

**ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE
COMMERCIAL LIST**

IN THE MATTER OF THE *COMPANIES' CREDITORS*
ARRANGEMENT ACT, R.S.C. 1985, c. c-36, AS AMENDED

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF JUST ENERGY GROUP INC., JUST ENERGY CORP., ONTARIO ENERGY COMMODITIES INC., UNIVERSAL ENERGY CORPORATION, JUST ENERGY FINANCE CANADA ULC, HUDSON ENERGY CANADA CORP., JUST MANAGEMENT CORP., JUST ENERGY FINANCE HOLDING INC., 11929747 CANADA INC., 12175592 CANADA INC., JE SERVICES HOLDCO I INC., JE SERVICES HOLDCO II INC., 8704104 CANADA INC., JUST ENERGY ADVANCED SOLUTIONS CORP., JUST ENERGY (U.S.) CORP., JUST ENERGY ILLINOIS CORP., JUST ENERGY INDIANA CORP., JUST ENERGY MASSACHUSETTS CORP., JUST ENERGY NEW YORK CORP., JUST ENERGY TEXAS I CORP., JUST ENERGY, LLC, JUST ENERGY PENNSYLVANIA CORP., JUST ENERGY MICHIGAN CORP., JUST ENERGY SOLUTIONS INC., HUDSON ENERGY SERVICES LLC, HUDSON ENERGY CORP., INTERACTIVE ENERGY GROUP LLC, HUDSON PARENT HOLDINGS LLC, DRAG MARKETING LLC, JUST ENERGY ADVANCED SOLUTIONS LLC, FULCRUM RETAIL ENERGY LLC, FULCRUM RETAIL HOLDINGS LLC, TARA ENERGY, LLC, JUST ENERGY MARKETING CORP., JUST ENERGY CONNECTICUT CORP., JUST ENERGY LIMITED, JUST SOLAR HOLDINGS CORP AND JUST ENERGY (FINANCE) HUNGARY ZRT.

Applicants

**BOOK OF AUTHORITIES OF THE RESPONDENTS
TEXAS POWER INTERRUPTION CLAIMANTS**

June 6, 2022

Tyr LLP
488 Wellington Street West
Suite 300-302
Toronto, ON M5V 1E3
Fax: 416-987-2370

Jason Wadden (LSO# 46757M)
Tel: 416.627.9815
Email: jwadden@tyrllp.com

Counsel to US Counsel for
Texas Power Interruption Claimants

TO: The Service List

**ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE
COMMERCIAL LIST**

IN THE MATTER OF THE *COMPANIES' CREDITORS
ARRANGEMENT ACT*, R.S.C. 1985, c. c-36, AS AMENDED

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF JUST ENERGY GROUP INC., JUST ENERGY CORP., ONTARIO ENERGY COMMODITIES INC., UNIVERSAL ENERGY CORPORATION, JUST ENERGY FINANCE CANADA ULC, HUDSON ENERGY CANADA CORP., JUST MANAGEMENT CORP., JUST ENERGY FINANCE HOLDING INC., 11929747 CANADA INC., 12175592 CANADA INC., JE SERVICES HOLDCO I INC., JE SERVICES HOLDCO II INC., 8704104 CANADA INC., JUST ENERGY ADVANCED SOLUTIONS CORP., JUST ENERGY (U.S.) CORP., JUST ENERGY ILLINOIS CORP., JUST ENERGY INDIANA CORP., JUST ENERGY MASSACHUSETTS CORP., JUST ENERGY NEW YORK CORP., JUST ENERGY TEXAS I CORP., JUST ENERGY, LLC, JUST ENERGY PENNSYLVANIA CORP., JUST ENERGY MICHIGAN CORP., JUST ENERGY SOLUTIONS INC., HUDSON ENERGY SERVICES LLC, HUDSON ENERGY CORP., INTERACTIVE ENERGY GROUP LLC, HUDSON PARENT HOLDINGS LLC, DRAG MARKETING LLC, JUST ENERGY ADVANCED SOLUTIONS LLC, FULCRUM RETAIL ENERGY LLC, FULCRUM RETAIL HOLDINGS LLC, TARA ENERGY, LLC, JUST ENERGY MARKETING CORP., JUST ENERGY CONNECTICUT CORP., JUST ENERGY LIMITED, JUST SOLAR HOLDINGS CORP AND JUST ENERGY (FINANCE) HUNGARY ZRT.

Applicants

SERVICE LIST

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>OSLER, HOSKIN & HARCOURT LLP Box 50, 1 First Canadian Place 100 King Street West, Suite 6200 Toronto, ON M5X 1B8 Fax: 416.862.6666</p> <p>Counsel to the Applicants</p>	<p>Marc Wasserman Tel: 416.862.4908 Email: MWasserman@osler.com</p> <p>Michael De Lellis Tel: 416.862.5997 Email: MDeLellis@osler.com</p> <p>Jeremy Dacks Tel: 416.862.4923 Email: JDacks@osler.com</p> <p>Shawn Irving Tel: 416.862.4733 Email: SIrving@osler.com</p> <p>Dave Rosenblat Tel: 416.862.5673 Email: DRosenblat@osler.com</p>
<p>JUST ENERGY GROUP INC. 100 King Street West, Suite 2630 Toronto, ON M5X 1E1</p> <p>Applicant</p>	<p>Jonah T. Davids EVP, General Counsel and Corporate Secretary Tel: 416.367.2574 Email: JDavids@justenergy.com</p> <p>Michael Carter Chief Financial Officer Email: mcarter@justenergy.com</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>KIRKLAND & ELLIS LLP 601 Lexington Avenue New York, NY 10022 Fax: 212.446.4900</p> <p>609 Main St, Houston TX 77002, United States Fax: 713.836.3601</p> <p>U.S. Counsel to the Applicants</p>	<p>Brian Schartz Tel: 212.446.5932 / 713.836.3755 Email: brian.schartz@kirkland.com</p> <p>Mary Kogut Brawley Tel: 713.836.3650 Email: mary.kogut@kirkland.com</p> <p>Kevin Stuart Rice Tel: 1 (212) 390.4322 Email: kevin.s.rice@kirkland.com</p> <p>Allyson B. Smith Tel: 1 (212) 909.3217 Email: allyson.smith@kirkland.com</p> <p>Peter A. Candel Tel: 1 (312) 862.4092 Email: peter.candel@kirkland.com</p>
<p>FTI CONSULTING CANADA INC. P.O. Box 104, TD South Tower 79 Wellington Street West Toronto Dominion Centre, Suite 2010 Toronto, ON, M5K 1G8 Fax: 416.649.8101</p> <p>Monitor</p>	<p>Paul Bishop Tel: 416.649.8053 Email: paul.bishop@fticonsulting.com</p> <p>Jim Robinson Tel: 416.649.8070 Email: jim.robinson@fticonsulting.com</p>
<p>THORNTON GROUT FINNIGAN LLP 100 Wellington St W, Suite 3200 Toronto, ON M5K 1K7 Fax: 416.304.1313</p> <p>Counsel to the Monitor</p>	<p>Robert Thornton Tel: 416.304.0560 Email: rthornton@tgf.ca</p> <p>Rebecca Kennedy Tel: 416.304.0603 Email: rkennedy@tgf.ca</p> <p>Rachel Nicholson Tel: 416.304.1153 Email: rnicholson@tgf.ca</p> <p>Puya Fesharaki Tel: 416.304.7979 Email: pfesharaki@tgf.ca</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>PORTER HEDGES LLP 1000 Main St, 36th Floor Houston, TX 77002 Fax: 713.226.6248</p> <p>U.S. Counsel to the Monitor</p>	<p>John F. Higgins Tel: 713.226.6648 Email: JHiggins@porterhedges.com</p>
<p>CASSELS BROCK & BLACKWELL LLP Scotia Plaza, Suite 2100, 40 King St W Toronto, ON M5H 3C2 Fax: 416.360.8877</p> <p>Canadian Counsel to the DIP Lenders</p>	<p>Ryan Jacobs Tel: 416.860.6465 Email: rjacobs@cassels.com</p> <p>Jane Dietrich Tel: 416.860.5223 Email: jdietrich@cassels.com</p> <p>Michael Wunder Tel: 416.860.6484 Email: mwunder@cassels.com</p> <p>Joseph Bellissimo Tel: 416.860.6572 Email: jbellissimo@cassels.com</p> <p>Alan Merskey Tel: 416.860.2948 Email: amerskey@cassels.com</p> <p>John M. Picone Tel: 416.640.6041 Email: jpicone@cassels.com</p> <p>Christopher Selby Tel: 416.860.6737 Email: cselby@cassels.com</p> <p>Jeremy Bornstein Tel: 416.869.5386 Email: jbornstein@cassels.com</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>AKIN GUMP STRAUSS HAUER & FELD LLP Bank of America Tower, 1 Bryant Park New York, NY 10036 Fax: 212.872.1002</p> <p>111 Louisiana Street, 44th Floor Houston, TX 77002-5200 Fax: 713.236.0822</p> <p>U.S. Counsel to the DIP Lenders</p>	<p>David Botter Tel: 212.872.1055 Email: dbotter@akingump.com</p> <p>Abid Qureshi Tel: 212.872.8027 Email: aqureshi@akingump.com</p> <p>Zach Wittenberg Tel: 212.872.1081 Email: zwittenberg@akingump.com</p> <p>Chad Nichols Tel: 713.250.2178 Email: cnichols@akingump.com</p>
<p>HOLLAND & KNIGHT LLP 150 N. Riverside Plaza, Suite 2700 Chicago, IL 60606 Fax: 312.578.6666</p> <p>Counsel to the DIP Agent</p>	<p>Daniel Sylvester Tel: 312.715.5880 Email: daniel.sylvester@hklaw.com</p> <p>Phillip Nelson Tel: 312.578.6584 Email: phillip.nelson@hklaw.com</p>
<p>MCCARTHY TETRAULT LLP 66 Wellington Street West Suite 5300, TD Bank Tower Box 48 Toronto, ON M5K 1E6 Fax: 416.868.8772</p> <p>Canadian Counsel to the Agent and the Credit Facility Lenders</p>	<p>Heather Meredith Tel: 416-601-8342 Email: hmeredith@mccarthy.ca</p> <p>James D. Gage Tel: 416.601.7539 Email: jgage@mccarthy.ca</p> <p>Justin Lapedus Tel: 416.601.8289 Email: jlapedus@mccarthy.ca</p> <p>D.J. Lynde Tel: 416.601.8231 Email: dlynde@mccarthy.ca</p> <p>Natasha Rambaran Tel: 416.601.8110 Email: nrambaran@mccarthy.ca</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>CHAPMAN AND CUTLER LLP 111 West Monroe Street Chicago, IL 60603-4080 Fax: 312.701.2361</p> <p>U.S. Counsel to the Credit Facility Lenders</p>	<p>Stephen R. Tetro II Tel: 312.845.3859 Email: stetro@chapman.com</p> <p>Michael Reed Tel: 312.845.3458 Email: mmreed@chapman.com</p>
<p>NORTON ROSE FULBRIGHT CANADA LLP Norton Rose Fulbright Canada LLP 400 3rd Avenue SW, Suite 3700 Calgary, AB T2P 4H2 Fax: 403.264.5973</p> <p>NORTON ROSE FULBRIGHT US LLP 2200 Ross Avenue, Suite 3600 Dallas, Texas 75201-7932 Fax: 214.855.8200</p> <p>Counsel to Shell Energy North America (Canada) Inc. and Shell Energy North America (US)</p>	<p>Howard Gorman Tel: 403.267.8144 Email: howard.gorman@nortonrosefulbright.com</p> <p>Ryan Manns Tel: 214.855.8304 Email: ryan.manns@nortonrosefulbright.com</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>DENTONS CANADA LLP 77 King St W Suite 400 Toronto, ON M5K 0A1 Fax: 416.863.4592</p> <p>Canadian Counsel to BP Canada Energy Marketing Corp., BP Energy Company, BP Corporation North America Inc., and BP Canada Energy Group ULC</p>	<p>David Mann Tel: 403.268.7097 Email: david.mann@dentons.com</p> <p>Robert Kennedy Tel: 416.367.6756 Email: robert.kennedy@dentons.com</p> <p>Kenneth Kraft Tel: 416-863-4374 Email: kenneth.kraft@dentons.com</p> <p>Gordon Tarnowsky Tel: 1.403.268.3024 Email: gord.tarnowsky@dentons.com</p> <p>Mark A. Freake Tel: 416.863.4456 Email: mark.freake@dentons.com</p> <p>Michael D. Schafler Tel: 416.863.4457 Email: michael.schafler@dentons.com</p>
<p>HAYNES AND BOONE, LLP 1221 McKinney Street Suite 4000 Houston, TX 77010 Fax: 713.547.2600</p> <p>HAYNES AND BOONE, LLP 1050 17th Street Suite 1800 Denver, CO 80265 Fax: 303.382.6210</p> <p>U.S. Counsel to BP</p>	<p>Kelli Norfleet Tel: 713.547.2630 Email: kelli.norfleet@haynesboone.com</p> <p>Arsalan Muhammad Tel: 713.547.2257 Email: arsalan.muhammad@haynesboone.com</p> <p>Patrick L. Hughes Tel: 303.382.6221 Email: patrick.hughes@haynesboone.com</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>TORYS LLP 79 Wellington Street West, 30th Floor Box 270, TD South Tower Toronto, ON M5K 1N2 Fax: 416.865.7380</p> <p>Counsel to the Term Loan Lenders (Sagard Credit Partners, LP, LVS III SPE XV LP, TOCU XVII LLC, HVS XVI LLC, and OC II LVS XIV LP)</p>	<p>Tony DeMarinis Tel: 416.865.8162 Email: tdemarinis@torys.com</p> <p>Scott Bomhof Tel: 416.865.7370 Email: sbomhof@torys.com</p>
<p>BORDEN LADNER GERVAIS LLP Barristers and Solicitors 22 Adelaide Street West Bay Adelaide Centre, East Tower Toronto, Ontario M5H 4E3 Fax: 416.367.6749</p> <p>Counsel to Chubb Insurance Company of Canada</p>	<p>James W. MacLellan Tel: 416.367.6592 Email: jmaclellan@blg.com</p> <p>R. Bevan Brooksbank Tel: 416.367.6604 Email: bbrooksbank@blg.com</p>
<p>McMILLAN LLP Brookfield Place 181 Bay St, Suite 4400 Toronto ON M5J 2T3</p> <p>Counsel for Morgan Stanley Capital Group Inc.</p>	<p>Tushara Weerasooriya Tel: 416.865.7890 Email: tushara.weerasooriya@mcmillan.ca</p> <p>Shahen Mirakian Tel: 416.865.7238 Email: shahen.mirakian@mcmillan.ca</p> <p>Stephen Brown-Okruhlik Tel: 416.865.7043 Email: stephen.brown- okruhlik@mcmillan.ca</p>
<p>EXELON GENERATION COMPANY, LLC 100 Constellation Way, Suite 500C Baltimore, Maryland 21202</p>	<p>Patrick J. Woodhouse Assistant General Counsel Email: Patrick.Woodhouse@constellation.com</p> <p>Michael Strohmeier Email: Michael.Strohmeier@constellation.com</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>BRUCE POWER L.P. P.O. Box 1540, Building B10 177 Tie Road Municipality of Kincardine Tiverton, ON N0G 2T0 Fax: 519.361.1845</p>	<p>Email: Bill.SCHNURR@brucepower.com</p>
<p>EDF TRADING NORTH AMERICA, LLC 4700 West Sam Houston Parkway North Suite 250 Houston, TX 77041 Fax: 281.653.1454</p>	<p>Email: Gerald.Nemec@edfenergyna.com Email: Frank.Smejkal@edfenergyna.com</p>
<p>NEXTERA ENERGY POWER MARKETING, LLC 700 Universe Blvd. Juno Beach, FL 33408 Fax: 561.625.7642</p>	<p>Email: ELLIOT.BONNER@nexteraenergy.com Email: Allison.Ridder@nexteraenergy.com</p>
<p>MACQUARIE BANK LIMITED 50 Martin Place Sydney, NSW 2000 Australia Fax: 61.2.8232.4540</p> <p>Copy to:</p> <p>Macquarie Bank Limited Representative Office 500 Dallas Street, Suite 3300 Houston, TX 77002 Fax: 713.275.8978</p>	<p>Email: FICC.notices@macquarie.com</p> <p>Copy to:</p> <p>Email: FICClegalHouston@Macquarie.com</p>
<p>MACQUARIE ENERGY CANADA LTD. 500 Dallas Street, Suite 3300 Houston, TX 77002 Fax: 713.275.8978</p>	<p>Email: FICClegalHouston@Macquarie.com</p>
<p>MORGAN STANLEY CAPITAL GROUP Morgan Stanley & Co. LLC 1585 Broadway Avenue New York, NY 10036 Fax: 718.233.2140</p>	<p>Email: msloanservicing@morganstanley.com</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>BRITISH COLUMBIA UTILITIES COMMISSION Suite 410, 900 Howe Street Vancouver, BC V6Z 2N3 Fax: (604) 660-1102</p> <p>Copy to:</p> <p>BRIDGEHOUSE LAW LLP 9th Floor, 900 West Hastings Street Vancouver, BC V6C 1E5 Fax: (604) 684-0916</p>	<p>Email: commission.secretary@bcuc.com</p> <p>Copy to:</p> <p>Benjamin La Borie Tel: (236) 521-6150 Email: blaborie@bridgehouselaw.ca</p>
<p>FORTIS BC ENERGY INC. 16705 Fraser Highway Surrey, BC V4N 0E8</p>	<p>Email: gas.regulatory.affairs@fortisbc.com</p> <p>Email: electricity.regulatory.affairs@fortisbc.com</p>
<p>ALBERTA ELECTRICITY SYSTEM OPERATOR Calgary Place 2500, 330 – 5th Avenue SW Calgary, AB T2P 0L4 Fax: 403.539.2949</p>	<p>Email: info@aeso.ca</p> <p>Chun Seto Credit Risk Analyst Email: Chun.Seto@aeso.ca</p>
<p>ALBERTA GOVERNMENT Commerce Place, 3rd Floor 10155 – 102 Street NW Edmonton, AB T5J 4L4</p>	<p>Scott Hood Statute Administration - Consumer Programs E-mail: scott.hood@gov.ab.ca</p>
<p>ALBERTA UTILITIES COMMISSION Eau Claire Tower 1400, 600 Third Avenue S.W. Calgary, Alberta T2P 0G5</p>	<p>JP Mousseau General Counsel Tel : (403) 592-4452 Email : jp.mousseau@auc.ab.ca</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>ATCO GAS AND PIPELINES LTD. 10035 – 105 Street P.O. Box 2426 Edmonton, AB T5J 2V6s Fax: 780.420.7928 / 780.420.3839</p> <p>Copy to:</p> <p>ATCO GAS AND PIPELINES LTD. 5302 Forand Street S.W. Calgary, AB T3E 1T9</p>	<p>Knox Davidson Senior Analyst, Credit Finance & Risk Email: Knox.Davidson@atco.com</p> <p>Email: RetailerServices@atcoelectric.com</p> <p>Email: Credit@ATCO.com</p>
<p>BATTLE RIVER POWER COOP P.O. Box 1420 Camrose, AB T4V 1X3 Fax: 780.672.7969</p>	<p>Email: brpc@brpower.coop</p>
<p>TOWN OF CARDSTON 67 3rd Avenue West P.O. Box 280 Cardston, AB T0K 0K0 Fax: 403.562.2499</p>	
<p>BLAKE, CASSELS & GRAYDON LLP 595 Burrard Street, Suite 2600 Vancouver, BC V7X 1L3 Fax: 604.631.3309</p> <p>Counsel to ENMAX Power Corporation</p>	<p>Peter Bychawski Tel: 604.631.4218 Email: peter.bychawski@blakes.com</p>
<p>BLAKE, CASSELS & GRAYDON LLP 3500 Bankers Hall East 855 - 2nd Street S.W., Suite 3500 Calgary AB T2P 4J8 Fax: 403.260.9700</p> <p>Counsel for Macquarie Energy LLC and Macquarie Energy Canada Ltd.</p>	<p>Kelly J Bourassa Tel : 1.403.260.9697 Email: kelly.bourassa@blakes.com</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>EPCOR DISTRIBUTION AND TRANSMISSION INC. 2000 – 10423 101 Street NW Edmonton, AB T5H 0E8</p>	<p>Teresa Crotty-Wong Senior Legal Counsel and Ethics Officer Email: Tcrotty-wong@epcor.com</p> <p>Copy to:</p> <p>Legal department: Email: legaldeptinqu@epcor.com</p>
<p>TOWN OF FORT MACLEOD P.O. Box 1420 Fort Macleod, AB T0L 0Z0 Fax: 403.553.2426</p>	<p>Email: gloria@fortmacleod.com</p> <p>Copy to:</p> <p>Email: admin@fortmacleod.com</p>
<p>FORTIS ALBERTA INC. 320 – 17th Avenue SW Calgary, AB T2S 2V1 Fax: : 403.514.4001</p>	<p>Email: sharon.wong@fortisalberta.com</p>
<p>EQUUS REA LTD. 5803 – 42 Street Innisfail, AB T4G 1S8 Fax: 403.227.1007</p>	<p>Email: cglazer@equus.ca</p>
<p>LETHBRIDGE ELECTRIC UTILITY City of Lethbridge / Infrastructure Services 910 4th Avenue South Lethbridge, AB T1J 0P6 Fax: 403.320.4195</p>	<p>Brian Loewen General Counsel - City of Lethbridge</p> <p>Tel: 403.320.3043 Email: brian.loewen@lethbridge.ca</p>
<p>CITY OF RED DEER Red Deer Electric Light and Power 4914 48 Avenue Red Deer, AB T4N 3T3</p> <p>CITY OF RED DEER Red Deer Electric Light and Power Bldg 300 7721 40 Avenue Red Deer, AB T4P 0K2 Fax: 403.341.6806</p>	

