

restructuring bulletin

January 2010

Supreme Court of Canada denies priority to Revenue Québec for bankrupt's unremitted sales taxes

On October 30, 2009, the Supreme Court of Canada issued its much awaited decision regarding Revenue Québec's creative "ownership" claim over the tax portions of a bankrupt's accounts receivable.

Given the stakes for the industry, the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals (CAIRP), represented by McMillan LLP, intervened in the case and, along with the other respondents, forcefully argued against Revenue Québec's position. In a short and unanimous judgment, the Court unequivocally rejected Revenue Québec's position and adopted the views long defended by the insolvency community.

case history

Since the amendments to the *Bankruptcy and Insolvency Act* ("BIA") in 1992 and parallel amendments to the *Excise Tax Act*, the majority of the Canadian insolvency community was of the view that the status of the Crown's claim for unremitted Goods and Services Tax ("GST") and Quebec Sales Tax ("QST") in a bankruptcy had been settled and that such claims ought to be treated as ordinary unsecured claims in the same manner as almost all other Crown claims.

A trilogy of decisions rendered in 2006 by the Superior Court of Quebec threw a rock in the pond by endorsing Revenue Québec's contention that, in situations where there is unremitted GST and QST, Revenue Québec would be the sole owner of the tax portion of the accounts receivable outstanding at the time of bankruptcy. On December 18, 2007, the Quebec Court of Appeal, following a joint hearing of the three cases forming the so-called Superior Court trilogy, unanimously rejected the property right, "ownership" argument formulated by Revenue Quebec, and overturned all three decisions.

Unsatisfied with the Quebec Court of Appeal's ruling, Revenue Québec brought the matter before the Supreme Court of Canada.

It is worth noting that pending the hearing on the merits of the appeal, Revenue Québec continued to notify many bankruptcy trustees and secured creditors

that they should continue to hold the tax portion of the accounts receivable of bankrupt debtors in trust in a segregated account, and this despite the clear decision of the Quebec Court of Appeal. As a practical matter, bankruptcy trustees were often forced to withhold distributions and/or to make the appropriate reserves pending a final decision by the Supreme Court of Canada.

Although not a litigant before the lower courts, Revenue Canada intervened before the Supreme Court of Canada in full support of the submissions of Revenue Québec and asked for the Quebec Court of Appeal's decision to be overturned.

Supreme Court decision

In the three cases before the Court, the issue revolved around whether the Crown had a property right in the tax portion of post-bankruptcy accounts receivable collections. In the affirmative, the Crown would be entitled to the proceeds of the collections, as these sums would never have formed part of the property of the bankrupt, and as a result, these sums would never have vested in the bankruptcy trustee. On the other hand, if the Crown did not have any property right in these sums, they would form part of the bankrupt's estate and the Crown's claim for the unremitted GST and the QST would be that of an ordinary unsecured creditor.

The Court started by analyzing the legal characterization of the Crown's rights with respect to the GST and QST amounts on the premise that this characterization could not be considered in isolation from the overall context of the legislative system for the collection and remittance of these taxes or from the provisions of the BIA.

The Court noted that the collection mechanism of these taxes does not require separate invoices for the GST and the QST. The amounts are to be remitted by suppliers on an accrual basis; in other words, without regard to when the invoices are paid. Nothing in the statutory framework requires the suppliers to keep the taxes they collect separate from their own assets. The Court observed that while it is true that the recipient of any goods or services "owes" the tax to the Crown, a supplier who has remitted the tax owed by the recipient nevertheless has a cause of action against the recipient for the tax.

The Court stated that a statutory mandate is imposed on suppliers to collect the GST and the QST on behalf of the Crown, which entails on their part the obligation to remit not the amounts collected, but rather a balance resulting from offsetting claims against the Crown as against input credits to which the supplier is entitled. The existence of these offsetting claims confirms that the claims for the amounts collected by suppliers are fungible.

In the eyes of the Supreme Court, maintaining the Crown's ownership argument would amount to confirming that the deemed trusts established by the federal and provincial laws for GST and QST survive bankruptcy. This is inconsistent with the nature of the Crown's right under the system for the collection and remittance of the GST and the QST and would

squarely contradict Parliament's clear intent and the wording of the 1992 amendments to the BIA under which, subject to certain exceptions, claims of the Crown rank as unsecured claims in a bankruptcy.

Accordingly, the Supreme Court concluded that the Crown does not "own" the GST and QST amounts that are collectible at the time of the bankruptcy of a supplier. Rather, the Crown has an unsecured claim against the estate of the bankrupt supplier.

conclusion

In the end, much to the relief of the insolvency community in Canada, and to that of many banks and other credit providers, as well as to that of their debtors, the Supreme Court stayed away from the novel and creative argument suggested by Revenue Quebec and adopted by Revenue Canada, and decided to stick to the letter (and clearly stated purpose) of the BIA.

