intérêt public consiste à assouplir la doctrine classique en permettant l’exécution de contrats dans les cas appropriés, même lorsqu’ils contreviennent aux dispositions d’une loi : *Still c. M.R.N.*, [1998] 1 C.F. 549 (C.A.), par. 37; *Transport North American*, par. 19-26. Par conséquent, la meilleure approche, à mon avis, consiste à traiter la règle anti-privation comme relevant du volet de common law de la doctrine de l’intérêt public plutôt que d’adopter une interprétation forcée de l’art. 71 de la *LFI*.

[110] Par contraste avec l’art. 71, la disposition *pari passu* de la *LFI*, l’art. 141, établit une règle de démarcation très nette selon laquelle « toutes les réclamations établies dans la faillite sont acquittées au prorata » : art. 141. Il s’agit de la disposition sur laquelle la Cour a fondé sa décision dans l’arrêt *Gingras* et elle est essentiellement semblable à l’art. 302 de la *Companies Act, 1948* (R.-U.), 11 & 12 Geo. 6, c. 38, sur laquelle lord Cross s’est fondé dans l’arrêt *British Eagle*. Ce libellé clair et précis de la loi appuie d’emblée la conclusion selon laquelle le législateur avait pour intention d’interdire à un débiteur de conclure un contrat avec des créanciers en vue de distribuer ses biens en cas de faillite d’une manière autre que celle prévue à l’art. 141. La règle du *pari passu* relève donc du volet statutaire de la doctrine de l’intérêt public.

[111] En somme, la différence entre les tests applicables à la règle du *pari passu* et à la règle anti-privation s’explique par la nature juridique

two rules. The *pari passu* rule is based on an implied prohibition in the *BIA* that operates regardless of the parties' intentions, whereas the anti-deprivation rule has its origins in the common law public policy against agreements entered into for an unlawful purpose: see *Still*, at para. 22. There is therefore a principled legal basis for maintaining different tests for the two rules.

[112] It remains to be considered, however, whether sufficient policy considerations can be mustered to justify departing from the anti-deprivation rule's objective purpose test.

(3) The Weight of Public Policy Considerations Favours the *Bona Fide* Commercial Purpose Test Over the Effects-Based Test

[113] The anti-deprivation rule's common law character does not preclude it from operating in tandem with the *BIA* in support of Parliament's statutory objectives. Although the common law and statutory branches of the public policy doctrine are distinct, they are not watertight compartments. It is prudent for courts applying the common law branch to take into account the policies embodied in legislation as a reflection of society's public policy concerns: Waddams, at para. 566. Therefore, the anti-deprivation rule's common law character does not preclude a court from taking into account Parliament's objective of maximizing global recovery for all creditors when considering how to formulate the anti-deprivation rule. What it does mean, however, is that Parliament's objectives must be weighed against the other policy interests protected by the common law when considering how best to formulate the rule.

[114] It may appear that my colleague and I differ on this point. However, in my view, our differences in approach flow from our disagreement about the legal nature of the anti-deprivation rule: Rowe J.'s reasons, at para. 33. If I shared my colleague's view that the anti-deprivation rule should be understood as

différente des deux règles. La première est fondée sur une prohibition implicite contenue dans la *LFI* qui s'applique indépendamment de l'intention des parties, tandis que la seconde tire son origine du principe d'intérêt public de common law qui interdit les ententes conclues à des fins illégales : voir *Still*, par. 22. Par conséquent, il existe un fondement juridique valable qui justifie le recours à des tests différents pour l'application des deux règles.

[112] Il reste toutefois à examiner s'il existe suffisamment de considérations d'intérêt public pour justifier que l'on s'écarte du test de la finalité commerciale objective applicable à la règle anti-privation.

(3) Le poids des considérations d'intérêt public fait pencher la balance vers le test fondé sur l'objectif commercial véritable plutôt que vers le test fondé sur les effets

[113] Le fait que la règle anti-privation découle de la common law ne l'empêche pas de s'appliquer en même temps que la *LFI* ni de concourir à l'atteinte des objectifs législatifs du Parlement. Bien que le volet de common law et le volet statutaire de la doctrine de l'intérêt public soient distincts, ils ne constituent pas des compartiments étanches. Les tribunaux qui appliquent le volet de common law font preuve de prudence en tenant compte des politiques intégrées dans les lois comme le reflet des préoccupations de la société en matière d'intérêt public : Waddams, par. 566. Par conséquent, le fait que la règle anti-privation soit issue de la common law n'empêche pas un tribunal de tenir compte de l'objectif du Parlement qui est de maximiser le recouvrement global pour tous les créanciers lorsqu'il se penche sur la façon de formuler la règle anti-privation. Cela veut tout-fois dire que les objectifs du Parlement doivent être évalués par rapport aux autres intérêts publics protégés par la common law au moment de décider de la meilleure façon de formuler la règle.

[114] Il peut sembler que mon collègue et moi ne soyons pas d'accord sur ce point. Or, à mon avis, les différences dans nos approches découlent de notre désaccord sur la nature juridique de la règle anti-privation : motifs du juge Rowe, par. 33. Si je partageais l'avis de mon collègue selon lequel la

an implied statutory prohibition, then I would have no hesitation in agreeing that the inquiry should be more narrowly focused on selecting the test that best gives effect to Parliament’s legislative intent. However, I see the anti-deprivation rule as a judicially derived public policy and, as a result, my approach is informed by Parliament’s policy objectives as well as by the other interests and values protected by the common law.

[115] Freedom of contract is the general rule, and it can be displaced only by an “overriding public policy . . . that outweighs the very strong public interest in the enforcement of contracts”: *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69, at para. 123, per Binnie J., dissenting, but not on this point. Therefore, I see the policy issue as being whether the effects-based test put forward by my colleague or the *bona fide* commercial purpose test confirmed, in my view, by the existing jurisprudence most accurately reflects the point at which the public policy furthered by the anti-deprivation rule outweighs the public interest in the enforcement of contracts. In my judgment, that point is reached only where there is no legitimate and objectively ascertainable commercial purpose for the deprivation in bankruptcy.