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>TOWN OF PONOKA 5102 – 48th Avenue Ponoka, AB T4J 1P7</p> <p>Copy to:</p> <p>TOWN OF PONOKA #200 5604 50 Street Ponoka, AB T4J 1G5</p>	<p>Email: utilities@ponoka.ca</p>
<p>MUNICIPALITY OF CROWSNEST PASS Box 600 Blairmore, AB T0K 0E0</p>	<p>Email: utilities@crowsnestpass.com</p>
<p>SASKATCHEWAN FINANCIAL AND CONSUMER AFFAIRS AUTHORITY Consumer Protection Division 500 – 1919 Saskatchewan Drive Regina, SK S4P 4H2</p>	<p>Email: fcaa@gov.sk.ca</p>
<p>SASKENERGY INCORPORATED 1000 – 1777 Victoria Avenue Regina, SK S4P 4K5 Fax: 306.565.3332</p>	
<p>PUBLIC UTILITIES BOARD 400 – 330 Portage Ave Winnipeg, MB R3C 0C4 Fax: 204.945.2643</p>	<p>Email: Rachel.McMillin@gov.mb.ca</p> <p>Email: Kristen.Schubert@gov.mb.ca</p> <p>Copy to:</p> <p>Email: publicutilities@gov.mb.ca</p>
<p>MANITOBA HYDRO 360 Portage Avenue Winnipeg, MB R3C 0G8</p>	<p>Email: dmartin@hydro.mb.ca</p> <p>Email: BACzarnecki@hydro.mb.ca</p>
<p>CENTRA GAS MANITOBA INC. 12th Floor – 360 Portage Avenue PO Box 815 Winnipeg, MB R3C 2P4 Fax: 204.360.6127</p>	<p>Christine Foulkes Manager, Gas Market Operations Gas Supply Department Email: cdfoulkes@hydro.mb.ca</p> <p>Andrew Neil Senior Credit Risk Officer Email: aneil@hydro.mb.ca</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>INDEPENDENT ELECTRICITY SYSTEM OPERATOR 1600 – 120 Adelaide Street West Toronto, ON M5H 1T1 Fax: 416.506.2843</p>	<p>Victor Buza Email: victor.buza@ieso.ca</p> <p>Michael Lyle, GC Email: michael.lyle@ieso.ca</p>
<p>STIKEMAN ELLIOTT LLP Barristers & Solicitors 5300 Commerce Court West 199 Bay Street Toronto, Canada M5L 1B9 Fax: 416.947.0866</p> <p>Counsel for the Independent Electricity System Operator</p>	<p>Maria Konyukhova Tel: 416.869.5230 Email: mkonyukhova@stikeman.com</p>
<p>ONTARIO ENERGY BOARD 2300 Yonge Street, 27th floor P.O. Box 2319 Toronto, ON M4P 1E4 Fax: 416.440.7656</p>	<p>Email: registrar@oeb.ca</p>
<p>ALGOMA POWER INC. 2 Sackville Road, Suite A Sault Ste. Marie, ON P6B 6J6 Fax: 705.253.6476</p> <p>Copy to:</p> <p>ALGOMA POWER INC. 1130 Bertie Street P.O. Box 1218 Fort Erie, ON L2A 5Y2</p>	<p>Email: peggy.lund@algomapower.com</p> <p>Copy to:</p> <p>Email: regulatoryaffairs@fortisontario.com</p>
<p>ATIKOKAN HYDRO INC. 117 Gorrie Street Atikokan, ON P0T 1C0 Fax: 807.597.6988</p> <p>Copy to:</p> <p>ATIKOKAN HYDRO INC. P.O. Box 14800 Atikokan, ON P0T 1C0</p>	<p>Email: info@athydro.com</p> <p>Copy to:</p> <p>Email: jen.wiens@athydro.com</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>BLUEWATER POWER DISTRIBUTION CORPORATION 855 Confederation Street Sarnia, ON N7T 7L6 Fax: 519.344.7303</p>	<p>Email: kgadsby@bluewaterpower.com</p> <p>Copy to:</p> <p>Email: regulatory@bluewaterpower.com</p>
<p>BRANT COUNTY POWER INC. 65 Dundas Street East Paris, ON N3L 3H1 Fax: 519.442.3701</p> <p>Copy to:</p> <p>ENERGY+ INC. 1500 Bishop Street P.O. Box 1060 Cambridge, ON N1R 5X6</p>	<p>Email: regulatoryaffairs@energyplus.ca</p>
<p>BRANTFORD POWER INC. 150 Savannah Oaks Drive Box 308 Brantford, ON N3T 5N8 Fax: 519.753.6130</p>	<p>Email: regulatory@brantford.ca</p>
<p>BURLINGTON HYDRO INC. 1340 Brant Street Burlington, ON L7R 3Z7 Fax: 905.332.2133</p>	<p>Email: regulatoryaffairs@burlingtonhydro.com</p> <p>Adam Pappas Director, Regulatory Affairs Tel: (905) 332-2341 Email: apappas@burlingtonhydro.com</p>
<p>CAMBRIDGE & NORTH DUMFRIES HYDRO INC. C/O ENERGY+ INC. 1500 Bishop Street P.O. Box 1060 Cambridge, ON N1R 5X6 Fax: 519.621.0383</p>	<p>Email: regulatoryaffairs@energyplus.ca</p>
<p>CANADIAN NIAGARA POWER INC. 1130 Bertie Street P.O. Box 1218 Fort Erie, ON L2A 5Y2 Fax: 905.871.8818</p>	<p>Email: regulatoryaffairs@fortisontario.com</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>CENTRE WELLINGTON HYDRO LTD. 730 Gartshore Street P.O. Box 217 Fergus, ON N1M 2W8 Fax: 519.843.7601</p>	<p>Email: regulatory@cwhydro.ca</p>
<p>CHAPLEAU PUBLIC UTILITIES CORPORATION 110 Lorne Street South Chapleau, ON P0M 1K0 Fax: 705.864.1962</p>	<p>Email: chec@onlink.net</p> <p>Copy to:</p> <p>Email: jcyr.puc@chapleau.ca</p>
<p>COLLUS POWER CORP. C/O EPCOR ELECTRICITY DISTRIBUTION ONTARIO INC. 43 Steward Road P.O. Box 189 Collingwood, ON L9Y 3Z5 Fax: 705.445.8267</p>	<p>Email: onreg.electricity@epcor.com</p>
<p>COOPERATIVE HYDRO EMBRUN INC. 821 Notre-Dame Street, Suite 200 Embrun, ON K0A 1W1 Fax: 613.443.0495</p>	<p>Email: benoit@hydroembrun.ca</p>
<p>E.L.K. ENERGY INC. 172 Forest Avenue Essex, ON N8M 3E4 Fax: 519.776.5640</p>	
<p>ENERSOURCE HYDRO MISSISSAUGA INC. 3240 Mavis Road Mississauga, ON L5C 3K1 Fax: 905.566.2727</p> <p>Copy to:</p> <p>ALECTRA UTILITIES CORPORATION 2185 Derry Road West Mississauga, ON L5N 7A6</p>	<p>Email: emuscat@enersource.com</p> <p>Copy to:</p> <p>Email: regulatoryaffairs@alecrautilities.com</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>ENTEGRUS POWERLINES INC. 320 Queen Street PO Box 70 Chatham, ON N7M 5K2 Fax: 519.351.4059</p>	<p>Email: Tracy.Manso@entegrus.com</p> <p>Copy to:</p> <p>Email: regulatory@entegrus.com</p>
<p>ENTEGRUS POWERLINES INC. [MIDDLESEX] 351 Frances Street Strathroy, ON N7G 2L7 Fax: 519.245.5384</p>	<p>Email: ana.couto@entegrus.com</p> <p>Copy to:</p> <p>Email: regulatory@entegrus.com</p>
<p>ENWIN UTILITIES LTD. 787 Oulette Avenue Windsor, ON N9A 5T7 Fax: 519.973.7812</p> <p>Copy to:</p> <p>ENWIN UTILITIES LTD. 4545 Rhodes Drive P.O. Box 1625, Station A Windsor, ON N8W 5T1</p>	<p>Email: retailerrelations@enwin.com</p> <p>Copy to:</p> <p>Email: regulatory@enwin.com</p>
<p>ERIE THAMES POWERLINES C/O ERTH POWER CORPORATION 143 Bell Street P.O. Box 157 Ingersoll, ON N5C 3K5 Fax: 519.485.5838</p>	<p>Email: oeb@eriethamespower.com</p>
<p>ESPANOLA REGIONAL HYDRO DISTRIBUTION CORPORATION 598 Second Avenue Espanola, ON P5E 1C4 Fax: 705.869.2433</p> <p>Copy to:</p> <p>ESPANOLA REGIONAL HYDRO DISTRIBUTION CORPORATION 500 Second Line East Sault Ste. Marie, ON P6B 4K1</p>	<p>Melissa Casson Email: mcasson@northbayhydro.com</p> <p>Gloria Sauve Email: GSauve@northbayhydro.com</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
ESSEX POWERLINES CORPORATION 2730 Highway 3 Oldcastle, ON N0R 1L0 Fax: 519.737.7064	Email: jbarile@essexpowerlines.ca
FESTIVAL HYDRO INC. 187 Erie Street PO Box 397 Stratford, ON N5A 6T5 Fax: 519.271.7204	Megan Winchester Email: mwinchester@festivalhydro.com Copy to: Jeff Graham (CEO) Email: grahamj@festivalhydro.com
FORT FRANCES POWER CORPORATION 320 Portage Avenue Fort Frances, ON P9A 3P9 Fax: 807.274.9375	Email: info@ffpc.ca
GREATER SUDBURY HYDRO INC. 500 Regent Street PO Box 250 Sudbury, ON P3E 4P1 Fax: 705.671.1413	Email: jodiek@shec.com Copy to: Email: regulatoryaffairs@gsuinc.ca
GRIMSBY POWER INC. 231 Roberts Road Grimsby, ON L3M 5N2 Fax: 905.945.9933	Email: regulatoryaffairs@grimsbypower.com
GUELPH HYDRO ELECTRIC SYSTEMS INC. 395 Southgate Drive Guelph, ON N1G 4Y1 Fax: 519.822.0960 Copy to: ALECTRA UTILITIES CORPORATION 2185 Derry Road West Mississauga, ON L5N 7A6	Christina Koren Email: christina.koren@alecrautilities.com Copy to: Email: regulatoryaffairs@alecrautilities.com

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>HALDIMAND COUNTY HYDRO INC. 1 Greendale Drive Caledonia, ON N3W 2J3 Fax: 905.765.8211</p> <p>Copy to:</p> <p>HYDRO ONE NETWORKS INC. 483 Bay Street, South Tower, 7th Floor Toronto, ON M5G 2P5 Fax: (416) 345-6972</p>	<p>Email: paul.harricks@hydroone.com</p>
<p>HALTON HILLS HYDRO INC. 43 Alice Street Acton, ON L7J 2A9 Fax: 519.853.5592</p>	<p>Tracy Rehberg-Rawlingson Regulatory Affairs Officer Tel: 519.853.3700 x257</p> <p>Email: tracyr@haltonhillshydro.com</p>
<p>HEARST POWER DISTRIBUTION COMPANY LTD. 925 rue Alexander Street P.O. Bag 5000 Hearst, ON P0L 1N0 Fax: 705.362.5092</p>	<p>Email: jrichard@hearstpower.com</p>
<p>HORIZON UTILITIES CORPORATION 55 John Street North PO Box 2249, Stn LCD 1 Hamilton, ON L8N 3E4 Fax: 905.522.5670</p> <p>Copy to:</p> <p>ALECTRA UTILITIES CORPORATION 2185 Derry Road West Mississauga, ON L5N 7A6</p>	<p>Email: regulatoryaffairs@alecrautilities.com</p>
<p>HYDRO 2000 INC. 440 St. Philippe Street Alfred, ON K0B 1A0 Fax: 613.679.0452</p>	<p>Email: lisewilkinson@hydro2000.ca</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>HYDRO HAWKESBURY INC. 850 Tupper Street Hawkesbury, ON K6A 3S7 Fax: 613.632.8603</p>	<p>Email: service@hydrohawkesbury.ca</p>
<p>HYDRO ONE NETWORKS INC. 483 Bay Street, TCT14 Toronto, ON M5G 2P5 Fax: 416.345.5957</p> <p>Copy to:</p> <p>HYDRO ONE NETWORKS INC. 483 Bay Street, South Tower, 7th Floor Toronto, ON M5G 2P5</p>	<p>Email: regulatory@hydroone.com</p>
<p>HYDRO ONE BRAMPTON NETWORKS INC. 175 Sandalwood Parkway West Brampton, ON L7A 1E8 Fax: 905.840.1915</p> <p>Copy to:</p> <p>ALECTRA UTILITIES CORPORATION 2185 Derry Road West Mississauga, ON L5N 7A6</p>	<p>Email: regulatoryaffairs@alectrautilities.com</p>
<p>HYDRO OTTAWA LIMITED 3025 Albion Road North Ottawa, ON K1G 3S4 Fax: 613.738.5485</p> <p>Copy to:</p> <p>HYDRO OTTAWA LIMITED 2711 Hunt Club Road P.O. Box 8700 Ottawa, ON</p>	<p>Email: regulatoryaffairs@hydroottawa.com</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>INNISFIL HYDRO DISTRIBUTION SYSTEMS LIMITED 2073 Commerce Park Drive Innisfil, ON L9S 4A2 Fax: 705.431.6872</p> <p>Copy to:</p> <p>INNPOWER CORPORATION 7251 Yonge Street Innisfil, ON L9S 0J3</p>	<p>Email: regulatoryaffairs@innpower.ca</p>
<p>KENORA HYDRO ELECTRIC CORPORATION LTD. 215 Mellick Avenue Box 2680 Kenora, ON P9N 3X8 Fax: 807.467.2068</p> <p>Copy to:</p> <p>SYNERGY NORTH CORPORATION 34 Cumberland Street North Thunder Bay, ON P7A 4L4</p>	<p>Email: jrobertson@kenora.ca</p> <p>Copy to:</p> <p>Email: regulatory@synergynorth.ca</p>
<p>KINGSTON HYDRO CORPORATION 1211 John Counter Boulevard P.O. Box 790 Kingston, ON K7L 4X7</p>	<p>Email: rmurphy@utilitieskingston.com</p> <p>Copy to:</p> <p>Email: regulatory@kingstonhydro.com</p>
<p>KITCHENER-WILMOT HYDRO INC. 301 Victoria Street South P.O. Box 9010 Kitchener, ON N2G 4L2 Fax: 519.745.3631</p>	<p>Email: jvanooteghem@kwhydro.ca</p> <p>Margaret Nanninga Vice-President Finance & CFO Tel: 519.749.6177 Email: MNanninga@KWHydro.ca</p> <p>Denise Michaud Email: dmichaud@kwhydro.ca</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>LAKEFRONT UTILITY SERVICES INC. 207 Division Street PO Box 577 Cobourg, ON K9A 4L3 Fax: 905.372.2581</p>	<p>Email: dpaul@lusi.on.ca Copy to: Email: regulatory@lusi.on.ca</p>
<p>LONDON HYDRO INC. 111 Horton Street East P.O. Box 2700 London, ON N6B 3N9 Fax: 519.661.5838</p>	<p>Email: regulatoryaffairs@londonhydro.com</p>
<p>MIDLAND POWER UTILITY CORPORATION 16984 Highway 12 PO Box 820 Midland, ON L4R 4P4 Fax: 705.526.7890</p> <p>Copy to:</p> <p>NEWMARKET-TAY POWER DISTRIBUTION LTD. 590 Steven Court Newmarket, ON L3Y 6Z2</p>	<p>Email: chuma@midlandpuc.on.ca</p> <p>Copy to:</p> <p>Email: regulatory@nmhydro.ca</p>
<p>MILTON HYDRO DISTRIBUTION INC. 8069 Lawson Road Milton, ON L9T 5C4 Fax: 905.876.2044</p> <p>Copy to:</p> <p>MILTON HYDRO DISTRIBUTION INC. 200 Chisholm Drive Milton, ON L9T 3G9</p>	<p>Email: igor.rusic@miltonhydro.com</p> <p>Copy to:</p> <p>Email: regulatory@miltonhydro.com</p>
<p>NEWMARKET HYDRO C/O NEWMARKET-TAY POWER DISTRIBUTION LTD. 590 Steven Court Newmarket, ON L3Y 6Z2 Fax: 905.895.8931</p>	<p>Email: regulatory@nmhydro.ca</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
NIAGARA ON THE LAKE HYDRO INC. 8 Henegan Road P.O. Box 460 Virgil, ON L0S 1T0 Fax: 905.468.3861	Email: tcurtis@notlhydro.com
NIAGARA PENINSULA ENERGY 7447 Pin Oak Drive Box 120 Niagara Falls, ON L2E 6S9 Fax: 905.356.0118	Email: Margaret.battista@npei.ca
NORFOLK POWER DISTRIBUTION INC. 70 Victoria Street PO Box 588 Simcoe, ON N3Y 4N6 Fax: 519.426.4514 Copy to: HYDRO ONE NETWORKS INC. 483 Bay Street, South Tower, 7th Floor Toronto, ON M5G 2P5	Email: regulatory@hydroone.com
NORTH BAY HYDRO DISTRIBUTION LIMITED 74 Commerce Crescent P.O. Box 3240 North Bay, ON P1B 8Y5 Fax: 705.474.8579	Email: gsauve@northbayhydro.com Copy to: Email: regulatoryaffairs@northbayhydro.com
NORTHERN ONTARIO WIRES INC. 153 Sixth Avenue Box 640 Cochrane, ON P0L 1C0 Fax: 705.272.2311	Email: sandras@nowinc.ca Copy to: Email: regulatory@nowinc.ca
OAKVILLE HYDRO-ELECTRIC DISTRIBUTION INCORPORATED 861 Redwood Square P.O. Box 1900 Oakville, ON L6J 5E3 Fax: 905.825.4460	Maryanne Wilson Email: mwilson@oakvillehydro.com Copy to: Email: regulatoryaffairs@oakvillehydro.com