Is the final chapter written regarding tax collection in bankruptcy? Probably... but then again, perhaps not. The decision of Revenue Canada to endorse the argument developed by Revenue Quebec and to take a position before the Supreme Court that appears to squarely contradict the philosophy of the 1992 reform of the BIA is certainly a cause for concern. A legislative reversal of the Supreme Court decision remains a possibility. However, let's hope that the same wisdom and foresight underlying the 1992 reform of the BIA will continue to prevail in Parliament. Canadian debtors and their bankers just do not need such a "reform" in the current economic climate!

Written by Eric Vallières, Marc-André Morin and Sidney Elbaz,
members of McMillan's Corporate Restructuring Group.

For more information, contact any of the lawyers listed below:

Calgary	Michael A. Thackray, QC	403.531.4710	michael.thackray@mcmillan.ca
Toronto	Wael Rostom	416.865.7790	wael.rostom@mcmillan.ca
Montréal	Max Mendelsohn	514.987.5042	max.mendelsohn@mcmillan.ca

a cautionary note

The foregoing provides only an overview. Readers are cautioned against making any decisions based on this material alone. Rather, a qualified lawyer should be consulted. © McMillan LLP 2009.

bulletin du groupe restructuration de sociétés

janvier 2010

la Cour Suprême du Canada rejette les prétentions de Revenu Québec relativement aux taxes de vente afférentes aux comptes recevables des entreprises faillies

Le 30 octobre 2009, la Cour suprême du Canada, dans un jugement très attendu, a unanimement rejeté l'argument plutôt novateur de Revenu Québec à l'effet que la Couronne serait propriétaire de la portion représentant les taxes de vente des comptes recevables d'un failli.

Devant l'importance de l'enjeu pour l'industrie, l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation (ACPIR), s'était jointe aux autres parties intimées impliquées et a contesté vigoureusement la position de Revenu Québec devant la Cour Suprême du Canada. Dans un jugement concis et unanime, la Cour suprême a catégoriquement rejeté la position de Revenu Québec et lui a préféré la thèse défendue par l'ACPIR et les intimées.

historique du dossier

Depuis les amendements à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (« LFI ») de 1992 et les amendements parallèles à la *Loi sur la taxe d'assise*, la majorité des professionnels œuvrant dans le domaine de l'insolvabilité au Canada considérait que le statut des réclamations de la Couronne dans le contexte d'une faillite pour des sommes dues à titre de taxe sur les produits et services (« TPS ») et à titre de taxe de vente du Québec (« TVQ ») avait été réglé, et que ce type de réclamations devait être traité comme des réclamations ordinaires non-garanties, c'est-à-dire de la même manière que la quasi-totalité des autres réclamations de la Couronne.

Cependant, dans le cadre d'une trilogie de décisions rendues en 2006, la Cour supérieure du Québec avait remis en question cette interprétation traditionnelle et épousé plutôt la position soutenue par Revenu Québec selon laquelle, lorsqu'il y a des montants de TPS et de TVQ non-remis, la Couronne serait la seule « propriétaire » de la portion des comptes recevables du failli représentant la TPS et la TVQ. Le 18 décembre 2007, suite à une audition commune des trois dossiers, la Cour d'appel avait unanimement rejeté le soi-disant argument de droit de propriété de Revenu Québec et renversé les trois décisions.

Insatisfait de la décision de la Cour d'appel, Revenu Québec a amené l'affaire devant la Cour suprême du Canada. Qui plus est, en dépit de la décision claire de la Cour d'appel et dans l'attente de l'audition devant la Cour suprême, Revenu

Québec continuait de mettre en demeure de nombreux syndics de faillite et créanciers garantis et leur enjoignait de conserver la portion de taxe des comptes recevables d'un failli dans des comptes en fidéicommiss distincts. À toutes fins utiles, les syndics de faillite n'avaient donc d'autre choix que de retarder la distribution de dividendes et/ou de prélever et conserver des réserves appropriées et ce, dans l'attente de la décision finale de la Cour suprême.