[116] The common law “places great weight on the freedom of contracting parties to pursue their individual self-interest”: *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494, at para. 70. The common law even accepts that “a party may sometimes cause loss to another . . . in the legitimate pursuit of economic self-interest”: para. 70. In my view, a purely effects-based test gives too little weight to freedom of contract, party autonomy, and the “elbow-room” which the common law traditionally accords for the aggressive pursuit of self-interest: see *A.I. Enterprises*, at para. 31, quoting C. Sappideen and P. Vines, eds., *Fleming’s The Law of Torts* (10th ed. 2011), at para. 30.120. On the other hand, adopting a purely subjective test may create significant uncertainty by introducing a vague standard which unduly restricts the scope of the anti-deprivation

règle anti-privation devrait être comprise comme une prohibition statutaire implicite, je n’aurais aucune hésitation à convenir que l’enquête devrait être plus étroitement axée sur la sélection du test qui donne le mieux effet à l’intention législative du Parlement. Toutefois, je considère la règle anti-privation comme une règle d’intérêt public émanant des tribunaux et, par conséquent, mon approche est éclairée tant par les objectifs politiques du Parlement que par les autres intérêts et valeurs protégés par la common law.

[115] La règle générale est celle de la liberté contractuelle et elle ne peut être écartée que par « une considération d’ordre public prépondérante [. . .] qui l’emporte sur le très grand intérêt public lié à l’application des contrats » : *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69, par. 123, le juge Binnie, dissident, mais pas sur ce point. Par conséquent, j’aborde la question de l’intérêt public comme celle de savoir lequel entre le test fondé sur les effets préconisé par mon collègue et le test fondé sur l’objectif commercial véritable confirmé à mon avis par la jurisprudence reflète le mieux le point où l’intérêt public visé par la règle anti-privation l’emporte sur l’intérêt public à l’égard de l’exécution des contrats. J’estime que ce point est atteint dans les cas où la privation touchant l’actif de la faillite ne répond à aucune finalité commerciale légitime et objectivement vérifiable.

[116] La common law « accorde [. . .] beaucoup de poids à la liberté des parties contractantes dans la poursuite de leur intérêt personnel » : *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494, par. 70. Elle accepte même qu’« une partie [puisse] parfois causer une perte à une autre partie [. . .] dans la poursuite légitime d’intérêts économiques personnels » : par. 70. À mon avis, un test fondé uniquement sur les effets accorde trop peu de poids à la liberté contractuelle, à l’autonomie des parties et à la liberté d’action que la common law confère traditionnellement en vue de la poursuite agressive d’intérêts personnels : voir *A.I. Enterprises*, par. 31, citant C. Sappideen et P. Vines, dir., *Fleming’s The Law of Torts* (10^e éd. 2011), par. 30.120. Par contre, l’adoption d’un test purement subjectif pourrait entraîner une incertitude considérable, car on introduirait une

rule. A subjective purpose test would place too little weight on Parliament's objective of maximizing global recovery for all creditors. That is why, in my opinion, the middle path of following the objective *bona fide* commercial purpose test is the best way to balance freedom of contract, the interests of third party creditors, and commercial certainty.

[117] My colleague fears that a purpose-based test would render the anti-deprivation rule ineffective because the rule would apply only in the clearest of cases: Rowe J.'s reasons, at para. 36. However, as I demonstrated in my discussion of the Canadian jurisprudence, there is not a single Canadian decision applying the anti-deprivation rule in which an absence of a *bona fide* commercial purpose could not be discerned from the objective circumstances in the record. Indeed, the majority of the courts applying the rule have, in fact, inquired into the objective purpose behind the transaction or contractual provision in question rather than simply resting their decision on its effects. I therefore do not agree that retaining the objective purpose element would "threaten to undermine the statutory scheme of the *BIA*": Rowe J.'s reasons, at para. 36. Further, this Court's jurisprudence establishes that the public policy doctrine "should be invoked only in clear cases": *In re Estate of Charles Millar, Deceased*, [1938] S.C.R. 1, at p. 7, quoting *Fender v. St. John-Mildmay*, [1938] A.C. 1, at p. 12. A more restricted scope for the anti-deprivation rule is therefore in keeping with this Court's jurisprudence on the public policy doctrine. It is also in line with the modern trend in the English cases, which has been to restrict rather than to broaden the scope of the anti-deprivation rule: *Lomas v. JFB Firth Rixson Inc.*, [2010] EWHC 3372 (Ch.), [2011] 2 B.C.L.C. 120, at para. 96, aff'd [2012] EWCA Civ. 419, [2012] 2 All E.R. (Comm.) 1076.

[118] My colleague also argues that an effects-based test is consistent with the American-style *ipso facto* provisions in the *BIA*: Rowe J.'s reasons, at para. 35. These *ipso facto* provisions state that no one may terminate or amend, or claim an accelerated payment or forfeiture of the term under, any

norme vague qui restreindrait indûment la portée de la règle anti-privation. Un test subjectif fondé sur la finalité accorderait trop peu de poids à l'objectif du Parlement de maximiser le recouvrement global pour tous les créanciers. C'est pourquoi, à mon avis, la meilleure solution pour respecter l'équilibre entre la liberté contractuelle, les intérêts des créanciers tiers et la certitude commerciale consisterait à adopter un test objectif fondé sur la finalité commerciale véritable.