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>ORANGEVILLE HYDRO LIMITED 400 C Line Road Orangeville, ON L9W 2Z7 Fax: 519.941.6061</p>	<p>Email: regulatoryaffairs@orangevillehydro.on.ca</p>
<p>ORILLIA POWER DISTRIBUTION CORPORATION 360 West Street South PO Box 398 Orillia, ON L3V 6J9 Fax: 705.326.0800</p> <p>Copy to:</p> <p>HYDRO ONE NETWORKS INC. 483 Bay Street, South Tower, 7th Floor Toronto, ON M5G 2P5</p>	<p>Email: phurley@oriliapower.ca Copy to: Email: regulatory@hydroone.com</p>
<p>OSHAWA PUC NETWORKS INC. 100 Simcoe Street South Oshawa, ON L1H 7M7 Fax: 905.723.7947</p>	<p>Susanna Beckstead Vice President – Finance, Corporate and Business Services Tel: 905.743.5209</p> <p>Email: sbeckstead@opuc.on.ca</p> <p>Copy to: Email: regulatory.affairs@opuc.on.ca</p>
<p>OTTAWA RIVER POWER CORPORATION 283 Pembroke Street West Pembroke, ON K8A 6Y6 Fax: 613.732.8199</p>	<p>Email: jallen@orpowercorp.com</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>PETERBOROUGH DISTRIBUTION INC. 1867 Ashburnham Drive PO Box 4125, Station Main Peterborough, ON K9J 6Z5 Fax: 705.748.4358</p> <p>Copy to:</p> <p>HYDRO ONE NETWORKS INC. 483 Bay Street, South Tower, 7th Floor Toronto, ON M5G 2P5</p>	<p>Email: jstephenson@peterboroughutilities.ca</p> <p>Copy to:</p> <p>Email: regulatory@hydroone.com</p>
<p>POWERSTREAM INC. 161 Cityview Boulevard Vaughan, ON L4H 0A9 Fax: 905.532.4505</p> <p>Copy to:</p> <p>ALECTRA UTILITIES CORPORATION 2185 Derry Road West Mississauga, ON L5N 7A6</p>	<p>Email: regulatoryaffairs@alecrautilities.com</p>
<p>PUC DISTRIBUTION INC. 765 Queen Street East P.O. Box 9000 Sault Ste. Marie, ON P6A 6P2 Fax: 705.759.6553</p>	<p>Email: Jennifer.uchmanowicz@ssmpuc.com</p> <p>Copy to:</p> <p>Email: regulatory@ssmpuc.com</p>
<p>RENFREW HYDRO INC. 29 Bridge Street Renfrew, ON K7V 3R3 Fax: 613.432.7463</p>	<p>Email: regulatory@renfrewhydro.com</p>
<p>RIDEAU ST. LAWRENCE DISTRIBUTION INC. 985 Industrial Road Prescott, ON K0E 1T0 Fax: 613.925.0303</p>	<p>Email: jwalsh@rslu.ca</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>SIoux LOOKOUT HYDRO INC. 25 Fifth Avenue PO Box 908 Sioux Lookout, ON P8T 1B3 Fax: 807.737.2832</p>	<p>Email: slhydro@tbaytel.net</p> <p>Copy to:</p> <p>Email: dkulchyski@siouxlookouthydro.com</p>
<p>ST. THOMAS ENERGY INC. 135 Edward Street St. Thomas, ON N5P 4A8 Fax: 519.631.4771</p> <p>Copy to:</p> <p>ENTEGRUS POWERLINES INC. 320 Queen Street P.O. Box 70 Chatham, ON N7M 5K2</p>	<p>Email: regulatory@entegrus.com</p>
<p>TAY HYDRO C/O NEWMARKET-TAY POWER DISTRIBUTION LTD. 590 Steven Court Newmarket, ON L3Y 6Z2 Fax: 905.895.8931</p>	<p>Email: regulatory@nmhydro.ca</p>
<p>THUNDER BAY HYDRO ELECTRICITY DISTRIBUTION INC. C/O SYNERGY NORTH CORPORATION 34 Cumberland Street North Thunder Bay, ON P7A 4L4 Fax: 807.343.0230</p>	<p>Email: twilson@tbhydro.on.ca</p> <p>Copy to:</p> <p>Email: regulatory@synergynorth.ca</p>
<p>TILLSONBURG HYDRO INC. 200 Broadway Street Tillsonburg, ON N4G 5A7 Fax: 519.842.9431</p> <p>Copy to:</p> <p>TILLSONBURG HYDRO INC. 10 Lisgar Avenue Tillsonburg, ON N4G 5A5</p>	<p>Ravi Baichan General Manager Email: rbaichan@tillsonburg.ca</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>TORONTO HYDRO-ELECTRIC SYSTEM LIMITED 5800 Yonge Street, 2nd Floor Toronto, ON M2M 3T3 Fax: 416.542.3445 / 416.542.3452</p> <p>Copy to:</p> <p>TORONTO HYDRO-ELECTRIC SYSTEM LIMITED 14 Carlton Street Toronto, ON M5B 1K5</p>	<p>Email: epage@torontohydro.com</p> <p>Copy to:</p> <p>Email: regulatoryaffairs@torontohydro.com</p>
<p>VERIDIAN CONNECTIONS INC. 1465 Pickering Parkway Pickering, ON L1V 7G7 Fax: 905.837.7861</p> <p>Copy to:</p> <p>ELEXICON ENERGY INC. 55 Taunton Road E. PO 59 Whitby, ON L1N 5R8</p>	<p>Lucy Lombardi Email: llombardi@elexiconenergy.com</p>
<p>WASAGA DISTRIBUTION INC. 950 River Road West P.O. Box 20 Wasaga Beach, ON L9Z 1A2 Fax: 705.429.2590</p>	<p>Email: d.stavinga@wasagadist.ca</p>
<p>WATERLOO NORTH HYDRO INC. 526 Country Squire Road P.O. Box 640 Waterloo, ON N2J 4A3 Fax: 519.746.0133</p>	<p>Email: retinfo@wnhydro.com</p>
<p>WELLAND HYDRO-ELECTRIC SYSTEM CORP. 950 Main Street East P.O. Box 280 Welland, ON L3B 5P6 Fax: 905.732.0123</p>	<p>Kevin Carver Chief Operating Officer Tel: 905.732.1381 ext. 223</p> <p>Email: kcaver@wellandhydro.com</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>WELLINGTON NORTH POWER INC. 290 Queen Street West P.O. Box 359 Mount Forest, ON N0G 2L0 Fax: 519.323.2425</p>	<p>Email: rbucknall@wellingtonnorthpower.com</p>
<p>WEST COAST HURON ENERGY INC. 57 West Street Goderich, ON N7A 2K5 Fax: 519.524.7209</p> <p>Copy to:</p> <p>ERTH POWER CORPORATION 143 Bell Street P.O. Box 157 Ingersoll, ON N5C 3K5</p>	<p>Email: oeb@eriethamespower.com</p>
<p>WESTARIO POWER INC. 24 Eastridge Road RR#2 Walkerton, ON N0G 2V0 Fax: 519.507.6777</p>	<p>Malcolm McCallum Vice President Finance/CFO Email: Malcolm.McCallum@westario.com</p>
<p>WHITBY HYDRO ELECTRIC CORPORATION 100 Taunton Road East P.O. Box 59 Whitby, ON L1N 5R8 Fax: 905.668.9379</p> <p>Copy to:</p> <p>ELEXICON ENERGY INC. 55 Taunton Road E. PO 59 Whitby, ON L1N 5R8</p>	<p>Email: sreffe@whitbyhydro.on.ca</p> <p>Copy to:</p> <p>Email: llombardi@elexiconenergy.com</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>WOODSTOCK HYDRO SERVICES INC. P.O. Box 1598 Woodstock, ON N4S 0A8 Fax: 519.537.5081</p> <p>Copy to:</p> <p>HYDRO ONE NETWORKS INC. 483 Bay Street, South Tower, 7th Floor Toronto, ON M5G 2P5</p>	<p>Email: regulatory@hydroone.com</p>
<p>CORPORATION OF THE CITY OF KITCHENER City Hall, Utilities Division, 5th Floor 200 King Street West Kitchener, ON N2G 4G7</p>	<p>Email: KU-sups@kitchener.ca</p>
<p>UTILITIES KINGSTON PO Box 790 1211 John Counter Boulevard Kingston, ON K7L 4X7</p>	<p>Email: ntaylor@utilitieskingston.com</p>
<p>GAZ METRO LIMITED PARTNERSHIP C/O ENERGIR 1717 du Havre Street Montreal, QC H2K 2X3 Fax: 514.598.3678</p>	<p>Email: info@energir.com</p>
<p>TRAVELERS Travelers Bond & Specialty Insurance 215 Shuman Blvd Naperville, IL 60563</p>	<p>MJ Robinson Email: mrobin20@travelers.com</p>
<p>ZURICH SURETY 600 Red Brook Blvd. Fourth Floor, Suite 600 Owings Mills, MD 21117</p>	<p>Email: Howard.uniman@zurichna.com</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>SISKINDS LLP 680 Waterloo Street London, ON N6A 3V8 Fax: 519.672.6065</p> <p>SISKINDS LLP 100 Lombard Street, Suite 302 Toronto, ON M5C 1M3 Fax: 416.594.4589</p> <p>Counsel to the Plaintiff, Stephen Gilchrist (in proposed securities class proceeding in SCJ at Toronto, File No. CV-19- 627174-00CP)</p>	<p>Michael G. Robb Tel: 519.672.2121 Email: michael.robb@siskinds.com</p> <p>Tyler Planeta Tel: 416.594.4588 Email: tyler.planeta@siskinds.com</p>
<p>KIM SPENCER McPHEE BARRISTERS P.C. 1200 Bay Street, Suite 1203 Toronto, ON M5R 2A5 Fax: 416.598.0601</p> <p>Counsel to the Plaintiff, Stephen Gilchrist (in proposed securities class proceeding in SCJ at Toronto, File No. CV-19- 627174-00CP)</p>	<p>Albert Pelletier Tel: 416.596.1414 Email: apelletier@investorcomplexlaw.com</p> <p>Charlotte K.B. Harman Tel: 416.596.1414 Email: ckbh@investorcomplexlaw.com</p>
<p>MICHIGAN PUBLIC SERVICE COMMISSION 7109 W. Saginaw Highway Lansing, MI 48917</p>	<p>Stephanie Haney Resource Adequacy and Retail Choice Section Energy Resources Division Tel: 517.284.8267 Email: HaneyS1@michigan.gov</p>
<p>SHIPMAN & GOODWIN LLP One Constitution Plaza Hartford, Connecticut 06103 USA Fax: 860.251.5218</p> <p>SHIPMAN & GOODWIN LLP 300 Atlantic Street, 3rd Floor Stamford, Connecticut 06901 USA Fax: 203.324.8199</p> <p>U.S. Counsel to ISO New England Inc.</p>	<p>Eric Goldstein Tel: 860.251.5059 Email: EGoldstein@goodwin.com</p> <p>Copy to: Email: bankruptcy@goodwin.com</p> <p>Jessica M. Signor Tel: 203.324.8138 Email: JSignor@goodwin.com</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>BENNETT JONES LLP 3400 One First Canadian Place P.O. Box 130 Toronto, Ontario M5X 1A4 Fax: 416.863.1716</p> <p>Counsel to Red Ventures, LLC</p>	<p>Aiden Nelms Tel: 416.777.4642 Email: nelmsa@bennettjones.com</p>
<p>LONGVIEW COMMUNICATIONS AND PUBLIC AFFAIRS Suite 2200 – 161 Bay Street PO Box 231 Toronto ON Canada M5J 2S1 Communications Advisor</p>	<p>Joel Shaffer Partner Tel: 416.649.8006 Email: jshaffer@longviewcomms.ca</p> <p>Boyd Erman Email: berman@longviewcomms.ca</p> <p>Peter Block Email: pblock@longviewcomms.ca</p>
<p>KOSKIE MINSKY LLP 20 Queen Street West, Suite 900, Box 52 Toronto, ON M5H 3R3 Fax: 416.204.2894</p> <p>Counsel for Haidar Omarali in his capacity as Representative Plaintiff in Omarali v. Just Energy</p>	<p>David Rosenfeld Tel: 416.595.2700 Email: drosenfeld@kmlaw.ca</p> <p>James Harnum Tel: 416.542.6285 Email: jharnum@kmlaw.ca</p> <p>Aryan Ziaie Tel: 416.595.2104 Email: aziaie@kmlaw.ca</p>
<p>GOWLING WLG (CANADA) LLP Barristers & Solicitors 1 First Canadian Place 100 King Street West, Suite 1600 Toronto, ON M5X 1G5 Fax: 416.862.7661</p> <p>Counsel for NextEra Energy Marketing, LLC</p>	<p>Virginie Gauthier Tel: 416.844.5391 Email: Virginie.Gauthier@gowlingwlg.com</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>WEISZ FELL KOUR LLP 100 King Street West, Suite 5600 Toronto, ON M5X 1C9 Fax: 416.613.8290</p> <p>Counsel for the Ontario Energy Board</p>	<p>Pat Corney Tel: 416.613.8287 Email: pcorney@wfkaw.ca</p>
<p>JENSEN SHAWA SOLOMON DUGUID HAWKES LLP 800, 304-8 Avenue SW Calgary, Alberta T2P 1C2 Fax: 403.571.1528</p> <p>Counsel for Alberta Electric System Operator</p>	<p>Christa Nicholson Tel: 403.571.1053 Email: nicholsonc@jssbarristers.ca</p>
<p>BLANEY McMURTRY LLP Barristers and Solicitors Suite 1500 - 2 Queen Street East Toronto, ON M5C 3G5</p> <p>Counsel for PJM Interconnection, L.L.C. and PJM Settlement, Inc.</p>	<p>Mervyn D. Abramowitz Tel: 416.5974887 Email: mabramowitz@blaney.com</p> <p>Eric Golden Tel: 416.593.3927 Email: egolden@blaney.com</p>
<p>SCHNADER HARRISON SEGAL & LEWIS LLP 1600 Market Street, Suite 3600 Philadelphia, PA 19103-7286 U.S.A.</p> <p>U.S. counsel for PJM Interconnection, L.L.C. and PJM Settlement, Inc.</p>	<p>Nicholas J. LePore, III Tel: 215.751.2286 Email: nlepore@schnader.com</p> <p>Richard A. Barkasy Tel: 215.751.2526 Email: rbarkasy@schnader.com</p>
<p>GOODMANS LLP Bay Adelaide Centre 333 Bay Street, Suite 3400 Toronto, ON M5H 2S7</p> <p>Counsel for ICE NGX Canada Inc.</p>	<p>Brian F. Empey Tel: 416.597.4194 Email: bempey@goodmans.ca</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>PUBLIC UTILITIES COMMISSION OF NEVADA 1150 East William Street Carson City, NV 89701 U.S.A.</p>	<p>David Noble Assistant Staff Counsel Tel: 775.684.6194 Email: davidnoble@puc.nv.gov</p> <p>Don Lomoljo Staff Counsel Email: dlomoljo@puc.nv.gov</p>
<p>LIPMAN, ZENER & WAXMAN PC 100 Sheppard Avenue East, Suite 850 Toronto, ON M2N 6N5 Fax: 416.789-9015</p> <p>Lawyers for the Creditor, Jordan Hutchinson</p>	<p>Anthony J. O'Brien Tel: 416.789.0656 Email: tobrien@lzwlaw.com</p>
<p>ENERGY BANK INCORPORATED 4466 Custer Street Manitowoc, Wisconsin 54220 Fax: 920.682.6228</p>	<p>Becky Verfuert Manager-operations Tel: 920.682.6220 Email: bmv@energybankinc.com</p>
<p>ELEVATION ENERGY GROUP 2305 E. Cesar Chavez Austin, Texas 78702 Fax: 866.593.9771</p>	<p>Ben Huff Tel: 317.333.7281 Email: ben.huff@elevationeg.com</p>
<p>EMPIRE AR MANAGEMENT INC. 365 Evans Ave, Suite#L5 Toronto, ON M8Z 1K2 Fax: 416.734.0006</p>	<p>Michael Biasiucci President Tel: 416.303.2663 Email: michael.b@empirearmi.com</p>
<p>AMERICAN CAPITAL RECOVERY LLC 5220 Spring Valley Road Suite 408 Dallas, TX 75254 Fax: 972.661.2504</p>	<p>Paul Fagan Email: paul.fagan@amcapr.com</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>LECKER & ASSOCIATES Hullmark Corporate Centre 4789 Yonge St., Suite 514 Toronto, ON M2N 0G3 Fax: 416.223.9492</p> <p>Counsel for John Roche and Hampstead Company</p>	<p>Ian D. Hurley Tel: 416.223.5391, ext. 325 E-mail: ihurley@leckerslaw.com</p> <p>Tina Yaghoubi Email: tina@leckerslaw.com</p>
<p>CDW CANADA 1700-185 The West Mall Etobicoke, ON M9C 5L5</p>	<p>Maribeth Halls Accounts Receivable Manager Email: Maribeth.Halls@cdw.ca</p>
<p>ATTORNEY GENERAL OF CANADA DEPARTMENT OF JUSTICE Ontario Regional Office, Tax Law Section 120 Adelaide Street West, Suite 400 Toronto, Ontario M5H 1T1 Fax: 416.973.0810</p> <p>Attorney General of Canada on behalf of Her Majesty the Queen in Right of Canada as represented by the Minister of National Revenue</p>	<p>Diane Winters General Counsel Email: diane.winters@justice.gc.ca</p>
<p>HER MAJESTY IN RIGHT OF ONTARIO REPRESENTED BY THE MINISTER OF FINANCE - INSOLVENCY UNIT Ontario Ministry of Finance – Legal Services Branch 11-777 Bay Street Toronto, ON M5G 2C8 Fax: 416.325.1460</p>	<p>Leslie Crawford Email: leslie.crawford@ontario.ca</p> <p>Copy to: Email: insolvency.unit@ontario.ca</p>
<p>CANADA REVENUE AGENCY 1 Front Street West Toronto, ON M5J 2X6 Fax: 416.964.6411</p>	<p>Pat Confalone Tel: 416.954.6514 Email: pat.confalone@cra-arc.gc.ca</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>MINISTRY OF FINANCE (ALBERTA) The Tax and Revenue Administration 9811 – 109 Street Edmonton, AB T5K 2L5</p>	<p>Travis Toews Minister Tel: 780.427.2711 Email: tbf.minister@gov.ab.ca</p> <p>Grant Hunter Associate Minister Tel: 780 427-0240 Email: associateminister-rtr@gov.ab.ca</p>
<p>LOGIX COMMUNICATIONS LOGIX FIBER NETWORKS 2950 North Loop West Houston, TX 77092 Tel: 800.999.8105</p>	<p>Emails: Monique.Sampson@Logix.com Credit@Logix.com tonie.bloomingberg@logix.com</p>
<p>CHAITONS LLP 5000 Yonge Street, 10th Floor Toronto, ON M2N 7E9</p> <p>Counsel for Elevation Energy Group, LLC</p>	<p>Harvey Chaiton Tel: 416.218.1129 Email: harvey@chaitons.com</p>
<p>CBTS TECHNOLOGY SOLUTIONS LLC 221 East Fourth Street Cincinnati, OH 45202</p>	<p>Don Verdon Director - Compliance Tel: 513.484.6775 Email: Don.Verdon@cbts.com</p>
<p>COMPUTERSHARE TRUST COMPANY OF CANADA 100 University Avenue, 11th Floor Toronto, ON M5J 2Y1 Fax: 416.981.9777</p> <p>Indenture Trustee under a Trust Indenture dated September 28, 2020</p> <p>COMPUTERSHARE TRUST COMPANY OF CANADA 1500 Robert-Bourassa Boulevard, 7th Floor Montreal, Quebec H3A 3S8 Fax: 514.982.7677</p>	<p>Yana Nedyalkova, J.D. Corporate Trust Officer, Corporate Trust Tel: 416.263.9559 Email: Yana.Nedyalkova@computershare.com</p> <p>John Poolman Counsel Email: John.Poolman@computershare.com</p> <p>Jonathan Champoux Cadoche Corporate Trust Officer, Corporate Trust Services Tel: 514.982.7632</p> <p>Email: Jonathan.ChampouxCadoche@computershare.com</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>MILLER THOMSON LLP Pacific Centre, 400 – 725 Granville Street Vancouver, BC V7Y 1G5 Fax: (604) 643-1200</p> <p>Scotia Plaza 40 King Street West, Suite 5800 P.O. Box 1011 Toronto, ON M5H 3S1 Fax: (416) 595-8695</p> <p>Counsel for Computershare Trust Company as Indenture Trustee</p>	<p>Mike Weinczok Tel: (604) 628-3684 Tel: (416) 595-8530 (DL – Toronto) Email: mweinczok@millerthomson.com</p>
<p>WILD GOOSE STORAGE LLC 400 - 607 8th Ave SW Calgary, AB T2P 0A7</p>	<p>James Bartlett Legal Counsel Tel: 403.513.8680 Email: james.bartlett@rockpointgs.com</p>
<p>ENERGY OPTIMIZATION SERVICES LTD. c/o Strategic Group Suite 400, Strategic Centre 630 - 8 Ave SW Calgary AB T2P 1G6 Tel. (main): 403.770.2300 Fax: 403.770.2289</p>	<p>Beamer Comfort General Counsel Tel: 587.747.0360 Email: bcomfort@strategicgroup.ca</p> <p>Jayne Gradishar Litigation Paralegal Tel: 403.770.2294 Email: jgradishar@strategicgroup.ca</p>
<p>LANIER PARKING SOLUTIONS c/o Lincoln Property Company 5333 Westheimer Rd., Suite 850 Houston, TX 77056 Tel: 713.960.1713</p>	<p>Lillie L. Norton Sr. Property Manager Tel. 713.766.7487 Email. lnorton@lpc.com</p>
<p>FOGLER, RUBINOFF LLP 77 King Street West Suite 3000, P.O. Box 95 TD Centre North Tower Toronto, ON M5K 1G8 Tel (main): 416.864.9700 Fax: 416.941.8852</p> <p>Counsel for Binnj Inc.</p>	<p>Robert B. Macdonald Tel: 647.729.0754 Email: rmacdonald@foglers.com</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>DICKINSON WRIGHT LLP Barristers & Solicitors 199 Bay Street Suite 2200, P.O. Box 447 Commerce Court Postal Station Toronto, ON M5L 1G4</p> <p>Counsel for Sitel Operating Corporation</p>	<p>John D. Leslie Tel: 416.646.4603 Email: jleslie@dickinsonwright.com</p> <p>Lisa S. Corne Tel: 416.646-4608 Email: lcorne@dickinsonwright.com</p>
<p>BORDEN LADNER GERVAIS LLP 1000 de la Gauchetière West, Suite 900 Montréal, QC H3B 5H4</p> <p>Counsel for Bell Canada</p>	<p>Gabrielle Tremblay Tel: 514.954.2560 Email: gtremblay@blg.com</p>
<p>CAMELINO GALESSIERE LLP Barristers & Solicitors 6 Adelaide St. E., Suite 220 Toronto, Ontario, M5C 1H6 Fax: (416) 306-3820</p> <p>Counsel for Brookfield Properties (PI) Inc.</p>	<p>Linda Galessiere Tel: (416) 306-3827 Email: lgalessiere@clegal.ca</p> <p>Jessica Wuthmann Tel: (416) 306-3827 Email: jwuthmann@clegal.ca</p>
<p>MINDEN GROSS LLP 2200 - 145 King Street West Toronto, ON M5H 4G2 Fax: (416) 864-9223</p> <p>Counsel for Hoop Realty Inc. and Landlord of 80 Courtney Park Drive, Mississauga, Ontario</p>	<p>Timothy R. Dunn Tel: (416) 369-4335 Email: tdunn@mindengross.com</p> <p>Stephen Skorbinski Tel: (416) 369-4286 Email: sskorbinski@mindengross.com</p>
<p>SILVERCREEK MANAGEMENT INC. 1670 Bayview Avenue, Suite 308 Toronto, ON M4G 3C2 Fax: (416) 485-0640</p>	<p>Louise Morwick, President Tel: (416) 485-7797 Email: lmorwick@silvercreekmanagement.com</p> <p>Bryn Joynt, Vice President Email: bjoynt@silvercreekmanagement.com</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>DLA PIPER (CANADA) LLP Suite 2800, Park Place 666 Burrard St. Vancouver, BC V6C 2Z7 Fax: (604) 605-4875</p> <p>Counsel for FortisBC Energy Inc.</p>	<p>Colin D. Brousson Tel: (604) 643-6400 Email: colin.brousson@dlapiper.com</p> <p>Alexandra McCawley Tel: (604) 643-2957 Email: alexandra.mccawley@dlapiper.com</p>
<p>WeirFoulds LLP 4100 - 66 Wellington St. W. PO Box 35, TD Bank Tower Toronto, ON M5K 1B7 Fax: (416) 365-1876</p> <p>Counsel for Microsoft</p>	<p>Philip Cho Tel: (416) 619-6296 Email: pcho@weirfoulds.com</p> <p>Macdonald Allen Tel: (416) 947-5027 Email: mallen@weirfoulds.com</p>
<p>CRABTREE LAW 1018-650 West Georgia Street Vancouver, BC V6B 4N8</p> <p>Counsel for Amazon Web Services, Inc.</p>	<p>Andrew Crabtree Tel: (778) 242-6797 Email: andrew@crabtreelaw.ca</p>
<p>NIXON PEABODY LLP 70 W. Madison Street Suite 3500 Chicago, IL 60602-4224 Fax: 1 (844) 566-1442</p> <p>Counsel for TR Galleria Place Corp. (landlord)</p>	<p>R. Scott Alsterda Tel: (312) 977-9203 Email: rsalsterda@nixonpeabody.com</p>
<p>STREUSAND, LANDON, OZBURN & LEMMON, LLP 1801 S. MoPac Expressway Suite 320 Austin, TX 78746 Fax: (512) 236-9904</p> <p>Counsel for Dell Financial Services LLC</p>	<p>Sabrina L. Streusand Tel: (512) 236-9901 Email: streusand@slollp.com</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>Mr. Jordan Steiner (on behalf of shareholders) LionGuard Capital Management 1010 rue Sherbrooke Ouest, Bureau 2350 Montréal, QC H3A 2R7</p>	<p>c/o Jordan Steiner, CFA Portfolio Manager Email: jsteiner@lionguardcapital.com</p>
<p>ALVAREZ & MARSAL DSIPUTES AND INVESTIGATIONS, LLC 700 Louisiana St, Suite 3300 Houston, TX 77002</p> <p>ALVAREZ & MARSAL 600 Madison Ave, 8th Floor New York, NY 10022</p>	<p>Ben Edmiston, CPA, CFE Senior Director Tel: 1 (713) 547-3696 Email: bedmiston@alvarezandmarsal.com</p> <p>Scott R. Coleman General Counsel - Operating Companies Email: scoleman@alvarezandmarsal.com</p>
<p>OFFICE OF THE WEST VIRGINIA ATTORNEY GENERAL State Capital Complex Building 1, Room W-435 Charleston, WV 25305</p>	<p>Elizabeth Baker Assistant Attorney General Tel: 1 (304) 558-2522 Email: beth.baker@wvago.gov</p>
<p>BLAKE, CASSELS & GRAYDON LLP Barristers and Solicitors 199 Bay Street Suite 4000, Commerce Court West Toronto, ON M5L 1A9 Fax: (416) 863-2653</p> <p>Counsel for WNS North America Inc.</p>	<p>Chris Burr Tel: (416) 863-3261 Email: chris.burr@blakes.com</p>
<p>KELLEY DRYE & WARREN LLP 3 World Trade Centre 175 Greenwich Street New York, NY 10007</p> <p>Counsel for WNS North America Inc.</p>	<p>Eloy Peral Tel: 1 (212) 808-7945 Email: eperal@kelleydrye.com</p>
<p>GOWLING WLG (Canada) LLP One Main Street West Hamilton, ON L8P 4Z5 Fax: (905) 528-5833</p> <p>Counsel for EXL Services Holdings, Inc.</p>	<p>Emma Dalziel Tel: (905) 540-2477 Email: emma.dalziel@gowlingwlg.com</p> <p>Zachary Peachey Tel: (905) 540-3270 Email: zachary.peachey@gowlingwlg.com</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>BENNETT JONES LLP One First Canadian Place Suite 3400, P.O. Box 130 Toronto, ON M5X 1A4 Fax: (416) 863-1716</p> <p>Special Litigation Counsel to Shell Energy North America (US), L.P.</p>	<p>Kevin Zych Email: zychk@bennettjones.com</p> <p>Richard Swan Email: swanr@bennettjones.com</p> <p>Preet Bell Email: bellp@bennettjones.com</p> <p>Joshua Foster Email: fosterj@bennettjones.com</p> <p>Tel: (416) 863-1200</p>
<p>METZ LEWIS BRODMAN MUST O'KEEFE LLC 535 Smithfield St., Suite 800 Pittsburgh, PA 15222 U.S.A. Fax: 1 (412) 918-1199</p> <p>Counsel for National Fuel Gas Distribution Corp. and various affiliates thereof</p> <p>Copy to:</p> <p>NATIONAL FUEL GAS DISTRIBUTION CORPORATION 6363 Main Street Williamsville, NY 14221 U.S.A. Fax: 1 (716) 857-7206</p>	<p>John R. O'Keefe, Jr. Tel: 1 (412) 918-1133 Email: jokeefe@metzlewis.com</p>
<p>RATELLE 481, rue de Lanaudière Joliette, QC J6E 3M3 Fax: (450) 755-2170</p> <p>Counsel to Asphalte Générale Inc.</p>	<p>Thomas Roussy Tel: (450) 759-5151 Email: thomas.roussy@avocatsratelle.com</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>KANE RUSSELL COLEMAN LOGAN PC 901 Main Street, Suite 5200 Dallas, Texas 75202 Fax: (214) 777-4299</p> <p>Counsel to Pariveda Solutions Inc.</p>	<p>S. Kyle Woodard Tel: (214) 777-4200 Email: kwoodard@krcl.com</p>
<p>BLAKE, CASSELS & GRAYDON LLP 199 Bay Street, Suite 4000 Commerce Court West Toronto, ON M5L 1A9</p> <p>Counsel to JPMorgan Chase Bank, N.A.</p>	<p>Linc Rogers Tel: (416) 863-4168 Email: linc.rogers@blakes.com</p> <p>Alexia Parente Tel: (416) 863-2417 Email: alexia.parente@blakes.com</p>
<p>DUNDON ADVISERS LLC 440 Mamaroneck Avenue, Fifth Floor Harrison, NY 10528 USA Fax: 1 (212) 202-4437</p> <p>US Counsel for Texas Power Interruption Claimants</p> <p>Copy to:</p> <p>TYR LLP 488 Wellington Street West Suite 300-302 Toronto, ON M5V 1E3</p>	<p>Matthew Dundon Tel: 1 (917) 838-1930 Email: md@dundon.com</p> <p>Eric Reubel Tel: 1 (917) 626-4051 Email: er@dundon.com</p> <p>Copy to</p> <p>Jason Wadden Tel: (416) 627-9875 Email: jwadden@tyrllp.com</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>FINKELSTEIN, BLANKINSHIP, FREI-PEARSON & GARBER, LLP One North Broadway, Suite 900 White Plains, NY 10601 Tel: (914) 298-3290</p> <p>SHUB LAW FIRM LLC 134 Kings Highway East, 2nd Floor Haddonfield, NJ 08033 Tel: (856) 772-7200</p> <p>US Counsel for Trevor Jordet, in his capacity as proposed class representative in Jordet v. Just Energy Solutions Inc.</p> <p>STOCKWOODS LLP Barristers Toronto-Dominion Centre TD North Tower, Box 140 77 King Street West, Suite 4130 Toronto, ON M5K 1H1</p> <p>Agent for US Counsel for Trevor Jordet</p>	<p>Greg Blankinship Tel: (914) 298-3290 Email: gblankinship@fbfglaw.com</p> <p>Jonathan Shub Email: jshub@shublawayers.com</p> <p>Kevin Laukaitis Email: klaukaitis@shublawayers.com</p> <p>Stephen Aylward Tel: (416) 593-2496 Email: stephena@stockwoods.ca</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>WITTELS MCINTURFF PALIKOVIC 18 Half Mile Road Armonk, NY 10504 Tel: (914) 775-8862</p> <p>Fax: (914) 273-2563</p> <p>US Counsel for Fira Donin and Inna Golovan, in their capacity as proposed class representatives in Donin et al. v. Just Energy Group Inc. et al.</p> <p>STOCKWOODS LLP Barristers Toronto-Dominion Centre TD North Tower, Box 140 77 King Street West, Suite 4130 Toronto, ON M5K 1H1</p> <p>Agent for US Counsel for Fira Donin and Inna Golovan</p>	<p>Steven L. Wittels Tel: (914) 775-8862 Email: slw@wittelslaw.com</p> <p>J. Burkett McInturff Tel: (910) 476-7253 Email: jbm@wittelslaw.com</p> <p>Steven D. Cohen Tel: (914) 775-8862 ext 109 Email: sdc@wittelslaw.com</p> <p>Stephen Aylward Tel: (416) 593-2496 Email: stephena@stockwoods.ca</p>
<p>PALIARE ROLAND ROSENBERG ROTHSTEIN LLP 155 Wellington Street West, 35th Floor Toronto, ON M5V 3H1 Tel: (416) 646-4300 Fax: (416) 646-4301</p> <p>Counsel to US counsel for Fira Donin and Inna Golovan, in their capacity as proposed class representatives in Donin et al. v. Just Energy Group Inc. et al.</p> <p>Counsel to US Counsel for Trevor Jordet, in his capacity as proposed class representative in Jordet v. Just Energy Solutions Inc.</p>	<p>Ken Rosenberg Tel: (416) 646-4304 Email: ken.rosenberg@paliareroland.com</p> <p>Jeffrey Larry Tel: (416) 646-4330 Email: jeff.larry@paliareroland.com</p> <p>Danielle Glatt Tel: (416) 646-7440 Email: danielle.glatt@paliareroland.com</p>
<p>AMERICAN EXPRESS World Financial Center 200 Vesey St. New York, NY 10285-1000</p>	<p>Ina Thonfeld Tel: 1 (212) 640-2216 Email: ina.thonfeld@aexp.com</p> <p>Matthew Heimann Tel: 1 (908) 208-9438</p>