En outre, devant la Cour suprême, Revenu Canada décida de joindre sa voix à celle de Revenu Québec afin de demander le renversement de la décision de la Cour d'appel du Québec.

décision de la Cour suprême

La Cour suprême étant donc appelée à trancher le débat dans le cadre de trois dossiers semblables qui ont fait l'objet d'une argumentation commune. Dans le cadre de chacun de ces dossiers, la question à résoudre était de déterminer si la Couronne avait un droit de propriété sur la portion des comptes recevables représentant les taxes encore dues suite à la faillite d'un fournisseur. Dans l'affirmative, la Couronne aurait droit au produit de leur collection puisque ces sommes n'auraient jamais été la propriété du fournisseur failli et, par conséquent, n'auraient jamais été dévolues au syndic de faillite. Au contraire, si la Couronne n'avait pas de droit de propriété sur ces sommes, ces dernières feraient automatiquement partie des actifs du failli et la réclamation de la Couronne pour la TPS et la TVQ non remises serait considérée comme une créance ordinaire non garantie.

Dans sa décision, la Cour suprême affirme d'emblée que la qualification juridique des droits de la Couronne ne saurait être isolée de l'ensemble du contexte législatif établi par le système de perception et de remise des taxes de vente et par les dispositions de la LFI.

La Cour suprême souligne ensuite que le mécanisme de perception mis en place pour les taxes de vente ne prévoit pas une facturation distincte de la TPS et de la TVQ. Les montants doivent être remis par les fournisseurs sur la base de leurs comptabilités d'exercice, c'est-à-dire sans égard à la date à laquelle les factures sont payées. En outre, rien dans la loi n'oblige les fournisseurs à séparer les taxes perçues de leurs autres actifs. La Cour convient aussi que s'il est vrai que l'acquéreur de produits et services doit la taxe à la Couronne, le fournisseur qui a effectivement remis la taxe due par l'acquéreur à la Couronne obtient un recours contre celui-ci pour la taxe correspondante.

La Cour note ensuite qu'un mandat statutaire impose bel et bien au fournisseur la perception de la TPS et de la TVQ. Mais ce mandat implique l'obligation de remettre non pas les sommes perçues, mais le solde résultant de la compensation entre les créances contre la Couronne et les intrants auxquels le fournisseur a droit. Ce système de compensation confirme la fongibilité des créances relatives aux sommes perçues par les fournisseurs.

Aux yeux de la Cour, faire droit à l'argument du soi-disant droit de propriété de la Couronne équivaldrait à confirmer que les fiducies présumées établies par les lois fédérales et provinciales pour la TPS et la TVQ survivraient à la faillite. Un tel raisonnement serait incompatible avec le système de perception et de remise de la TPS et de la TVQ et irait à l'encontre de l'intention claire du Parlement fédéral, et du libellé explicite des amendements de 1992 à la LFI.

En définitive, la Cour suprême a conclu que la Couronne ne pouvait prétendre à un droit de propriété sur les comptes recevables d'un failli. Au contraire, la Couronne a une réclamation non-garantie dans la faillite du fournisseur pour les sommes correspondantes.

conclusion

Au grand soulagement de la communauté des professionnels œuvrant dans le domaine de l'insolvabilité au Canada, mais aussi à celui des banques, prêteurs et autres fournisseurs de crédit (ainsi qu'à celui de leurs débiteurs), la Cour suprême n'a pas entériné l'argument novateur de Revenu Québec et a plutôt favorisé l'intention du législateur et l'objectif énoncé lors de la réforme de la LFI en 1992.

Le dernier chapitre de la saga du recouvrement des taxes en faillite est-il finalement écrit ? Probablement, quoique sait-on jamais ? La décision de Revenu Canada d'endosser les arguments développés par Revenu Québec et de prendre une position devant la Cour suprême qui allait clairement à l'encontre de la philosophie de la réforme de la LFI de 1992 cause une certaine inquiétude. Après tout, il est toujours théoriquement possible que la décision de la Cour suprême soit contrecarrée par de nouveaux amendements législatifs! Espérons néanmoins que la sagesse et la clairvoyance qui régnaient lors de la réforme de 1992 prévalent toujours au Parlement. Les débiteurs canadiens (et leurs banquiers) n'ont tout simplement pas besoin d'une telle réforme dans le climat économique actuel...

Écrit par Me Éric Vallières, Me Marc-André Morin et Me Sidney Elbaz,
membres du groupe de restructuration de McMillan.

Pour de plus amples renseignements, veuillez communiquer avec des avocats énumérés après :

Calgary	Michael A. Thackray, QC	403.531.4710	michael.thackray@mcmillan.ca
Toronto	Wael Rostom	416.865.7790	wael.rostom@mcmillan.ca
Montréal	Max Mendelsohn	514.987.5042	max.mendelsohn@mcmillan.ca

mise en garde

Le présent document constitue uniquement un aperçu. Le lecteur est averti de ne pas prendre de décisions basées sur ce seul document et devrait plutôt obtenir les conseils d'un avocat qualifié.

© 2009 McMillan S.E.N.C.R.L., s.r.l.