[117] Mon collègue craint qu'un test fondé sur l'objectif ou la finalité rende la règle anti-privation inefficace parce qu'elle ne s'appliquerait que dans les cas les plus évidents : motifs du juge Rowe, par. 36. Pourtant, comme je l'ai démontré dans mon examen de la jurisprudence canadienne, il n'existe aucune décision appliquant la règle anti-privation dans laquelle l'absence d'un objectif commercial véritable n'a pu être dégagée des circonstances objectives du dossier. En effet, la majorité des tribunaux qui ont appliqué la règle ont examiné les fins objectives de la stipulation plutôt que de simplement fonder leur décision sur ses effets. Je ne suis donc pas d'accord pour dire que le fait de retenir la notion de fins objectives « risquerait de nuire au régime législatif de la *LFI* » : motifs du juge Rowe, par. 36. En outre, la jurisprudence de la Cour établit que la doctrine de l'intérêt public [TRADUCTION] « ne doit être invoquée que dans les cas clairs » : *In re Estate of Charles Millar, Deceased*, [1938] R.C.S. 1, p. 7, citant *Fender c. St. John-Mildmay*, [1938] A.C. 1, p. 12. Une portée plus restreinte pour la règle anti-privation est donc compatible avec la jurisprudence de la Cour sur la doctrine de l'intérêt public. Elle va également dans le même sens que la tendance moderne observée dans la jurisprudence anglaise qui consiste à restreindre plutôt qu'à élargir la portée de la règle : *Lomas c. JFB Firth Rixson Inc.*, [2010] EWHC 3372 (Ch.), [2011] 2 B.C.L.C. 120, par. 96, conf. par [2012] EWCA Civ. 419, [2012] 2 All E.R. (Comm.) 1076.

[118] Mon collègue soutient également que le test fondé sur les effets est compatible avec les dispositions *ipso facto* de style américain de la *LFI* : motifs du juge Rowe, par. 35. Ces dispositions *ipso facto* établissent que nul ne peut, au seul motif de l'insolvabilité d'une personne, résilier ou modifier un contrat,

agreement by reason only of a person's insolvency: *BIA*, ss. 84.2 (individual bankruptcies), 65.1 (corporate proposals) and 66.34 (consumer proposals). I do not regard these *ipso facto* provisions as analogous to an effects-based test because they apply to contractual terms that are triggered on insolvency, regardless of the terms' effects. The test applied by these provisions is more aptly characterized as trigger-based, not effects-based. In addition, as Rowe J. observes, the statutory *ipso facto* provisions were enacted for a purpose different than that served by the anti-deprivation rule: Rowe J.'s reasons, at para. 28. The *ipso facto* provisions are aimed at protecting debtors; the anti-deprivation rule, by contrast, protects creditors. I therefore do not view the statutory *ipso facto* provisions as relevant statements of public policy on the matter at hand.

[119] If regard is to be had to Parliament's policies enacted in the *BIA*, then this Court should take notice of Parliament's policy of upholding the validity of arm's length *bona fide* commercial transactions that have the effect of giving one creditor a preference over another or of depriving the bankrupt's estate of value: ss. 95(1)(a), 96(1) and 97(3). In addition, "good faith" continues to play a role in upholding the validity of protected transactions, which occur after the date of the initial bankruptcy event: ss. 97(1) and 99(1). In my view, these provisions reflect Parliament's policy preference for upholding the validity of *bona fide* commercial arrangements, even when they have the effect of reducing the pool of assets available to a debtor's creditors in bankruptcy. Indeed, it would be a "significant departure from [the] bankruptcy principle to void transactions with a valid commercial purpose based on a mechanical application of a broad principle", such as the effects-based test favoured by my colleague: M. Grotenthaler and E. Pilon, "Financial Products and the Anti-Forfeiture Principle" (2012), 1 *J. Insolvency Inst. Can.* 139, at p. 159. In this regard, I agree with my colleague that courts should pay close attention to the policies which Parliament has enacted through legislation and should not develop the common law in a way that would create "new and greater

ni se prévaloir d'une clause de déchéance du terme : *LFI*, art. 84.2 (faillites de personnes physiques), 65.1 (propositions d'entreprises), 66.34 (propositions de débiteurs consommateurs). Je ne considère pas ces dispositions *ipso facto* comme étant analogues à un test fondé sur les effets parce qu'elles s'appliquent aux stipulations dont l'application est déclenchée par l'insolvabilité, quels que soient les effets de ces stipulations. Il est plus exact de décrire le test appliqué par ces dispositions comme un test fondé sur les éléments déclencheurs plutôt qu'un test fondé sur les effets. De plus, comme le juge Rowe l'observe, les dispositions législatives *ipso facto* ont été adoptées à une fin différente de celles visées par la règle anti-privation : motifs du juge Rowe, par. 28. Les dispositions *ipso facto* visent à protéger les débiteurs; la règle anti-privation, à l'inverse, protège les créanciers. Je considère donc que ces dispositions ne sont pas des énoncés d'intérêt public pertinents pour la question en cause en l'espèce.

[119] S'il faut tenir compte des politiques énoncées dans la *LFI*, la Cour devrait aussi tenir compte de la politique du Parlement favorable à la validité des transactions commerciales de bonne foi faites en l'absence d'un lien de dépendance même lorsque celles-ci ont pour effet de procurer à un créancier une préférence sur un autre créancier ou de réduire la valeur de l'actif du failli : al. 95(1)a) et par. 96(1) et 97(3). En outre, la « bonne foi » continue de jouer un rôle dans le maintien de la validité des transactions protégées qui surviennent après l'ouverture de la faillite : par. 97(1) et 99(1). À mon avis, ces dispositions reflètent une préférence du Parlement pour le maintien de la validité des ententes commerciales de bonne foi, même lorsque celles-ci ont pour effet de réduire l'ensemble de biens accessibles aux créanciers en cas de faillite. Effectivement, ce serait [TRADUCTION] « une dérogation importante au principe du droit de la faillite que d'annuler les transactions visant un objectif commercial valide par application mécanique d'un principe général », comme le test fondé sur les effets favorisé par mon collègue : M. Grotenthaler et E. Pilon, « Financial Products and the Anti-Forfeiture Principle » (2012), 1 *J. Insolvency Inst. Can.* 139, p. 159. À cet égard, je conviens avec mon collègue que les tribunaux devraient être très attentifs aux politiques que le

difficulties”: Rowe J.’s reasons, at paras. 33 and 39, quoting *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, at p. 762. However, it is the adoption of an effects-based test in lieu of the traditional purpose-based test that offends these principles in this appeal.