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
	Email: matthew.heimann@aexp.com
AMERICAS CORE CREDIT - Reorg 11 East 26th Street, 12th Floor New York, NY 10010 (212) 588-8890	Bri Bilter Email: bbilter@reorg.com
STIKEMAN ELLIOTT LLP 4300 Bankers Hall West 888 - 3rd Street S.W. Calgary, AB T2P 5C5 Fax: (403) 266-9034 Counsel for Alectra Utilities Corporation	Karen Fellowes, Q.C. Tel: (403) 724-9469 (Calgary) (604) 631-1468 (Vancouver) Email: kfellowes@stikeman.com
SULAIMAN LAW GROUP, LTD. 2500 South Highland Ave., Suite 200 Lombard, Illinois 60148 Fax: 1 (630) 575-8188 Counsel for the Plaintiff in Williams v. Fulcrum Retail Energy LLC (Case No. 3:22-cv-00460-S, U.S. District Court – Northern District of Texas)	Nathan C. Volheim Tel: 1 (630) 568-3056 Email: nvolheim@sulaimanlaw.com Eric D. Coleman Email: ecoleman@sulaimanlaw.com Alejandro E. Figueroa Email: alejandrof@sulaimanlaw.com
TORYS LLP 79 Wellington St. W., Suite 3000 Box 270, TD Centre Toronto, ON M5K 1N2 Fax: (416) 865-7380 Counsel to Calpine Corporation	Adam M. Slavens Tel: (416) 865-7333 Email: aslavens@torys.com Mike Noel Tel: (416) 865-7378 Email: mnoel@torys.com
OFFICE OF THE ILLINOIS ATTORNEY GENERAL 100 West Randolph Street, 11th Floor Chicago, Illinois 60601	Darren Kinkead Deputy Chief, Special Litigation Bureau Tel: 1 (773) 590-6967 Email: darren.kinkead@ilag.gov
LOOPSTRA NIXON LLP Barristers and Solicitors 135 Queens Plate Drive, Suite 600 Toronto, ON M9W 6V7 Counsel for Taniv Haver	Christophe Shammas Tel: (416) 746-4710 Email: cshammas@loonix.com