[120] My colleague also states that a purpose-based test gives rise to uncertainty at the time of contracting because parties cannot know if a court will accept their *bona fide* commercial reasons: Rowe J.’s reasons, at para. 34. However, given that the *bona fide* commercial purpose test is objective, purpose is discernable from the objective circumstances at the time of contract formation and can thus be determined just as readily as effects can under the effects-based test. Therefore, either standard provides the same measure of clarity. In addition, certainty in commercial affairs is typically better served by giving effect to, rather than invalidating, contracts which were freely entered into, particularly when they serve commercial purposes and are not directed at an unlawful objective.

[121] I also do not share my colleague’s view that applying a *bona fide* commercial purpose test would require a significantly more onerous analysis of the parties’ intentions than that entailed by an effects-based test: Rowe J.’s reasons, at para. 34. An objective assessment of purpose is inescapable on either standard. Like the purpose-based test, ascertaining the effects of a provision when applying an effects-based test would require an interpretation of the impugned contractual arrangement. The interpretation of a contract requires an objective assessment of the parties’ intentions: *Sattva*, at para. 49. In addition, a test which requires a court to assess the parties’ *bona fides* is not new in the realm of commercial law, especially in light of this Court’s recognition of a general organizing principle of good faith performance in the common law of contract: *Bhasin*, at para. 33.

Parlement a adoptées par voie législative et s’abstenir de faire évoluer la common law d’une manière qui créerait « des difficultés nouvelles plus grandes » : motifs du juge Rowe, par. 33 et 39, citant *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, p. 762. Toutefois, c’est l’adoption d’un test fondé sur les effets plutôt que le test traditionnel fondé sur l’objectif ou la finalité qui porte atteinte à ces principes dans le présent pourvoi.

[120] Mon collègue est également d’avis qu’un test fondé sur l’objectif ou la finalité crée une incertitude au moment de conclure le contrat, car les parties ne peuvent pas savoir si un tribunal acceptera leurs motifs commerciaux de bonne foi : motifs du juge Rowe, par. 34. Or, comme le test fondé sur la finalité commerciale véritable est un test objectif, la finalité ressort des circonstances objectives qui prévalaient au moment de la conclusion du contrat et peut donc être déterminée aussi facilement que des effets peuvent l’être lors de l’application du test fondé sur les effets. Les deux normes procurent donc le même degré de clarté. Par ailleurs, la certitude dans les affaires commerciales est habituellement mieux servie en donnant effet aux contrats conclus librement plutôt qu’en les invalidant, surtout lorsque les ententes en question poursuivent des fins commerciales et non un objectif illégal.

[121] Je ne suis pas non plus d’accord avec le point de vue de mon collègue selon lequel le fait d’appliquer un test fondé sur la finalité ou l’objectif commercial véritable exigerait une analyse considérablement plus détaillée des intentions des parties que celle associée au test fondé sur les effets : motifs du juge Rowe, par. 34. Une évaluation objective de la finalité est inévitable dans les deux cas. Tout comme c’est le cas en appliquant le test fondé sur l’objectif, l’examen des effets d’une stipulation lors de l’application du test fondé sur les effets exigerait une interprétation de l’entente contractuelle contestée. L’interprétation d’un contrat requiert une évaluation objective de l’intention des parties : *Sattva*, par. 49. De plus, un test qui oblige un tribunal à évaluer la bonne foi des parties n’a rien de nouveau dans le domaine du droit commercial, particulièrement à la lumière de la reconnaissance par la Cour d’un principe directeur général d’exécution de bonne foi des contrats en common law : *Bhasin*, par. 33.

[122] Finally, my colleague argues that the anti-deprivation rule should involve an effects-based test in order to better protect the interests of creditors, because debtors are not properly incentivized to protect their creditors' interests when dealing with third parties: Rowe J.'s reasons, at para. 37. However, one must take into account the full range of options available to creditors to protect their rights. For example, the *Canadian Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44, includes in s. 241 what this Court has described as a "broad oppression remedy" which provides a "mechanism for creditors to protect their interests from the prejudicial conduct of directors": *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise*, 2004 SCC 68, [2004] 3 S.C.R. 461, at para. 51; see also paras. 48-50. I view the oppression remedy, the directors' duty of care, the various anti-avoidance provisions in the *BIA* and in provincial statutes and the ability of creditors to bargain for contractual protections as alleviating any perceived need to extend the reach of the anti-deprivation rule.

[123] In conclusion, I am not persuaded that the policy considerations raised by my colleague are sufficient to override the otherwise strong countervailing public interest in the enforcement of contracts. There is a strong jurisprudential basis for concluding that the anti-deprivation rule has always included a *bona fide* commercial purpose element in Canada, and there is a principled legal basis for maintaining this distinct feature of the anti-deprivation rule as compared to the *pari passu* rule. I would therefore hold that the anti-deprivation rule does not apply to transactions or contractual provisions which serve a legitimate and objectively ascertainable commercial purpose.

B. Paragraph (d) of Condition Q Furthers a Bona Fide Commercial Purpose

[124] Nielsen J. found that clause Q(d) was a genuine pre-estimate of damages. He noted that Chandos would incur administration and management costs as a result of Capital Steel's bankruptcy and that it was

[122] Enfin, mon collègue fait valoir que la règle anti-privation devrait entraîner le recours à un test fondé sur les effets afin de mieux protéger les intérêts des créanciers, car les débiteurs ne sont pas motivés à protéger les intérêts de leurs créanciers lorsqu'ils traitent avec des tiers : motifs du juge Rowe, par. 37. Il faut cependant tenir compte de l'ensemble des options qui s'offrent aux créanciers pour protéger leurs droits. Par exemple, la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44, incorpore à l'art. 241 ce que la Cour décrit comme « un recours aussi général en cas d'abus de droit » prévoyant un « mécanisme qui permet aux créanciers d'obtenir la protection de leurs intérêts en cas de conduite préjudiciable des administrateurs » : *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, 2004 CSC 68, [2004] 3 R.C.S. 461, par. 51; voir aussi par. 48-50. Je suis d'avis que le redressement en cas d'abus de droit, l'obligation de diligence des administrateurs, les diverses dispositions anti-évitement de la *LFI* et des lois provinciales ainsi que la capacité des créanciers de négocier des protections contractuelles sont des moyens qui permettent d'atténuer la perception qu'il soit nécessaire d'élargir la portée de la règle anti-privation.

[123] En conclusion, je ne suis pas convaincue que les considérations d'intérêt public soulevées par mon collègue surpassent en importance l'intérêt public opposé dans l'exécution des contrats. Il existe un fondement jurisprudenciel solide pour conclure que la règle anti-privation a toujours compris une notion d'objectif commercial véritable au Canada de même qu'un fondement juridique valable pour maintenir cette caractéristique distincte de la règle anti-privation que ne comporte pas la règle du *pari passu*. Je conclurais donc que la règle anti-privation ne s'applique pas aux transactions ou aux stipulations ayant une finalité commerciale légitime et objectivement vérifiable.

B. Le paragraphe (d) de la condition Q vise un objectif commercial véritable

[124] Le juge Nielsen a conclu que la clause Q(d) constituait une véritable estimation anticipée des dommages-intérêts. Il a noté que Chandos aurait à assumer des coûts administratifs et de gestion

at risk for future liabilities of Capital Steel. He added that the clause was not an attempt to contract out of the bankruptcy laws. He thus found that clause Q(d) served a *bona fide* commercial purpose. That finding was not disturbed on appeal, as the Court of Appeal was unanimous in its view that clause Q(d) serves “legitimate commercial interests”: paras. 55 and 394-97. The application of the anti-deprivation rule in this appeal could therefore be dealt with on the basis of the standard of review.

[125] However, Deloitte urges a different interpretation of the Subcontract, which, if persuasive, may call into question Nielsen J.’s finding of fact. Deloitte argues that clause Q(d) grants Chandos a sum which is essentially gratuitous or duplicative because clause Q(b) completely covers all costs to Chandos arising from Capital Steel’s bankruptcy. Thus, it argues, the 10 percent fee arising from clause Q(d) is in addition to the full indemnity of Chandos arising from clause Q(b).

[126] One problem Deloitte faces is that the interpretation of a contract is generally considered to be a question of mixed fact and law reviewable on the palpable and overriding error standard: *Sattva*, at para. 50; *Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co.*, 2016 SCC 19, [2016] 1 S.C.R. 306, at paras. 21-24. There is an exception which permits correctness review where the contract at issue is “a standard form contract, the interpretation at issue is of precedential value, and there is no meaningful factual matrix . . . to assist in the interpretation process”: *Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23, at para. 24. While we are told that the Subcontract is a standard form contract, it is not suggested that it is widely used throughout the construction industry or that the interpretation of clause VII Q is of precedential value. It is therefore unclear that the interpretation of the Subcontract falls within the *Ledcor* exception. I express no firm conclusion

en raison de la faillite de Capital Steel et qu’elle courrait des risques en lien avec les dettes futures de Capital Steel. Il a ajouté que la stipulation ne constituait pas une tentative par les parties de se soustraire aux lois en matière de faillite. Il a donc conclu que la clause Q(d) visait un objectif commercial véritable. Cette conclusion n’a pas été infirmée en appel, car la Cour d’appel a jugé à l’unanimité que la clause Q(d) visait bel et bien des [TRADUCTION] « intérêts commerciaux légitimes » : par. 55 et 394-397. L’application de la règle anti-privation dans cet appel pouvait donc être abordée selon la norme de contrôle.

[125] Cependant, Deloitte demande instamment une interprétation différente du contrat de sous-traitance qui, si elle est convaincante, pourrait remettre en question la conclusion de fait du juge Nielsen. Deloitte soutient que la clause Q(d) accorde à Chandos une somme offerte essentiellement à titre gratuit ou qui fait du moins double emploi, puisque la clause Q(b) vise tous les coûts qui incombent à Chandos en raison de la faillite de Capital Steel. En conséquence, Deloitte fait valoir que les frais de 10 p. 100 prévus à la clause Q(d) s’ajoutent à l’indemnisation complète de Chandos prévue à la clause Q(b).

[126] Un des problèmes auxquels Deloitte fait face est que l’interprétation d’un contrat constitue généralement une question mixte de fait et de droit susceptible de contrôle selon la norme de l’erreur manifeste et déterminante : *Sattva*, par. 50; *Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 19, [2016] 1 R.C.S. 306, par. 21-24. Il existe une exception qui permet d’appliquer la norme de la décision correcte lorsqu’il est question d’un « contrat type, que l’interprétation en litige a valeur de précédent et que l’exercice d’interprétation ne repose sur aucun fondement factuel significatif qui est propre aux parties concernées » : *Ledcor Construction Ltd. c. Société d’assurance d’indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23, par. 24. Bien que l’on nous ait dit que le contrat de sous-traitance est un contrat type, rien ne donne à penser qu’il soit largement utilisé dans l’industrie de la construction ou que l’interprétation de la clause VII Q ait valeur de précédent. Il n’est donc pas évident que

on the matter, however, because assuming, without deciding, that the interpretation of the Subcontract could be reviewed on the correctness standard, I am not persuaded by the interpretation of clause VII Q urged upon this Court by Deloitte.

(1) Clause VII Q Does Not Permit Double Recovery

[127] The overriding concern when interpreting a contract is to determine the objective intent of the parties and the scope of their understanding. The court must “read the contract as a whole, giving the words used their ordinary and grammatical meaning, consistent with the surrounding circumstances known to the parties at the time of formation of the contract”: *Sattva*, at para. 47.

[128] Clause Q(b) provides that Chandos may recover from Capital Steel “any cost . . . arising from the suspension of this Subcontract Agreement or the completion of the Work by the Contractor, plus a reasonable allowance for overhead and profit”. On its face, this appears to be a very broad basis for recovery. However, clause Q(d), the clause at issue, adds some ambiguity, because it provides that Capital Steel “shall forfeit 10% of the within Subcontract Agreement price to the Contractor as a fee for the inconvenience of completing the work using alternate means and/or for monitoring the work during the warranty period.” It might be assumed that the specific matters mentioned in clause Q(d) would also fall under the general term in clause Q(b). Does Condition Q, then, permit Chandos to, in effect, double recover against Capital Steel? I answer this question in the negative, for three reasons.