<u>PARTY</u>	<u>CONTACT</u>
<p>BIALSON, BERGEN & SCHWAB 830 Menlo Avenue, Suite 201 Menlo Park, CA 94025 Fax: 1 (650) 494-2738 Counsel for salesforce.com, inc.</p>	<p>Thomas Gaa Tel: 1 (650) 857-9500 Email: Tgaa@bbslaw.com</p> <p>Gaye Nell Heck Tel: 1 (650) 857-9500 Email: Gheck@bbslaw.com</p>

PPSA REGISTRANTS

<p>ICE NGX CANADA INC. 225 6th Avenue SW, Suite 2610 Calgary, AB</p>	<p>Email: maggie.xu@theice.com</p> <p>Copy to: Email:</p> <p>Operations-ICENGX- Clearing@TheIce.com</p>
<p>CISCO SYSTEMS CAPITAL CO. 170 West Tasman Drive San Jose, CA 95134</p>	<p>Email: csc-america-notice@cisco.com</p>
<p>WELLS FARGO EQUIPMENT FINANCE COMPANY 1290 Central Parkway West, Suite 1100 Mississauga, ON L5C 4R3 Fax: 416.498.9240</p>	
<p>HEWLETT-PACKARD FINANCIAL SERVICES CANADA COMPANY 5150 Spectrum Way 3rd Fl Mississauga, ON, L4W 5G1</p>	
<p>ENBRIDGE GAS INC. 500 Consumers Road Toronto, ON M2J 1P8 Fax: 416.495.5994</p> <p>ENBRIDGE GAS INC. Suite 200, 425 1st Street SW Fifth Avenue Place, East Tower Calgary, AB T2P 3L8</p>	<p>Armanda Pinho Associate General Counsel Tel: 416.428.8944 Email: Armanda.pinho@enbridge.com</p> <p>Joseph Marra Senior Legal Counsel Tel: 403.612.5117 Email: Joseph.marra@enbridge.com</p> <p>Rob DiMaria Tel: 416.523.9629 Email: Rob.DiMaria@enbridge.com</p> <p>Shawn McClacherty Tel: 519.365.8945 Email: Shawn.McClacherty@enbridge.com</p> <p>Terry Laframboise Tel: 519.567.3587 Email: Terry.Laframboise@enbridge.com</p> <p>Amir Hasan Tel: (416) 450 0253 Email: Amir.Hasan@enbridge.com</p>

XEROX CANADA LTD. 20 York Mills Rd #5 North York, ON M2P 2C2	
CANADIAN IMPERIAL BANK OF COMMERCE 199 Bay Street, Commerce Court Toronto, ON, CA, M5L 1A2 Fax: 416.980.7012	Email: wendy.maragh@cibc.com

Email List:

MWasserman@osler.com; MDeLellis@osler.com; JDacks@osler.com;
Slrving@osler.com; DRosenblat@osler.com; brian.schultz@kirkland.com;
mary.kogut@kirkland.com; paul.bishop@fticonsulting.com;
jim.robinson@fticonsulting.com; rthornton@tgf.ca; rnicholson@tgf.ca;
pfesharaki@tgf.ca; rkennedy@tgf.ca; tdemarinis@torys.com; hmeredith@mccarthy.ca;
jgage@mccarthy.ca; jlapedus@mccarthy.ca; dlynde@mccarthy.ca;
stetro@chapman.com; mmreed@chapman.com;
howard.gorman@nortonrosefulbright.com; rjacobs@cassels.com;
jdietrich@cassels.com; mwunder@cassels.com; daniel.sylvester@hklaw.com;
dbotter@akingump.com; aqureshi@akingump.com; zwittenberg@akingump.com;
cnichols@akingump.com; howard.gorman@nortonrosefulbright.com;
ryan.manns@nortonrosefulbright.com; david.mann@dentons.com;
robert.kennedy@dentons.com; patrick.hughes@haynesboone.com;
kelli.norfleet@haynesboone.com; Patrick.Woodhouse@constellation.com;
Bill.SCHNURR@brucepower.com; Gerald.Nemec@edfenergyna.com;
Frank.Smejkal@edfenergyna.com; ELLIOT.BONNER@nexteraenergy.com;
Allison.Ridder@nexteraenergy.com; FICC.notices@macquarie.com;
FICClegalHouston@Macquarie.com; FICClegalHouston@Macquarie.com;
FICClegalHouston@Macquarie.com; msloanservicing@morganstanley.com;
commission.secretary@bcuc.com; info@aeso.ca; Chun.Seto@aeso.ca;
scott.hood@gov.ab.ca; jp.mousseau@auc.ab.ca; RetailerContact@atcogas.com;
regulatory@apexutilities.ca; brpc@brpower.coop; gloria@fortmacleod.com;
admin@fortmacleod.com; sharon.wong@fortisalberta.com;
gas.regulatory.affairs@fortisbc.com;
electricity.regulatory.affairs@fortisbc.com; cglazer@equus.ca; utilities@ponoka.ca;
utilities@crowsnestpass.com; fcaa@gov.sk.ca; Rachel.McMillin@gov.mb.ca;
Kristen.Schubert@gov.mb.ca; publicutilities@gov.mb.ca; dmartin@hydro.mb.ca;
BACzarnecki@hydro.mb.ca; cdfoulkes@hydro.mb.ca; registrar@oeb.ca;
peggy.lund@algomapower.com; regulatoryaffairs@fortisontario.com;
info@athydro.com; jen.wiens@athydro.com; kgadsby@bluewaterpower.com;
regulatory@bluewaterpower.com; regulatoryaffairs@energyplus.ca;
regulatory@brantford.ca; regulatoryaffairs@burlingtonhydro.com;
regulatoryaffairs@energyplus.ca; regulatoryaffairs@fortisontario.com;
regulatory@cwhydro.ca; chec@onlink.net; jcyr.puc@chappleau.ca;
onreg.electricity@epcor.com; benoit@hydroembrun.ca; emuscat@enersource.com;
regulatoryaffairs@alecrautilities.com; Tracy.Manso@entegrus.com;
regulatory@entegrus.com; ana.couto@entegrus.com; retailerrelations@enwin.com;
regulatory@enwin.com; oeb@erithamespower.com; jbarile@essexpowerlines.ca;
info@ffpc.ca; jodiek@shec.com; regulatoryaffairs@gsuinc.ca;
regulatoryaffairs@grimsbypower.com; christina.koren@alecrautilities.com;
regulatoryaffairs@alecrautilities.com; paul.harricks@hydroone.com;
tracyr@haltonhillshydro.com; jrichard@hearstpower.com;
regulatoryaffairs@alecrautilities.com; lisewilkinson@hydro2000.ca;
service@hydrohawkesbury.ca; regulatory@hydroone.com;
regulatoryaffairs@alecrautilities.com; regulatoryaffairs@hydroottawa.com;

regulatoryaffairs@innpower.ca; jrobertson@kenora.ca; regulatory@synergynorth.ca;
rmurphy@utilitieskingston.com; regulatory@kingstonhydro.com;
jvanooteghem@kwhydro.ca; dpaul@lusi.on.ca; regulatory@lusi.on.ca;
regulatoryaffairs@londonhydro.com; chuma@midlandpuc.on.ca;
regulatory@nmhydro.ca; igor.rusic@miltonhydro.com; regulatory@miltonhydro.com;
tcurtis@notlhydro.com; Margaret.battista@npei.ca; regulatory@hydroone.com;
gsauve@northbayhydro.com; sbomhof@torys.com;
regulatoryaffairs@northbayhydro.com;
sandras@nowinc.ca; regulatory@nowinc.ca; mwilson@oakvillehydro.com;
regulatoryaffairs@oakvillehydro.com; regulatoryaffairs@orangevillehydro.on.ca;
phurley@orilliapower.ca; regulatory@hydroone.com; sbeckstead@opuc.on.ca;
regulatory.affairs@opuc.on.ca; jallen@orpowercorp.com;
jstephenson@peterboroughutilities.ca; regulatory@hydroone.com;
regulatoryaffairs@alecrautilities.com; Jennifer.uchmanowicz@ssmpuc.com;
regulatory@ssmpuc.com; regulatory@renfrewhydro.com; jwalsh@rslu.ca;
slhydro@tbaytel.net; dkulchyski@siouxlookouthydro.com; regulatory@entegrus.com;
regulatory@nmhydro.ca; twilson@tbhydro.on.ca; regulatory@synergynorth.ca;
rbaichan@tillsonburg.ca; epage@torontohydro.com;
regulatoryaffairs@torontohydro.com; llombardi@elexiconenergy.com;
d.stavinga@wasagadist.ca; retinfo@wnhydro.com;
rbucknall@wellingtonnorthpower.com; oeb@eriethamespower.com;
Malcolm.McCallum@westario.com; sreffe@whitbyhydro.on.ca;
llombardi@elexiconenergy.com; regulatory@hydroone.com; KU-sups@kitchener.ca;
ntaylor@utilitieskingston.com; info@energir.com; mrobin20@travelers.com;
Howard.uniman@zurichna.com; maggie.xu@theice.com; csc-america-
notice@cisco.com; Shakeel.Arshed@enbridge.com; RetailerServices@atcoelectric.com
Knox.Davidson@atco.com; EPaplowski@osler.com;
Michael.Strohmeier@constellation.com; peter.bychawski@blakes.com;
JHiggins@porterhedges.com; Armanda.pinho@enbridge.com;
Joseph.marra@enbridge.com; Rob.DiMaria@enbridge.com;
Shawn.McClacherty@enbridge.com; Terry.Laframboise@enbridge.com;
Amir.Hasan@enbridge.com; tyler.planeta@siskinds.com; michael.robb@siskinds.com;
apelletier@investorcomplexlaw.com; ckbh@investorcomplexlaw.com;
jmaclellan@blg.com; brooksbank@blg.com; tushara.weerasooriya@mcmillan.ca;
shahen.mirakian@mcmillan.ca; stephen.brown-okruhlik@mcmillan.ca; TCrotty-
Wong@epcor.com; legaldeptinqu@epcor.com; Credit@ATCO.com;
Brian.Loewen@lethbridge.ca; victor.buza@ieso.ca; michael.lyle@ieso.ca;
kenneth.kraft@dentons.com; gord.tarnowsky@dentons.com;
mark.freake@dentons.com; arsalan.muhammad@haynesboone.com;
HaneyS1@michigan.gov; EGoldstein@goodwin.com; JSignor@goodwin.com;
bankruptcy@goodwin.com; NelmsA@bennettjones.com; klozynsk@apexutilities.ca;
phillip.nelson@hklaw.com; MNanninga@KWHydro.ca; jshaffer@longviewcomms.ca;
berman@longviewcomms.ca; pblock@longviewcomms.ca; nrambaran@mccarthy.ca;
drosenfeld@kmlaw.ca; jharnum@kmlaw.ca; aziaie@kmlaw.ca;
Virginie.Gauthier@gowlingwlg.com; pcorney@wfkaw.ca; sweisz@wfkaw.ca;
nicholsonc@jssbarristers.ca; mabramowitz@blaney.com; egolden@blaney.com;

kelly.bourassa@blakes.com; aneil@hydro.mb.ca; bempey@goodmans.ca;
nlepore@schnader.com; rbarkasy@schnader.com; mkonyukhova@stikeman.com;
davidnoble@puc.nv.gov; dlomoljo@puc.nv.gov; tobrien@lzwlaw.com;
bmv@energybankinc.com; ben.huff@elevationeg.com; michael.b@empirearmi.com;
diane.winters@justice.gc.ca; leslie.crawford@ontario.ca; insolvency.unit@ontario.ca;
paul.fagan@amcapr.com; ihurley@leckerslaw.com; tina@leckerslaw.com;
Maribeth.Halls@cdw.ca; pat.confalone@cra-arc.gc.ca; tbf.minister@gov.ab.ca;
associateminister-rtr@gov.ab.ca; Monique.Sampson@Logix.com; Credit@Logix.com;
tonie.bloomingberg@logix.com; harvey@chaitons.com; Don.Verdon@cbts.com;
Yana.Nedyalkova@computershare.com; John.Poolman@computershare.com;
Jonathan.ChampouxCadoche@computershare.com;
james.bartlett@rockpointgs.com; bcomfort@strategicgroup.ca;
jgradishar@strategicgroup.ca; Inorton@lpc.com; rmacdonald@foglers.com;
jleslie@dickinsonwright.com; lcorne@dickinsonwright.com; gtremblay@blg.com;
lgalessiere@cglegal.ca; jwuthmann@cglegal.ca;
tdunn@mindengross.com; sskorbinski@mindengross.com;
Imorwick@silvercreekmanagement.com; bjoynt@silvercreekmanagement.com;
colin.brousson@dlapiper.com; alexandra.mccawley@dlapiper.com;
pcho@weirfoulds.com; mallen@weirfoulds.com; andrew@crabtreelaw.ca;
rsalsterda@nixonpeabody.com; streusand@slollp.com;
michael.schafler@dentons.com; bedmiston@alvarezandmarsal.com;
beth.baker@wvago.gov; chris.burr@blakes.com; eperal@kelleydrye.com;
emma.dalziel@gowlingwlg.com; scoleman@alvarezandmarsal.com;
zychk@bennettjones.com; swanr@bennettjones.com; bellp@bennettjones.com;
fosterj@bennettjones.com; thomas.roussy@avocatsratelle.com; kwoodard@krcl.com;
linc.rogers@blakes.com; Operations-ICENGX-Clearing@TheIce.com;
md@dundon.com; er@dundon.com; mwinchester@festivalhydro.com;
grahamj@festivalhydro.com; blaborie@bridgeouselaw.ca; stephena@stockwoods.ca;
gblankinship@fbfglaw.com; jshub@shublawyers.com; klaukaitis@shublawyers.com;
slw@wittelslaw.com; jbm@wittelslaw.com; sdc@wittelslaw.com;
jbellissimo@cassels.com; jdavids@justenergy.com; mcarter@justenergy.com;
jeff.larry@paliareroland.com; ken.rosenberg@paliareroland.com;
ina.thonfeld@aexp.com; matthew.heimann@aexp.com; alexia.parente@blakes.com;
amerskey@cassels.com; jpicone@cassels.com; cselby@cassels.com;
jbornstein@cassels.com; bbilter@reorg.com; danielle.glatt@paliareroland.com;
mcasson@northbayhydro.com; gsauve@northbayhydro.com;
kfellowes@stikeman.com; nvolheim@sulaimanlaw.com; ecoleman@sulaimanlaw.com;
alejandrof@sulaimanlaw.com; jwadden@tyrllp.com; mweinczok@millerthomson.com;
apappas@burlingtonhydro.com; jokeefe@metzlewis.com; aslavens@torys.com;
mnoel@torys.com; darren.kinthead@ilag.gov; zachary.peachey@gowlingwlg.com;
kcarver@wellandhydro.com; cshammas@loonix.com; kevin.s.rice@kirkland.com;
allyson.smith@kirkland.com; peter.candel@kirkland.com; tgaa@bbslaw.com;
gheck@bbslaw.com;

**ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE
COMMERCIAL LIST**

IN THE MATTER OF THE *COMPANIES' CREDITORS*
ARRANGEMENT ACT, R.S.C. 1985, c. c-36, AS AMENDED

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF JUST ENERGY GROUP INC., JUST ENERGY CORP., ONTARIO ENERGY COMMODITIES INC., UNIVERSAL ENERGY CORPORATION, JUST ENERGY FINANCE CANADA ULC, HUDSON ENERGY CANADA CORP., JUST MANAGEMENT CORP., JUST ENERGY FINANCE HOLDING INC., 11929747 CANADA INC., 12175592 CANADA INC., JE SERVICES HOLDCO I INC., JE SERVICES HOLDCO II INC., 8704104 CANADA INC., JUST ENERGY ADVANCED SOLUTIONS CORP., JUST ENERGY (U.S.) CORP., JUST ENERGY ILLINOIS CORP., JUST ENERGY INDIANA CORP., JUST ENERGY MASSACHUSETTS CORP., JUST ENERGY NEW YORK CORP., JUST ENERGY TEXAS I CORP., JUST ENERGY, LLC, JUST ENERGY PENNSYLVANIA CORP., JUST ENERGY MICHIGAN CORP., JUST ENERGY SOLUTIONS INC., HUDSON ENERGY SERVICES LLC, HUDSON ENERGY CORP., INTERACTIVE ENERGY GROUP LLC, HUDSON PARENT HOLDINGS LLC, DRAG MARKETING LLC, JUST ENERGY ADVANCED SOLUTIONS LLC, FULCRUM RETAIL ENERGY LLC, FULCRUM RETAIL HOLDINGS LLC, TARA ENERGY, LLC, JUST ENERGY MARKETING CORP., JUST ENERGY CONNECTICUT CORP., JUST ENERGY LIMITED, JUST SOLAR HOLDINGS CORP AND JUST ENERGY (FINANCE) HUNGARY ZRT.

Applicants

INDEX

TAB	AUTHORITY
1.	<i>Walker Estate v York-Finch General Hospital</i> , 2001 SCC 23
2.	<i>Hollis v Birch</i> , [1995] 4 SCR 624
3.	<i>Menegon v Philip Services Corp</i> , 1999 CanLII 15004 (ON SC)
4.	<i>Re Wiebe</i> (1995), 30 C.B.R. (3d) 109 (Ont. Ct. Gen .Div.)
5.	<i>Claude Resources Inc. (Trustee of) v. Dutton</i> (1993), 22 C.B.R. (3d) 56 (Sask. Q.B.)

6.	<i>Re Confederation Treasury</i> (1997), 43 C.B.R. (3d) 4 (Ont. C.A.)
7.	<i>Air Canada, Re</i> , 2004 CanLII 6674 (ON SC)
8.	<i>Edgewater Casino Inc. (Re): Development Permit Issue</i> , 2008 BCSC 1
9.	<i>677960 Alberta Ltd. v. Petrokazakhstan Inc.</i> , 2009 ABQB 50
10.	<i>Newfoundland and Labrador v. AbitibiBowater Inc.</i> , 2012 SCC 67
11.	<i>Orphan Well Association v. Grant Thornton Ltd.</i> , 2019 SCC 5
12.	<i>Oblats de Marie Immaculee du Manitoba, Re</i> , 2004 MBQB 71
13.	<i>Campeau v Olympia & York Developments Ltd</i> , 1992 CarswellOnt 185
14.	<i>Zayo Inc. v Primus Telecommunications Canada Inc.</i> , 2016 ONSC 5251
15.	<i>Canadian Airlines Corp, Re</i> , [2000] AJ No 163 (QL)
16.	<i>Stelco Inc, Re.</i> , 2005 CanLII 42247 (ON CA)
17.	<i>SemCanada Crude Company (Re)</i> , 2009 ABQB 490
18.	<i>Cline Mining Corporation (Re)</i> , 2014 ONSC 6998
19.	<i>Canadian Red Cross Society / Société Canadienne de la Croix Rouge, Re</i> , 2000 CanLII 22488 (ON SC)
TAB	SECONDARY SOURCES
20.	Troy A McKenzie, "Toward A Bankruptcy Model for Non-Class Aggregate Litigation" (2012) 87 New York University Law Review 960 at 987-999
21.	Abbe R. Gluck & Elizabeth Chamblee Burch, "MDL Revolution" (2021) 96:1 NYU L Rev 1 at 9-15
22.	Howard M. Erichson, "What MDL and Class Actions Have in Common" (2017) 70 Vand L Rev En Banc 29 at 36-39

TAB 1

The Canadian Red Cross Society *Appellant*

and

York Finch General Hospital (*Defendant*)

v.

Douglas Walker as Executor of the Estate of Alma Walker, deceased, Douglas Walker, infants Scott Walker and Danielle Walker by their Litigation Guardian Douglas Walker, J. Bob Alderson and Velma Alderson *Respondents*

and between

The Canadian Red Cross Society *Appellant*

and

Toronto Hospital (*Defendant*)

v.

Lois Osborne as Executrix of the Estate of Ronald Charles Osborne, deceased, Lois Osborne, Paul Osborne, Karen McCraw and David Osborne *Respondents*

and between

The Canadian Red Cross Society *Appellant*

and

Hospital for Sick Children (*Defendant*)

v.

A.A.M., A.M., on his own behalf and as Litigation Guardian for D.R.M. and A.M.M. *Respondents*

La Société canadienne de la Croix-Rouge *Appelante*

et

York Finch General Hospital (*Défendeur*)

c.

Douglas Walker à titre d'exécuteur de la succession de feu Alma Walker, Douglas Walker, les jeunes enfants Scott Walker et Danielle Walker, représentés par leur tuteur à l'instance Douglas Walker, J. Bob Alderson et Velma Alderson *Intimés*

et entre

La Société canadienne de la Croix-Rouge *Appelante*

et

Toronto Hospital (*Défendeur*)

c.

Lois Osborne à titre d'exécutrice de la succession de feu Ronald Charles Osborne, Lois Osborne, Paul Osborne, Karen McCraw et David Osborne *Intimés*

et entre

La Société canadienne de la Croix-Rouge *Appelante*

et

Hospital for Sick Children (*Défendeur*)

c.

A.A.M., A.M., pour son propre compte et à titre de tuteur à l'instance de D.R.M. et A.M.M. *Intimés*

INDEXED AS: WALKER ESTATE v. YORK FINCH GENERAL HOSPITAL

Neutral citation: 2001 SCC 23.

File Nos.: 27284, 27285.

2000: November 7; 2001: April 19.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Négligence — Standard of care — Blood banks — Plaintiffs contracting HIV from blood products supplied by Canadian Red Cross Society — Plaintiffs claiming that Society was negligent in procedures used to screen blood donors with HIV and AIDS — Appropriate standard of care for professional voluntary blood banks in North America — Whether Society met proper standard of care — Whether trial judge correct in finding that Society's May 1984 pamphlet given to blood donors was inadequate despite evidence of two medical experts to the contrary.

Négligence — Causation — Proper test for causation in cases of negligent donor screening by blood banks — Plaintiff contracting HIV from blood and blood products supplied by Canadian Red Cross Society — Plaintiff claiming that Society was negligent in procedures used to screen blood donors with HIV and AIDS — Trial judge concluding that infected donor would still have given blood even if Society had met proper standard of care and dismissing negligence action for failure to prove causation — Court of Appeal imposing liability on basis of presumptive causal link — Whether rebuttable presumption of causation appropriate standard to apply in cases of negligent blood donor screening.

The plaintiffs — W, O and M — contracted HIV from blood and blood products supplied by the Canadian Red Cross Society ("CRCS"). They claimed that the CRCS was negligent in the procedures used to screen blood donors with HIV and AIDS. In W's case,

RÉPERTORIÉ : WALKER, SUCCESSION c. YORK FINCH GENERAL HOSPITAL

Référence neutre : 2001 CSC 23.

N^{os} du greffe : 27284, 27285.

2000 : 7 novembre; 2001 : 19 avril.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Négligence — Norme de diligence — Banques de sang — Les demandeurs ont contracté le VIH après avoir reçu des produits sanguins fournis par la Société canadienne de la Croix-Rouge — Les demandeurs soutiennent que la Croix-Rouge a fait preuve de négligence dans sa façon de procéder pour filtrer les donneurs de sang ayant le VIH ou le SIDA — Norme de diligence appropriée pour une banque professionnelle de dons bénévoles de sang en Amérique du Nord — La Croix-Rouge a-t-elle satisfait à la norme de diligence applicable? — Le juge de première instance a-t-il eu raison de conclure au caractère inadéquat du dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge, malgré le témoignage contraire de deux experts en médecine?

Négligence — Lien de causalité — Critère à appliquer au lien de causalité en matière de négligence de la part des banques de sang dans la sélection des donneurs — Le demandeur a contracté le VIH après avoir reçu du sang et des produits sanguins fournis par la Société canadienne de la Croix-Rouge — Le demandeur soutient que la Croix-Rouge a fait preuve de négligence dans sa façon de procéder pour filtrer les donneurs de sang ayant le VIH ou le SIDA — Le juge de première instance a conclu que même si la Croix-Rouge avait satisfait à la norme de diligence applicable, le donneur contaminé aurait tout de même donné du sang et a rejeté l'action fondée sur la négligence au motif qu'aucun lien de causalité n'a été établi — La Cour d'appel a attribué la responsabilité sur la base du lien causal présumé — La présomption réfutable de l'existence du lien de causalité est-elle la norme appropriée dans les affaires de négligence en matière de sélection des donneurs de sang?

Les demandeurs — W, O et M — ont contracté le VIH après avoir reçu du sang et des produits sanguins fournis par la Société canadienne de la Croix-Rouge (« Croix-Rouge canadienne »). Ils soutiennent que la Croix-Rouge canadienne a fait preuve de négligence

the infected donor gave blood in September 1983. At the time, the CRCS's donor-screening method was a questionnaire given to potential donors. This April 1983 questionnaire contained questions that generally pertained to the donor's health, but made no reference to persons at high risk for contracting AIDS or to signs and symptoms of AIDS. A pamphlet published in May 1984 was the first to make reference to AIDS. In that pamphlet, the CRCS requested that homosexual or bisexual males who have multiple partners refrain from donating blood. The cases of O and M involved a single donor. The blood received by O and M was given in December 1984 and in March 1985 respectively. The donor was a long-time blood donor. He had swollen lymph nodes in his neck, but these had been present since about 1975 and, as far as he was concerned, they had no effect on his overall health and gave no cause for concern in his donating blood. Since he had not been sexually active with men since 1982, he did not regard himself as a sexually active homosexual at the time he donated blood in December 1984. It was not until November 1985 that the CRCS revised its May 1984 pamphlet to describe a typical member of the group of high-risk donors as a person who was "a male and [has] had sex with another male since 1977". Around the same time, it also began testing all blood donations for the presence of HIV antibodies using the ELISA test. In May 1986 the CRCS introduced the first brochure that asked symptom-specific questions about HIV.

The three cases were heard together. The O and M actions in negligence were successful. In determining the appropriate standard of care for the CRCS at the time, the trial judge indicated that the American Red Cross ("ARC") pamphlet released in March 1983 referred to AIDS and mentioned the high-risk groups and the signs and symptoms of AIDS. He noted that it was not until May 1984 that the CRCS released a pamphlet to potential donors which referred to AIDS and that the pamphlet did not mention the signs and symptoms of AIDS. Despite the opinions of two expert witnesses who testified that the "good health" question in the pamphlet provided an adequate alternative to symptom-specific questions, the trial judge concluded that the question did not meet the appropriate standard of care. The CRCS was in breach of the duty that it

dans sa façon de procéder pour filtrer les donneurs de sang ayant le VIH ou le SIDA. En ce qui a trait à W, le donneur contaminé a donné du sang en septembre 1983. À cette époque, la méthode de sélection des donneurs de la Croix-Rouge canadienne consistait à remettre un questionnaire aux éventuels donneurs. Le questionnaire d'avril 1983 contient des questions qui portent de façon générale sur la santé du donneur, mais ne mentionnent ni les personnes très vulnérables au SIDA, ni les signes et symptômes du SIDA. Le dépliant de mai 1984 est le premier dépliant à mentionner le SIDA. La Croix-Rouge canadienne y demande aux hommes homosexuels ou bisexuels ayant plusieurs partenaires de s'abstenir de donner du sang. Les causes de O et de M concernent le même donneur de sang. Le sang reçu par O et M a été donné en décembre 1984 et en mars 1985 respectivement. Le donneur a longtemps donné du sang. Certains de ses ganglions lymphatiques du cou sont enflés, mais ils le sont depuis environ 1975, et il considère qu'ils n'ont aucune incidence sur son état de santé général et qu'il n'y a aucune raison de s'inquiéter du fait qu'il donne du sang. Étant donné qu'il n'a pas eu de relations sexuelles avec des hommes depuis 1982, il ne se considère pas comme un homosexuel actif au moment où il donne du sang en décembre 1984. Ce n'est qu'en novembre 1985 que la Croix-Rouge canadienne révisé son dépliant de mai 1984 afin d'y décrire le membre type du groupe de donneurs à risque élevé comme étant « un homme qui a eu une relation sexuelle avec un autre homme depuis 1977 ». C'est environ à cette époque qu'elle commence aussi à analyser tous les dons de sang, à l'aide du test ELISA, afin de déterminer s'ils contiennent des anticorps anti-VIH. En mai 1986, elle commence à utiliser le premier dépliant à poser des questions portant précisément sur les symptômes du VIH.

Les trois causes ont été entendues conjointement. Les actions fondées sur la négligence de O et de M ont été accueillies. Pour établir la norme de diligence appropriée pour la Croix-Rouge canadienne de l'époque, le juge de première instance a affirmé que le dépliant de la Croix-Rouge américaine, publié en mars 1983, mentionne le SIDA et les groupes à risque élevé, de même que les signes et symptômes du SIDA. Il a fait remarquer que ce n'est qu'en mai 1984 que la Croix-Rouge canadienne publie à l'intention des éventuels donneurs un dépliant où il est question de SIDA et que le dépliant ne fait pas mention des signes et des symptômes du SIDA. Malgré l'avis de deux experts qui témoignent que la question sur la « bonne santé » contenue dans le questionnaire peut valablement remplacer les questions portant précisément sur les symptômes, le juge de première

owed to users of blood and blood products, to use the same standard as its counterparts in the U.S. to screen blood donors. The trial judge also concluded that the causal link was established in both actions. He held that if either the description of the male homosexual high risk group had been less ambiguous and more precise in the May 1984 pamphlet or the infected donor had been asked if he experienced any of the signs and symptoms of AIDS (such as swollen lymph glands), he would have been precluded from donating blood on December 1984 and March 1985. The Court of Appeal upheld that decision.

The trial judge dismissed W's action for failure to show causation. The trial judge found that even if the CRCS had met the proper standard of care, the infected donor still would have given blood. The trial judge rejected the evidence of the donor that in the fall of 1983 he was not aware of AIDS or the request by the CRCS that gay men who engaged in sex with other men should defer from donating blood, and concluded that the donor was aware of the issue but believed he could ignore the warnings to self-defer because he was in good health. The Court of Appeal set aside that decision. The court found that the CRCS was in breach of its duty of care because, during the relevant time frame, it failed to take adequate or any measures to screen persons known to pose a high risk of transmitting the HIV virus. On the issue of causation, the court applied the principles in *Hollis*. Given that the plaintiff bore the onus of proving causation, it held that the necessary causal link was presumptively established once it was shown that the CRCS had failed in its duty to implement adequate donor screening measures at the time the infected donor gave the fatal HIV-tainted blood to the plaintiff. There was no evidence of conduct on the part of the donor that would have made the CRCS's failure to adequately screen high risk donors irrelevant. It was not open to the CRCS to dislodge the presumptive causal link by showing that proper screening measures would have proved ineffective in deterring the donor because of his own negligence.

Held: The appeals should be dismissed.

instance conclut que la question ne satisfait pas à la norme de diligence qu'il convient d'appliquer. La Croix-Rouge canadienne a manqué, envers les utilisateurs du sang et des produits sanguins qu'elle fournit, à son obligation d'utiliser la même norme que ses homologues aux États-Unis en matière de sélection des donneurs de sang. Le juge de première instance conclut également que le lien de causalité a été établi dans les deux actions. Il est d'avis que si la description du groupe à risque élevé que constituent les homosexuels avait été moins ambiguë et plus précise dans le dépliant de mai 1984 ou si on avait demandé au donneur contaminé s'il avait eu l'un ou l'autre des signes et des symptômes du SIDA (comme des ganglions lymphatiques enflés), il n'aurait pas pu donner du sang en décembre 1984 et en mars 1985. La Cour d'appel a maintenu la décision.

Le juge de première instance rejette l'action de W au motif que le lien de causalité n'a pas été établi. Il dit que, même si la Croix-Rouge canadienne avait satisfait à la norme de diligence applicable, le donneur contaminé aurait tout de même donné du sang. Le juge de première instance rejette le témoignage du donneur selon lequel à l'automne 1983, il n'était pas au courant du SIDA, ni du fait que la Croix-Rouge canadienne demandait aux homosexuels ayant des relations sexuelles avec d'autres hommes de s'abstenir de donner du sang, et conclut que le donneur était au courant de la question, mais croyait pouvoir passer outre aux mises en garde contre le don de sang, parce qu'il était en bonne santé. La Cour d'appel annule la décision. Elle juge que la Croix-Rouge canadienne n'a pas respecté son obligation de diligence, car, au cours de la période visée, elle n'a pas pris de mesures convenables, ni même aucune mesure, pour filtrer les personnes dont le risque de transmission du VIH est élevé. En ce qui a trait au lien de causalité, la cour applique les principes de l'arrêt *Hollis*. Ainsi, comme il incombe au demandeur d'établir le lien de causalité, elle conclut qu'on doit présumer que le lien causal nécessaire est établi une fois qu'il est démontré que la Croix-Rouge canadienne a manqué à son obligation de prendre des mesures convenables de sélection des donneurs à l'époque où le donneur contaminé a fait le don de sang mortel contaminé par le VIH à la demanderesse. Aucune preuve n'établit un comportement tel de la part du donneur qu'il aurait rendu non pertinente l'omission de la Croix-Rouge canadienne de filtrer convenablement les donneurs à risque élevé. La Croix-Rouge canadienne ne peut pas contester le lien causal présumé en établissant que des mesures de sélection convenables n'auraient pas suffi à dissuader le donneur à cause de sa négligence.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

In the O and M actions, the Court of Appeal was correct in upholding the trial judge's decision. The trial judge was entitled to find that the donor screening procedures of the CRCS May 1984 pamphlet, which was in use when the donor made his HIV-infected blood donations in December 1984 and March 1985, were inadequate and to reject the opinions of the experts who testified on the issue. The trial judge was not asked to assess complex scientific or highly technical matters. The issue was whether the general health question was sufficient to deter the infected donor from donating blood. The issue is not how an expert would respond to the donor screening question in the questionnaire, but how a lay person would respond.