[129] First, it is apparent from the ordinary and grammatical meaning of the words that clause Q(b) applies to different matters than clause Q(d). The focus of clause Q(b) is on the cost to Chandos of

l’interprétation du contrat de sous-traitance relève de l’exception *Ledcor*. Je ne tire cependant aucune conclusion ferme sur la question, car, même si je tiens pour acquis, sans en décider, que l’interprétation du contrat de sous-traitance peut être assujettie à la norme de la décision correcte, je ne suis pas convaincue par l’interprétation de la clause VII Q proposée par Deloitte.

(1) La clause VII Q ne permet pas un double recouvrement

[127] La question prédominante en ce qui concerne l’interprétation d’un contrat est de discerner l’intention objective des parties et la portée de leur entente. Le tribunal doit « interpréter le contrat dans son ensemble, en donnant aux mots y figurant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec les circonstances dont les parties avaient connaissance au moment de la conclusion du contrat » : *Sattva*, par. 47.

[128] La clause Q(b) prévoit que Chandos peut recouvrer auprès de Capital Steel [TRADUCTION] « tous les coûts [. . .] découlant de la suspension du présent contrat de sous-traitance ou de l’achèvement des travaux par l’entrepreneur, plus une indemnisation raisonnable pour les frais généraux et le profit ». À première vue, cela semble établir un cadre très général pour le recouvrement. La clause Q(d) ajoute cependant une certaine ambiguïté parce qu’elle prévoit que Capital Steel « renonce à 10 % du prix du présent contrat de sous-traitance en faveur de l’entrepreneur à titre de frais pour les dérangements liés à l’achèvement des travaux par d’autres moyens et/ou pour la surveillance des travaux durant la période de garantie. » On pourrait présumer que les éléments précis mentionnés à la clause Q(d) relèvent également de la condition générale énoncée à la clause Q(b). La condition Q, alors, permet-elle à Chandos le double recouvrement des sommes auprès de Capital Steel? Je réponds par la négative, et ce, pour trois raisons.

[129] Premièrement, il est évident d’après le sens ordinaire et grammatical des mots utilisés à la clause Q(b) que les sujets visés sont différents de ceux visés à la clause Q(d). La clause Q(b) est

completing Capital Steel’s unfinished structural steel work. By contrast, clause Q(d) applies after the work is completed as a fee for, among other things, Chandos having to monitor Capital Steel’s work during the warranty period. As well, clause Q(b) applies to the cost to Chandos arising from the suspension of the Subcontract, whereas clause Q(d) covers the inconvenience to Chandos specifically of completing the work using alternate means, which would require the reallocation by Chandos of significant administrative and managerial resources as well as the reallocation of the risks assumed under the Subcontract (e.g. Condition G, “Indemnity”). Thus, the matters covered by clause Q(d) may be difficult to quantify in monetary terms, and so the parties agreed beforehand on a figure for them, while leaving clause Q(b) to cover the more direct and quantifiable costs.

[130] Second, if the grammatical and ordinary meaning does not resolve the matter, then there is an apparent conflict between clause Q(b) and clause Q(d). “[W]here there is apparent conflict between a general term and a specific term, the terms may be reconciled by taking the parties to have intended the scope of the general term to not extend to the subject-matter of the specific term”: *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12, at p. 24; *Douez v. Facebook, Inc.*, 2017 SCC 33, [2017] 1 S.C.R. 751, at para. 46. Thus, the general grounds for recovery listed in clause Q(b) should not be read as extending to the specific matters in clause Q(d), that is, “the inconvenience of completing the work using alternate means” and “monitoring the work during the warranty period”.

[131] Third, a court may deviate from the plain meaning of the words if a literal interpretation of the contractual language would lead to a commercially unrealistic or absurd result: *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888, at p. 901. In my view, permitting double recovery under clause Q(b)

axée sur ce qu’il en coûte à Chandos pour terminer la structure en acier commencée par Capital Steel. En revanche, la clause Q(d) s’applique une fois les travaux achevés, et concerne notamment les frais découlant de l’obligation qu’a Chandos de surveiller les travaux de Capital Steel durant la période de garantie. De plus, la clause Q(b) s’applique aux coûts engagés par Chandos à la suite de la suspension du contrat de sous-traitance, tandis que la clause Q(d) vise les dérangements subis par elle lorsque les travaux sont achevés par d’autres moyens, ce qui l’oblige à réaffecter des ressources administratives et de gestion considérables en plus de réattribuer les risques qui étaient assumés dans le cadre du contrat de sous-traitance (p. ex., la condition G, [TRADUCTION] « Indemnisation »). Par conséquent, les sujets visés par la clause Q(d) se quantifient difficilement en termes pécuniaires et les parties se sont donc entendues au préalable sur une évaluation des dommages-intérêts, en laissant la clause Q(b) prévoir les coûts plus directs et quantifiables.

[130] Deuxièmement, si le sens ordinaire et grammatical ne règle pas la question, il y a un conflit apparent entre la clause Q(b) et la clause Q(d). « [L]orsqu’il y a apparence de conflit entre une condition générale et une condition explicite, elles peuvent être conciliées si l’on considère que les parties ont voulu que la condition générale ne s’applique pas à l’objet de la condition spécifique » : *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12, p. 24; *Douez c. Facebook, Inc.*, 2017 CSC 33, [2017] 1 R.C.S. 751, par. 46. Ainsi, les motifs généraux du recouvrement prévu à la clause Q(b) ne doivent pas être interprétés comme s’appliquant aux questions spécifiques que sont les [TRADUCTION] « dérangements liés à l’achèvement des travaux par d’autres moyens » et la « surveillance des travaux durant la période de garantie » prévues à la clause Q(d).

[131] Troisièmement, un tribunal peut s’écarter du sens ordinaire des mots si une interprétation littérale entraînerait un résultat irréaliste ou absurde sur le plan commercial : *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888, p. 901. À mon avis, permettre un double recouvrement par l’application de

would be commercially impractical and unrealistic. Therefore, clause Q(b) should be read so as to avoid such an absurdity.

[132] For these reasons, I disagree with the interpretation of Condition Q advanced by Deloitte. The 10 percent fee arising under clause Q(d) is not duplicative of the amounts which may accrue under clause Q(b). Nielsen J.'s finding that clause Q(d) furthers a *bona fide* commercial purpose is, as a result, left unimpeached. Nonetheless, it is worth briefly exploring the objective commercial basis for the provision to show why it is important that the law give effect to such a clause.

(2) Paragraph (d) of Condition Q Advances a Legitimate and Objectively Ascertainable Commercial Interest

[133] In my view, it is significant that the Subcontract included ongoing obligations on the part of Capital Steel that were unperformed at the time of its bankruptcy. The bankruptcy of a party with an unperformed or ongoing obligation under a contract is likely to necessitate a commercial rearrangement of rights in order to protect the legitimate interests of the counterparty because the party's bankruptcy is likely to undermine the counterparty's assurance of ongoing performance or to change the risk allocation under the contract: Grottenthaler and Pillon; see also *Lomas* (2010), at paras. 108-10; *Lomas* (2012), at paras. 88-91. There are therefore ample legitimate commercial reasons for rearranging contractual rights in such circumstances.

[134] An important element of the Subcontract is that it created a general contractor-subcontractor relationship between two parties in the construction industry. The construction industry generally operates in a pyramid-like structure, with the owner or developer at the top of the pyramid, a general contractor or contractors one level down, subcontractors under them, and possibly further sub-subcontractors: J. Westeinde, "Construction is 'Risky Business'" (1988), 29 *C.L.R.* 119. Generally, payment flows down the pyramid once the work has been completed.

la clause Q(b) serait irréaliste et impraticable sur le plan commercial. Par conséquent, la clause Q(b) doit être interprétée de manière à éviter une telle absurdité.

[132] Pour ces motifs, je ne partage pas l'interprétation que Deloitte propose pour la condition Q. Les frais de 10 p. 100 prévus à la clause Q(d) ne constituent pas un dédoublement des montants qui peuvent découler de l'application de la clause Q(b). La conclusion du juge Nielsen selon laquelle la clause Q(d) vise un objectif commercial véritable n'est donc pas contestée. Néanmoins, il vaut la peine d'explorer brièvement le fondement commercial objectif de la stipulation afin de démontrer pourquoi il est important que la loi donne effet à une telle clause.

(2) Le paragraphe (d) de la condition Q favorise un intérêt commercial légitime et objectivement vérifiable

[133] À mon avis, le fait que le contrat de sous-traitance prévoyait des obligations continues incombant à Capital Steel qui n'avaient pas été exécutées au moment de sa faillite est important. La faillite d'une partie ayant une obligation non exécutée ou continue au titre d'un contrat est susceptible d'entraîner par la force des choses une réorganisation commerciale des droits afin de protéger les intérêts légitimes de l'autre partie, car la faillite est susceptible de nuire à la garantie dont bénéficie cette dernière quant à la poursuite des travaux, ou encore de modifier la répartition des risques prévue au contrat : Grottenthaler et Pillon; voir aussi *Lomas* (2010), par. 108-110; *Lomas* (2012), par. 88-91. Il y a donc amplement de motifs commerciaux légitimes pour réorganiser les droits contractuels dans de telles circonstances.

[134] Le contrat de sous-traitance a ceci d'important qu'il a créé une relation générale entrepreneur-sous-traitant entre deux parties qui travaillent dans l'industrie de la construction. Cette industrie fonctionne habituellement selon une structure pyramidale où le propriétaire ou promoteur se trouve en haut de la pyramide, l'entrepreneur général ou les entrepreneurs à l'échelon d'en dessous, les sous-traitants encore plus bas et ainsi de suite si les sous-traitants ont eux-mêmes des sous-traitants : J. Westeinde, « Construction is "Risky Business" » (1988), 29

Thus, the insolvency of a subcontractor during the construction of a project can have major ramifications up and down the pyramid structure, causing costly delays and fundamentally altering the allocation of risk created by the web of contractual relationships involved.

[135] Capital Steel had significant unperformed obligations under the Subcontract at the time of its bankruptcy. It had agreed to “repair and make good any defect in its work and all resulting damages that might appear as the result of any improper work or defective materials” it furnished: clause III. The operative period for this guarantee corresponded to the period specified in the Stipulated Price Contract, which was one year from the date of substantial performance: clause GC 12.3.1. However, Capital Steel’s bankruptcy occurred before it had even completed its own work under the Subcontract, let alone before the date of substantial performance of the entirety of the project. Therefore, the Subcontract was still executory at the time of its bankruptcy.

[136] In this case, Capital Steel’s bankruptcy exposed Chandos to significant risks under the Stipulated Price Contract. In it, Chandos had agreed to be “as fully responsible to the *Owner* for acts and omissions” of Capital Steel, or a replacement subcontractor, as it was for “acts and omissions of persons directly employed by” it: clause GC 3.7.1.3 (emphasis in original). Chandos had also agreed that it would promptly correct defects or deficiencies in the work which appeared during the warranty period at its own expense: clause GC 12.3.4. As well, Chandos was required to correct or pay for damage resulting from such corrections: clause GC 12.3.5. Owing to its bankruptcy, Capital Steel was not available to monitor or correct its work during the warranty period. Chandos therefore had to do so or face liability to the owner under the Stipulated Price Contract. Thus, a fee for monitoring the work during the warranty period is legitimate.

C.L.R. 119. Habituellement, les paiements se font du haut vers le bas de la pyramide une fois que les travaux ont été exécutés. Ainsi, l’insolvabilité d’un sous-traitant durant la construction du projet peut avoir des répercussions importantes dans l’ensemble de la structure, entraîner des retards coûteux et modifier fondamentalement la répartition des risques créés par le réseau de relations contractuelles nécessaires à la réalisation du projet.