In W's action, the Court of Appeal wrongly relied on *Hollis* to determine causation on the basis of a presumptive causal link. Unlike *Hollis*, there is no "learned intermediary" in this case and a rebuttable presumption of causation is therefore an inappropriate standard to apply. In cases of negligent donor screening, it may be difficult or impossible to prove hypothetically what the donor would have done had he or she been properly screened by the CRCS. In such cases, therefore, the question should not be whether the CRCS's conduct was a necessary condition for the plaintiffs' injuries using the "but-for" test, but whether that conduct was a sufficient condition. The proper test for causation in cases of negligent donor screening is whether the defendant's negligence "materially contributed" to the occurrence of the injury. In the present case, it is clear that it did. The plaintiff accordingly retains the burden of proving that the failure of the CRCS to screen donors with tainted blood materially contributed to W contracting HIV from the tainted blood. The trial judge erred on the question of causation. Rather than asking whether the donor would have self-deferred or been excluded from donating blood in September 1983 if he had seen the CRCS May 1984 pamphlet, the trial judge should have asked whether the donor would have self-deferred or been excluded if the CRCS had followed the appropriate standard of care for a professional voluntary blood bank in North America at the time, as represented by the ARC March 1983 pamphlet. The problem with the CRCS May 1984 pamphlet is the focus on being in "good health", a focus which the trial judge found to be inadequate in O's case. Even using the strict but-for test, which is not required in these types of cases, causation is proved on the facts. The trial judge concluded, in

Dans les actions de O et de M, la Cour d'appel a eu raison de maintenir les conclusions du juge de première instance. Le juge de première instance pouvait conclure que les méthodes de sélection des donneurs du dépliant de la Croix-Rouge canadienne de mai 1984, utilisé à l'époque où le donneur a fait en décembre 1984 et en mars 1985 des dons de sang contaminé par le VIH sont insuffisantes et rejeter les opinions des experts qui ont témoigné à ce sujet. On ne demandait pas au juge de première instance d'apprécier des questions scientifiques complexes ou extrêmement techniques. La question litigieuse qu'il devait trancher était de savoir si la question sur l'état de santé général suffisait pour dissuader le donneur contaminé de donner de son sang. Il ne s'agit pas de savoir comment un expert répondrait à la question de sélection des donneurs contenue dans le questionnaire, mais plutôt comment un profane y répondrait.

Dans l'action de W, la Cour d'appel s'est fondée à tort sur l'arrêt *Hollis* pour établir le lien de causalité sur la base du lien causal présumé. Contrairement à *Hollis*, il n'y a pas d'« intermédiaire compétent » dans la présente affaire et la présomption réfutable de l'existence du lien de causalité n'est pas une norme appropriée. Dans les affaires de négligence dans la sélection des donneurs, il peut être difficile, voire impossible d'établir de façon hypothétique ce que le donneur aurait fait s'il avait été convenablement filtré par la Croix-Rouge canadienne. Dans les affaires de cette nature, la question à trancher ne consiste donc pas à déterminer, selon le critère du facteur déterminant, si la conduite de la Croix-Rouge canadienne est une condition nécessaire du préjudice des demandeurs, mais plutôt à savoir si cette conduite en est une condition suffisante. Le critère à appliquer au lien de causalité, en matière de négligence dans la sélection des donneurs, est de savoir si la négligence du défendeur a « contribué de façon appréciable » à la survenance du préjudice. En l'espèce, il est clair que c'est le cas. Il incombe donc toujours à la demanderesse d'établir que l'omission de la Croix-Rouge de filtrer les donneurs dont le sang était contaminé a contribué de façon appréciable au fait que W a eu le VIH après avoir reçu du sang contaminé. Le juge de première instance a commis une erreur sur la question du lien de causalité. Au lieu de demander si le donneur se serait auto-exclu ou aurait été exclu en septembre 1983 s'il avait vu le dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne, le juge de première instance aurait dû demander si le donneur se serait auto-exclu ou aurait été exclu si la Croix-Rouge canadienne avait suivi la norme de diligence appropriée pour une banque professionnelle de dons bénévoles de sang en Amérique du Nord à cette époque,

response to a hypothetical question, that the donor would not have been deferred or excluded from donating blood on September 1983, had he seen the CRCS May 1984 pamphlet. That would not have been the case, however, had the donor seen the ARC 1983 pamphlet. When the proper standard of care is applied the causal link is established.

Cases Cited

Distinguished: *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634; **applied:** *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; **referred to:** *Ter Neuzen v. Korn*, [1995] 3 S.C.R. 674; *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458.

Statutes and Regulations Cited

Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194.

APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1999), 43 O.R. (3d) 461, 169 D.L.R. (4th) 689, 118 O.A.C. 217, 44 C.C.L.T. (2d) 205, 31 C.P.C. (4th) 24, [1999] O.J. No. 644 (QL), dismissing the Canadian Red Cross Society's appeals and allowing the Walkers' appeal from a judgment of Borins J. (1997), 39 C.C.L.T. (2d) 1, [1997] O.J. No. 4017 (QL), allowing the *Osborne* and *M* actions in negligence and dismissing the *Walker* action. Appeals dismissed.

Christopher Morrison and Peter K. Boeckle, for the appellant.

Bonnie A. Tough, Jill Lawrie, David Harvey and Cathy Beagan Flood, for the respondents Walker et al.

David Harvey, Bonnie A. Tough and Leah Rachin, for the respondents Osborne et al.

représentée par le dépliant de mars 1983 de la Croix-Rouge américaine. La carence du dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne est qu'il est axé sur la « bonne santé », ce que le juge de première instance estime peu satisfaisant dans le cas de O. Même si on applique le critère strict du facteur déterminant, ce qui n'est pas nécessaire dans ces types d'affaires, le lien de causalité est établi d'après les faits. Le juge de première instance a conclu, en réponse à une question hypothétique, que le donneur n'aurait pas été dissuadé ou empêché de donner du sang en septembre 1983 s'il avait vu le dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne. Ce n'aurait pas été le cas, cependant, si le donneur avait vu le dépliant de 1983 de la Croix-Rouge américaine. En appliquant la norme de diligence appropriée, on établit le lien causal.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt : *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634; **arrêt appliqué :** *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; **arrêts mentionnés :** *Ter Neuzen c. Korn*, [1995] 3 R.C.S. 674; *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458.

Lois et règlements cités

Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1999), 43 O.R. (3d) 461, 169 D.L.R. (4th) 689, 118 O.A.C. 217, 44 C.C.L.T. (2d) 205, 31 C.P.C. (4th) 24, [1999] O.J. No. 644 (QL), qui a rejeté les appels de la Société canadienne de la Croix-Rouge et accueilli l'appel des Walker contre un jugement du juge Borins (1997), 39 C.C.L.T. (2d) 1, [1997] O.J. No. 4017 (QL), qui avait accueilli les actions en négligence *Osborne* et *M* et rejeté l'action *Walker*. Pourvois rejetés.

Christopher Morrison et Peter K. Boeckle, pour l'appelante.

Bonnie A. Tough, Jill Lawrie, David Harvey et Cathy Beagan Flood, pour les intimés Walker et autres.

David Harvey, Bonnie A. Tough et Leah Rachin, pour les intimés Osborne et autres.

Kenneth Arenson, for the respondents A.A.M. et al.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. — Canadians gradually became aware of the AIDS disease at the beginning of the 1980s. There was no scientific advice available and knowledge about the disease was practically all anecdotal. The scientific community, from that point on, began collecting data and sharing information as it became available. It was not until May 1985 that scientists developed the ELISA test that screened for the presence of HIV antibodies in the blood.

The three respondents (plaintiffs) in these appeals contracted HIV from blood and blood products supplied by the appellant, Canadian Red Cross Society (CRCS). Each respondent claimed that the appellant was negligent in the procedures used to screen blood donors with HIV and AIDS.

The respondents Osborne and M succeeded at their trial on liability. Damages were not in issue. However, the action by Walker was dismissed. Ultimately all three respondents were successful in the Ontario Court of Appeal.

The unique circumstances of these appeals confine these findings of negligence to cases arising in the same time period. The advancements in understanding HIV and AIDS have now equipped the medical community and the blood services industry to better protect the integrity of the blood supply. In light of what is now known it is difficult not to view the allegations of negligence with some hindsight. It is important to resist that temptation and to assess the claims on the basis of what was or reasonably ought to have been known at the time that the appellants attempted to screen blood donors who were infected with HIV or AIDS.

Kenneth Arenson, pour les intimés A.A.M. et autres.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR — La population canadienne a commencé à prendre conscience du SIDA au début des années 80. Il n'existait pas d'avis scientifique à ce sujet et l'information sur la maladie était essentiellement anecdotique. La communauté scientifique a alors commencé à recueillir des données et à les échanger au fur et à mesure. Ce n'est qu'en mai 1985 que des scientifiques ont mis au point le test ELISA, qui permettait de détecter la présence d'anticorps anti-VIH dans le sang.

Les trois intimés (demandeurs) dans les pourvois ont contracté le VIH après avoir reçu du sang et des produits sanguins fournis par l'appelante, la Société canadienne de la Croix-Rouge (« Croix-Rouge canadienne »). Ils soutiennent que l'appelante a fait preuve de négligence dans sa façon de procéder pour filtrer les donneurs de sang ayant le VIH ou le SIDA.

Les intimés Osborne et M ont réussi en première instance à établir la responsabilité. Les dommages-intérêts n'étaient pas en cause. Cependant, l'action de Walker a été rejetée. En fin de compte, les trois intimés ont eu gain de cause devant la Cour d'appel de l'Ontario.

En raison des circonstances particulières des présentes affaires, les conclusions en matière de négligence ne s'appliquent qu'aux affaires portant sur la même période. Grâce aux progrès réalisés dans la compréhension du VIH et du SIDA, la communauté médicale et l'industrie des services transfusionnels peuvent maintenant mieux protéger l'intégrité des réserves sanguines. Compte tenu de ce que l'on sait aujourd'hui, il est difficile de ne pas considérer a posteriori les allégations de négligence. Il importe cependant de résister à cette tentation et d'apprécier les prétentions d'après ce qu'on savait, ou ce qu'on aurait raisonnablement dû savoir, à l'époque où les appelants tentaient de filtrer les donneurs de sang qui avaient le VIH ou le SIDA.

1

2

3

4

5 For the reasons that follow, the three appeals are dismissed.

I. Relevant Blood Donor Literature

6 For the purposes of these reasons, there were three crucial documents prepared for distribution or presentation to blood donors, which were used by Canadian and American voluntary blood banks during the relevant period. They are the American Red Cross (ARC) pamphlet entitled “An important message to all blood donors” published in March 1983; the CRCS donor questionnaire entitled “Canadian Red Cross Blood Transfusion Service Donor Questionnaire” published in April 1983; and the CRCS pamphlet entitled “An Important Message to Our Blood Donors” published in April 1984, implemented on May 1, 1984, and distributed to potential donors thereafter. The content of these documents bears directly on the issues in these appeals and the relevant parts are reproduced below. Other materials were published by the CRCS in 1985 and in subsequent years but those are not relevant in this appeal.

A. *American Red Cross Pamphlet entitled “An important message to all blood donors” — March 1983*

This information is distributed to all potential blood donors to help prevent the spreading of certain illnesses from donors to patients by blood transfusions.

Please read this statement, and if you think that there is a risk that your blood could cause illness in a patient who might receive it, please refrain from donating blood at this time.

What Are These Illnesses?

Some persons may feel in excellent health but have viruses or other infectious agents in their blood that could cause illness in persons receiving a transfusion of their blood. If you think any of the following information pertains to you, please do not donate blood today:

Pour les motifs qui suivent, les trois pourvois sont rejetés.

I. Documentation pertinente à l'intention des donneurs de sang

Dans le cadre des présents motifs, il existait trois documents cruciaux destinés aux donneurs de sang que des banques canadiennes et américaines de dons bénévoles de sang utilisaient à l'époque visée : le dépliant de l'American Red Cross (« Croix-Rouge américaine ») « An important message to all blood donors », publié en mars 1983, le « Service de transfusion sanguine de la Croix-Rouge canadienne, Questionnaire des donneurs », publié en avril 1983, et le dépliant de la Croix-Rouge canadienne « Un message important pour nos donneurs de sang », publié en avril 1984, utilisé pour la première fois le 1^{er} mai 1984 et distribué par la suite aux donneurs éventuels. Le contenu de ces documents, dont les passages pertinents sont reproduits plus loin, a une incidence immédiate sur les questions litigieuses que soulèvent les pourvois. La Croix-Rouge canadienne a publié d'autres documents en 1985 et par la suite, mais ils ne sont pas pertinents en l'espèce.

A. *Dépliant de la Croix-Rouge américaine « An important message to all blood donors » — mars 1983*

[TRADUCTION]

Les présents renseignements sont communiqués à tous les éventuels donneurs de sang en vue de prévenir la transmission, par transfusion, de certaines maladies des donneurs aux patients.

Veillez lire ce texte et si, après la lecture, vous estimez que votre sang risque de causer une maladie chez un éventuel receveur, veuillez vous abstenir de donner du sang cette fois-ci.

Quelles sont ces maladies?

Il arrive que des personnes se sentent en excellente santé, bien qu'elles soient porteuses de virus ou d'autres agents infectieux qui pourraient entraîner des maladies chez les receveurs de leur sang. Si vous estimez que l'un ou l'autre des renseignements suivants s'applique à vous, veuillez vous abstenir de donner du sang aujourd'hui :

1. Acquired Immune Deficiency Syndrome (AIDS). This newly described illness of unknown cause is believed to be spread by intimate personal contact and, possibly, by blood transfusion. Persons with AIDS have reduced defenses against disease and as a result may develop infections such as pneumonia, or other serious illnesses. At this time there is no laboratory test to detect all persons with AIDS. Therefore, we must rely on blood donors' health histories to exclude individuals whose blood might transmit AIDS to patients who will receive that blood.

The Office of Biologics of the Food and Drug Administration has identified groups at an increased risk of developing AIDS. These groups are —

- Persons with symptoms and signs suggestive of AIDS. These include severe night sweats, unexplained fevers, unexpected weight loss, lymphadenopathy (swollen glands), or Kaposi's Sarcoma (a rare cancer).
- Sexually active homosexual or bisexual men with multiple partners.
- Recent Haitian entrants into the United States.
- Present or past abusers of intravenous drugs.
- Sexual partners of persons at increased risk of AIDS.

. . . .

What Should I Do?

If you believe that you may be carrying one of the above-mentioned illnesses, or if you are an individual in a group at increased risk of developing AIDS, we ask that you refrain from donating blood at this time. You may leave now without providing an explanation. Or, if you prefer, you may proceed to be deferred confidentially, without further questioning, by the health history interviewer.

B. CRCS Blood Transfusion Service Donor Questionnaire — April 1983

Thank you for your gift of blood. In order to protect you and the patients who may receive your blood, it is important that you be in good health. Please read these questions carefully each time you give. If you answer

1. Syndrome d'immunodéficience acquis (SIDA). Cette maladie, qui est identifiée depuis peu et dont la cause est inconnue, serait transmise par contact personnel intime et, peut-être, par transfusion. Comme les personnes atteintes du SIDA connaissent une diminution des défenses immunitaires, elles sont susceptibles d'avoir des infections, telle une pneumonie, ou d'autres maladies graves. À l'heure actuelle, il n'existe pas d'essai en laboratoire permettant d'identifier toutes les personnes atteintes du SIDA. Nous devons donc nous fonder sur les antécédents de santé des donneurs pour exclure les individus dont le sang pourrait transmettre le SIDA aux receveurs.

L'Office of Biologics de la Food and Drug Administration a désigné les groupes particulièrement vulnérables au SIDA :

- les personnes ayant des symptômes et signes qui semblent indiquer qu'elles sont atteintes du SIDA, notamment des sueurs nocturnes excessives, des fièvres inexpliquées, des pertes de poids soudaines, l'adéno-pathie (enflure des ganglions) ou le sarcome de Kaposi (cancer rare);
- les hommes homosexuels ou bisexuels ayant des relations sexuelles avec plusieurs partenaires;
- les Haïtiens récemment arrivés aux États-Unis;
- les personnes ayant fait ou faisant usage de drogues injectables;
- les partenaires sexuels des personnes particulièrement vulnérables au SIDA.

. . . .

Que dois-je faire?

Si vous croyez être porteur de l'une ou l'autre des maladies susmentionnées ou si vous appartenez à un groupe de personnes particulièrement vulnérables au SIDA, nous vous demandons de vous abstenir de donner du sang cette fois-ci. Vous pouvez partir maintenant sans fournir d'explications. Ou encore, si vous le souhaitez, la personne chargée d'interroger les donneurs au sujet de leurs antécédents de santé peut vous laisser partir en confiance, sans vous poser d'autres questions.

B. Questionnaire des donneurs, Service de transfusion sanguine de la Croix-Rouge canadienne — avril 1983

Nous vous remercions de votre don de sang. Pour votre protection et celle des malades susceptibles de recevoir votre sang, il est essentiel que vous soyez en bonne santé. Veuillez lire attentivement les questions suivantes

to any question is yes, please speak to the nurse who will tell you if you can give blood today.

A yes answer does not necessarily disqualify you as a donor.

1. Do you participate in any other blood programme? (plasmapheresis, cell apheresis, etc.)
2. Have you fainted at any previous donation?
3. Do you now or have you ever had: Hepatitis or “yellow jaundice”; Epilepsy (Seizures); High Blood Pressure; Lung Disease; Cancer; Malaria, Diabetes; Kidney Disease; Heart Disease; Blood Disease.
Any other chronic health problem?
4. In the past 3 years:
Have you been outside North America?
Did you take medication to prevent Malaria?
5. In the past six months have you had:
Any serious illness or have you required physician or hospital care? Transfusion of blood or blood products, Vaccination, Tattoo, Ear piercing, Acupuncture?
Contact with Infectious Hepatitis?
Have you been pregnant? Did you breast feed your infant?
6. Do you now have:
Any active allergic condition (Asthma or Hay Fever), sore throat, cold, flu, skin problems?
7. Are you currently taking any medications or injections?
8. Within the last 24 hours:
Have you taken any medication for headache, cough, cold, arthritis or stomach upset?