[135] Capital Steel avait des obligations importantes en vertu du contrat de sous-traitance qui n’étaient pas encore exécutées au moment de sa faillite. Elle avait accepté de [TRADUCTION] « réparer tout défaut dans ses travaux et tout dommage découlant d’un travail mal fait ou d’un équipement défectueux » qu’elle fournissait : clause III. La durée de cette garantie correspondait à la période mentionnée dans le contrat à forfait, soit un an à compter de la date de l’achèvement substantiel : clause GC 12.3.1. Cependant, Capital Steel a fait faillite avant même d’avoir terminé les travaux qu’elle devait exécuter selon le contrat de sous-traitance, et donc bien avant la date de l’achèvement substantiel de l’ensemble du projet. Le contrat de sous-traitance était donc toujours exécutoire au moment de la faillite de Capital Steel.

[136] En l’espèce, la faillite de Capital Steel exposait Chandos à des risques importants dans le cadre du contrat à forfait. Dans ce dernier, Chandos avait accepté d’être [TRADUCTION] « aussi pleinement responsable à l’égard du *Propriétaire* pour les actes et omissions » de Capital Steel, ou d’un sous-traitant qui remplacerait cette dernière, qu’elle l’était pour les « actes et omissions des personnes qu’elle employait directement » : clause GC 3.7.1.3 (en italique dans l’original). Chandos avait également accepté de corriger rapidement, et à ses frais, les défauts apparaissant dans les travaux durant la période de garantie : clause GC 12.3.4. En outre, elle devait corriger ou payer les dommages découlant de ces corrections : clause GC 12.3.5. En raison de sa faillite, Capital Steel n’a pu surveiller ou corriger ses travaux durant la période de garantie. Chandos a donc dû le faire ou assumer la responsabilité à l’égard du propriétaire conformément au contrat à forfait. Par conséquent, l’imposition de frais pour la surveillance des travaux durant la période de garantie est légitime.

[137] A general contractor's role is essentially to oversee and coordinate the construction of a project by various subcontractors according to a set schedule. It is evident that a subcontractor's bankruptcy during the construction of the project would require the general contractor to redirect significant administrative and management resources in order to respond, for example by seeking a substitute subcontractor willing to complete a job already partially performed by another company. The general contractor would also incur administrative and management costs from mitigating the fallout up and down the pyramid. Undoubtedly, costly delays would ensue as well. Thus, a fee for the inconvenience of completing the work using alternate means is also legitimate.

[138] As to the quantum of the fee, 10 percent of the Subcontract price, Nielsen J. found as a fact that this was a genuine pre-estimate of damages, and I am content to rely on this finding: A.R., at pp. 9-10. In my view, this amount is not extravagant in light of the importance of the structural steel work to the project, the Stipulated Price Contract's total value of \$56,852,453.45, and the fact that the risks reallocated to Chandos by Capital Steel's bankruptcy were likely difficult to state in monetary terms. I do not see in clause Q(d) any intent on the part of Chandos or Capital Steel to avoid the operation of bankruptcy laws or to prejudice Capital Steel's creditors. There is, therefore, a *bona fide* commercial purpose behind clause Q(d).

V. Conclusion

[139] As clause Q(d) furthers a *bona fide* commercial purpose, I would dispose of this appeal by holding that provisions of this kind do not offend the anti-deprivation rule. I therefore conclude that clause Q(d) is enforceable against the trustee of Capital Steel's estate in bankruptcy. As a result, I would allow the appeal and restore the original order made at first instance.

[137] Le rôle d'un entrepreneur général consiste essentiellement à superviser et à coordonner la construction d'un projet par différents sous-traitants conformément au calendrier fixé. Il est évident que la faillite d'un sous-traitant durant la construction du projet oblige l'entrepreneur général à réaffecter beaucoup de ressources administratives et de gestion pour réagir à la situation, par exemple en cherchant un autre sous-traitant qui est prêt à terminer les travaux déjà partiellement exécutés par une autre entreprise. L'entrepreneur général a également à assumer des coûts administratifs et de gestion pour atténuer les répercussions dans toute la pyramide. Sans aucun doute, cela entraîne des retards coûteux. Par conséquent, il est aussi légitime de prévoir des frais pour les dérangements liés à l'achèvement des travaux par d'autres moyens.

[138] Quant au montant de ces frais, qui représente 10 p. 100 du prix du contrat de sous-traitance, le juge Nielsen a tiré la conclusion de fait qu'il s'agissait d'une véritable estimation anticipée des dommages-intérêts et je me contenterai de souscrire à sa conclusion : d.a., p. 9-10. À mon avis, il ne s'agit pas d'un montant extravagant compte tenu de l'importance de la charpente d'acier requise pour le projet, de la valeur totale du contrat à forfait qui s'élève à 56 852 453,45 \$ et du fait que les risques réattribués à Chandos en raison de la faillite de Capital Steel étaient susceptibles d'être difficiles à définir en termes pécuniaires. Je ne vois dans la clause Q(d) aucune intention de la part de Chandos ou de Capital Steel d'éviter l'application des lois en matière de faillite ou de nuire aux créanciers de Capital Steel. La clause Q(d) poursuit donc un objectif commercial véritable.

V. Conclusion

[139] Comme la clause Q(d) poursuit un objectif commercial véritable, je disposerais du pourvoi en concluant que de telles stipulations n'enfreignent pas la règle anti-privation. Je conclus donc que la clause Q(d) est exécutoire contre le syndic de faillite de Capital Steel. En conséquence, j'accueillerais le pourvoi et je rétablirais l'ordonnance originale rendue en première instance.

Appeal dismissed with costs throughout, CÔTÉ J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Duncan Craig, Edmonton.

Solicitors for the respondent: Reynolds Mirth Richards & Farmer, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals: Stikeman Elliott, Toronto.

Solicitors for the intervener the Insolvency Institute of Canada: McCarthy Tétrault, Toronto.

Pourvoi rejeté avec dépens devant toutes les cours, la juge CÔTÉ est dissidente.

Procureurs de l'appelante : Duncan Craig, Edmonton.

Procureurs de l'intimée : Reynolds Mirth Richards & Farmer, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation : Stikeman Elliott, Toronto.

Procureurs de l'intervenant l'Institut d'insolvabilité du Canada : McCarthy Tétrault, Toronto.