C. *CRCS Pamphlet entitled “An Important Message To Our Blood Donors” — May 1, 1984*

Recently it has become apparent that the condition known as AIDS (Acquired Immune Deficiency Syndrome) is probably blood borne and should be included in the list of illnesses which excludes donation.

chaque fois que vous offrez votre sang. Si vous répondez oui à l’une des questions, allez voir l’infirmière qui vous dira si vous pouvez donner du sang aujourd’hui ou non.

Une réponse affirmative ne vous élimine pas nécessairement comme donneur.

1. Êtes-vous inscrit à d’autres programmes de don de sang?
(plasmaphérèse, autres aphérèses, etc.)
2. Avez-vous déjà perdu connaissance après un don de sang?
3. Avez-vous déjà souffert ou souffrez-vous d’une hépatite ou d’une jaunisse; d’hypertension artérielle; d’une maladie cardiaque; d’une maladie du rein; d’une maladie pulmonaire; d’une maladie sanguine; d’épilepsie; du diabète; de cancer; de la malaria; d’une autre maladie chronique?
4. Au cours des trois dernières années avez-vous quitté l’Amérique du Nord? avez-vous pris des médicaments pour prévenir la malaria?
5. Au cours des six derniers mois, avez-vous souffert d’une maladie grave ou d’une maladie nécessitant l’avis du médecin ou des soins à l’hôpital, reçu des transfusions de sang ou de produits sanguins, été vacciné, été tatoué, reçu des traitements d’acupuncture, eu les oreilles percées, été en contact avec un sujet atteint d’hépatite infectieuse? avez-vous été enceinte? si oui, avez-vous allaité votre enfant?
6. Souffrez-vous en ce moment d’une affection allergique (asthme ou fièvre des foins), de maux de gorge, d’un rhume, de la grippe ou d’une maladie de la peau?
7. Prenez-vous en ce moment des médicaments?
8. Au cours des dernières 24 heures, avez-vous pris de l’aspirine ou un autre médicament contre les maux de tête, la toux, le rhume, l’arthrite ou les malaises d’estomac?

C. *Dépliant de la Croix-Rouge canadienne « Un message important pour nos donateurs de sang » — 1^{er} mai 1984*

Il y aurait également lieu de croire que le syndrome d’immunodéficience acquis (SIDA) peut être transmis par transfusion et à ce titre, il doit figurer parmi les maladies qui nous amènent à déconseiller le don de sang.

AIDS is a condition in which the body's natural resistance to various diseases is seriously reduced, frequently with fatal results. The cause is unknown. There is no laboratory test to detect it in its early, non-symptomatic stage. Therefore, it is recommended that for the present, persons who have been indicated, according to current evidence, as being at above average risk of contracting AIDS should not donate blood.

These persons include:

- homosexual or bisexual males who have multiple partners
- present or past abusers of intravenous drugs
- recent immigrants from, or visitors to, those areas where AIDS is endemic, i.e., Chad, Haiti and Zaire
- sexual partners of any of the above persons.

II. Facts

The respondents Alma Walker ("Walker"), Ronald Osborne ("Osborne") and A.M.M. ("M") each received blood products between 1983 and 1985 from the CRCS. The blood was tainted with the HIV virus. Eventually, both Walker and Osborne developed AIDS and died. M, who will be 20 in August 2001, is currently HIV-positive.

All three recipients brought actions against the CRCS claiming, among other things, that the CRCS was negligent in the process it took to screen blood donors with HIV and AIDS between 1983 and 1985. They claimed that as a result, the tainted blood infected them with HIV and caused Walker and Osborne to eventually develop AIDS and die.

The time frame of these claims was the early to mid-1980s. This was when information and data about HIV and AIDS was emerging quickly. In the early 1980s, scientists did not know how to test blood for the presence of HIV or AIDS.

Le SIDA est une affection souvent fatale, qui affaiblit les défenses immunitaires de l'organisme et dont l'agent causal n'a pas encore été identifié. De plus, il n'existe présentement pas de test de laboratoire permettant d'en faire le diagnostic au stade précoce et asymptomatique de son développement. On a cependant observé que l'incidence du SIDA est plus élevée chez certains groupes de personnes.

Aussi, toute personne appartenant à l'un des groupes suivants devrait s'abstenir de donner de son sang :

- les hommes homosexuels ou bisexuels ayant plusieurs partenaires;
- les personnes ayant fait ou faisant présentement usage de drogues par voie intraveineuse;
- les personnes ayant récemment émigré des régions où le SIDA est endémique (Tchad, Haïti, Zaire, etc.) ou revenant d'un voyage dans ces régions;
- les partenaires sexuels (hommes ou femmes) des personnes appartenant aux groupes ci-haut mentionnés.

II. Les faits

Les intimés Alma Walker (« Walker »), Ronald Osborne (« Osborne ») et A.M.M. (« M ») reçoivent tous des produits sanguins entre 1983 et 1985 de la Croix-Rouge canadienne. Le sang est contaminé par le virus VIH. Par la suite, Walker et Osborne contractent le SIDA et meurent. M, qui aura vingt ans en août 2001, est actuellement porteur du VIH.

Les trois transfusés intentent des actions contre la Croix-Rouge canadienne, faisant notamment valoir qu'elle a fait preuve de négligence dans sa façon de procéder entre 1983 et 1985 pour filtrer les donneurs de sang porteurs du VIH ou atteints du SIDA. Ils soutiennent que le sang contaminé leur a transmis le VIH de sorte que Walker et Osborne ont contracté le SIDA, dont ils sont morts.

La période visée dans ces prétentions est le début et le milieu des années 80, à l'époque où les renseignements et données sur le VIH et le SIDA émergent rapidement. Au début des années 80, les scientifiques ne savent pas comment tester le sang pour détecter le VIH ou le SIDA.

10 In May 1985, scientists developed the ELISA test which screens for the presence of HIV antibodies in the blood. Prior to this, attempts to protect the blood system were restricted to screening blood donors to exclude those most likely to carry HIV. Consequently, the donor-screening procedures of the CRCS are the focus of these appeals.

11 As a result of evolving scientific knowledge in the 1980s, the chronology of events is important. It is necessary to review the facts in greater detail than usual to establish what the CRCS knew about HIV and AIDS, when they knew it, and how the CRCS responded to the new information.

A. *The Walker Action*

12 On September 12, 1983, “Robert M.” made a blood donation that was collected by the CRCS at its permanent clinic in the Manulife Centre in Toronto. This unit of blood, identified as 73693, was later determined to be HIV positive.

13 On October 1, 1983, the respondent Walker was transfused with two units of red blood cells while in York Finch General Hospital recuperating from a Caesarean section. One unit of red blood cells came from the HIV-infected unit 73693.

14 Her infection with HIV was confirmed on November 21, 1990. She died of AIDS on August 17, 1993 at the age of 31. Before her death, she started an action against the CRCS that is now carried on by her estate (the “Walkers”). In that action she claimed, among other things, that the CRCS failed to implement appropriate blood donor screening procedures and that its failure resulted in the donation of blood that was HIV positive.

15 Before he died, the donor Robert M. was examined under oath on November 13, 1992 in accordance with the Ontario *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194. He testified that he was gay and had lived in Toronto from 1975 until

En mai 1985, des scientifiques mettent au point le test ELISA, qui permet la détection d’anticorps anti-VIH dans le sang. Jusque-là, les mesures de protection des réserves sanguines consistaient à filtrer les donneurs les plus susceptibles d’être porteurs du VIH. Les pourvois portent donc principalement sur la méthode de sélection des donneurs par la Croix-Rouge canadienne.

Vu l’évolution des connaissances scientifiques dans les années 80, la chronologie des événements est importante. Il faut examiner les faits de façon plus détaillée que d’habitude pour établir ce que la Croix-Rouge canadienne savait à propos du VIH et du SIDA, à quels moments elle le savait et quelle est sa réaction devant les nouveaux renseignements.

A. *L’action Walker*

Le 12 septembre 1983, « Robert M. » fait un don de sang à la Croix-Rouge canadienne à son centre permanent de collecte de sang du Centre Manulife, à Toronto. Il est plus tard établi que ce don, identifié par le numéro 73693, est contaminé par le VIH.

Le 1^{er} octobre 1983, l’intimée Walker reçoit deux unités de globules rouges au York Finch General Hospital, alors qu’elle se remet d’une césarienne. L’une de ces unités provient du don 73693, qui est infecté par le VIH.

Le 21 novembre 1990, on confirme qu’elle est porteuse du VIH. Elle meurt du SIDA le 17 août 1993, à l’âge de 31 ans. Avant de mourir, elle a intenté une action contre la Croix-Rouge canadienne, qui est maintenant menée par sa succession (« les Walker »), soutenant notamment que la Croix-Rouge canadienne n’a pas suivi les méthodes appropriées de sélection des donneurs de sang et que, de ce fait, elle a accepté des dons de sang contaminés par le VIH.

Avant son décès, le donneur Robert M. est interrogé sous serment le 13 novembre 1992 conformément aux *Règles de procédure civile* de l’Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194. Il témoigne qu’il est homosexuel et qu’il a vécu à Toronto de 1975 à

the fall of 1983 when he moved to Montreal. He estimated that in the eight years he lived in Toronto he had approximately 1,000 homosexual encounters.

When asked about his knowledge of HIV and AIDS, Robert M. testified that he did not know that there was an emerging connection between AIDS and the gay community and that, as of 1983, he had no knowledge of either HIV or AIDS. He said that he was a member of the gay community in Toronto that “stuck together” because of the prejudice against it. He testified that he did not subscribe to newspapers and did not have any interest in current events. He was not involved politically with gay issues or concerns.

Robert M. was a regular blood donor in Toronto and continued to donate blood when he moved to Montreal in 1983 until he was told to stop in January 1987. He did not recall hearing any warnings through the media, conversations with friends, at work, or through the gay community that gay men should not donate blood. He testified that had he heard such warnings, he would have questioned why he should not donate blood because he was healthy. He also stated that had he seen or been given information on AIDS and about those people who fell within high risk categories and should not donate blood, he would have raised this issue with the nurse in attendance at the donor clinic. He said that he would have recognized that he belonged to one of the high risk groups — homosexual males with multiple partners.

When Robert M. made the fateful donation in September 1983, the CRCS’s donor-screening method was a questionnaire given to potential donors. This April 1983 questionnaire contained questions that generally pertained to the donor’s health, but made no reference to persons at high risk for contracting AIDS or to signs and symptoms of AIDS.

In April 1984, six months after Walker’s transfusion, the CRCS drafted a pamphlet entitled

l’automne 1983, époque à laquelle il va s’installer à Montréal. Il estime qu’au cours des huit années qu’il a passées à Toronto, il a eu environ 1 000 relations homosexuelles.

Interrogé sur ce qu’il sait du VIH et du SIDA, Robert M. témoigne qu’il ignorait qu’on commençait à établir un lien entre le SIDA et les homosexuels et qu’en 1983 il ne connaissait ni le VIH, ni le SIDA. Il dit qu’il faisait partie de la communauté homosexuelle à Toronto, dont les membres étaient « solidaires » en raison des préjugés dont ils faisaient l’objet. Il témoigne qu’il ne reçoit pas de journaux et ne s’intéresse pas à l’actualité. Il ne milite pas en faveur de la cause des homosexuels.

Robert M. donnait régulièrement du sang à Toronto et a continué à le faire après s’être installé à Montréal en 1983, jusqu’à ce qu’on lui dise de s’abstenir, en janvier 1987. Il ne se souvient pas d’avoir entendu dire dans les médias, lors de conversations avec des amis, au travail ou dans la communauté homosexuelle que les homosexuels ne doivent pas donner de sang. Il témoigne que s’il avait entendu de telles mises en garde, il aurait cherché à savoir pourquoi il ne devait donner du sang, car il était en bonne santé. Il dit aussi que s’il avait vu ou si on lui avait fourni des renseignements sur le SIDA et les personnes qui, appartenant à des catégories à risque élevé, ne doivent pas donner de sang, il en aurait parlé à l’infirmière de service au centre de collecte de sang. Selon lui, il aurait reconnu qu’il appartenait à l’un des groupes à risque élevé, soit les homosexuels ayant plusieurs partenaires.

Quand Robert M. a fait le don fatidique en septembre 1983, la méthode de sélection des donneurs de la Croix-Rouge canadienne consistait à remettre un questionnaire aux éventuels donneurs. Le questionnaire d’avril 1983 contient des questions qui portent de façon générale sur la santé du donneur, mais ne mentionnent ni les personnes très vulnérables au SIDA, ni les signes et symptômes du SIDA.

En avril 1984, six mois après la transfusion de Walker, la Croix-Rouge canadienne rédige le

16

17

18

19

“An Important Message to Our Blood Donors”, which was presented to donors beginning on May 1, 1984.

dépliant « Un message important pour nos donateurs de sang », qui est remis aux donateurs à partir du 1^{er} mai 1984.

20 The May 1984 pamphlet was both the first pamphlet to be used at CRCS donor clinics and the first CRCS document to make reference to AIDS. In that pamphlet, the CRCS requested that homosexual or bisexual males who have multiple partners refrain from donating blood.

Le dépliant de mai 1984 est le premier dépliant à être utilisé dans les centres de collecte de sang de la Croix-Rouge canadienne et le premier document de la Croix-Rouge canadienne à mentionner le SIDA. Celle-ci y demande aux hommes homosexuels ou bisexuels ayant plusieurs partenaires de s’abstenir de donner du sang.

21 The 1984 pamphlet obviously did not exist when Robert M. made his September 12th, 1983 donation. Robert M. made five subsequent donations in Montreal after the CRCS began to use the May 1984 pamphlet. He testified that he had not seen the pamphlet before it was shown to him when he gave evidence before his death.

Le dépliant de 1984 n’existait manifestement pas quand Robert M. a donné du sang le 12 septembre 1983. Robert M. a par la suite donné du sang cinq fois à Montréal après que la Croix-Rouge canadienne a commencé à utiliser le dépliant de mai 1984. Lorsqu’on le lui montre lors de son témoignage avant sa mort, il déclare ne l’avoir jamais vu auparavant.

22 When Robert M. was asked what he would have done had he been asked to read that May 1984 pamphlet on September 12, 1983, he said he would have told the nurse at the donor clinic that he was homosexual and asked him or her what he should do.

Quand on interroge Robert M. sur ce qu’il aurait fait si on lui avait demandé, le 12 septembre 1983, de lire le dépliant de mai 1984, il dit qu’il aurait avisé l’infirmière du centre de collecte de sang qu’il était homosexuel et lui aurait demandé ce qu’il devait faire.

B. *The Osborne Action*

B. *L’action Osborne*

23 On December 17, 1984, a man referred to as “Everett” made a blood donation to the CRCS at the Manulife Centre in Toronto. This unit of blood, numbered 10746, was later found to be HIV positive.

Le 17 décembre 1984, un certain « Everett » donne du sang au centre de collecte de la Croix-Rouge canadienne du Centre Manulife, à Toronto. Il est établi plus tard que ce don, identifié par le numéro 10746, est contaminé par le VIH.

24 In late December 1984, Osborne was admitted to hospital suffering from acute Guillain-Barré Syndrome (“AGBS”). On January 7, 1985, he was given plasma, a blood product, to treat his AGBS. One unit of blood products came from the HIV-infected unit 10746, donated by Everett.

À la fin de décembre 1984, Osborne, gravement atteint du syndrome de Guillain-Barré (« SGB »), est admis à l’hôpital. Le 7 janvier 1985, on lui donne du plasma, un produit sanguin, pour le traitement du SGB. Une unité de produits sanguins provient du don 10746 d’Everett, qui était contaminé par le VIH.

25 The respondent Osborne fully recovered from AGBS but was diagnosed with HIV on August 28, 1990 and died of AIDS on June 18, 1993. Before he died, he brought an action against the CRCS that is now being carried by his estate (the

L’intimé Osborne se remet complètement du SGB, mais on diagnostique chez lui la présence du VIH le 28 août 1990, et il meurt du SIDA le 18 juin 1993. Avant de mourir, il a intenté une action contre la Croix-Rouge canadienne, qui est mainte-

“Osbornes”). In the action, he alleged, among other things, that the CRCS failed to implement appropriate blood donor screening procedures and that its failure resulted in the donation of blood that was HIV positive.

Before he died, the donor Everett was examined under oath on December 3, 1992 in accordance with the Ontario *Rules of Civil Procedure*. He testified that from 1974 to 1982 he was involved in sexual relations with between 200 and 400 different men. He said that he gave up the gay lifestyle in 1982. He testified that while he was living the gay lifestyle he was not aware of any connection between gay sex and HIV or AIDS.

Everett was a long-time blood donor who thought he was in good health. He did not know that he was HIV positive prior to giving blood on December 17, 1984. He had swollen lymph nodes in his neck, but these had been present since about 1975 and, as far as Everett was concerned, they had no effect on his overall health and gave no cause for concern in his donating blood. Although he had engaged in sexual relations with between 200 and 400 men between 1974 and 1982, he did not regard himself as a sexually-active homosexual at the time he donated blood in December 1984.

Everett said that he was asked to read a laminated health questionnaire each time he attended the Manulife clinic. He testified that he never saw any mention of HIV, AIDS, gay sexual behaviour, homosexual behaviour or bisexuality in the material that he was given to read. Everett said that in December 1984, if he had been questioned by a nurse whether he had ever had sex with a man, he would have said yes.

Everett did not recall seeing the CRCS's May 1984 pamphlet. When asked whether, on December 17, 1984, he would have included himself in the category of “homosexual or bisexual males who have multiple partners”, Everett said no. He had not been sexually active with men since 1982. However, had the pamphlet used the language

nant menée par sa succession (« les Osborne »), soutenant notamment que la Croix-Rouge canadienne n'a pas suivi les méthodes appropriées de sélection des donneurs de sang et que, de ce fait, elle a accepté des dons de sang contaminés par le VIH.

Avant son décès, le donneur Everett est interrogé sous serment le 3 décembre 1992 conformément aux *Règles de procédure civile* de l'Ontario. Il témoigne que, de 1974 à 1982, il a eu des relations sexuelles avec 200 à 400 hommes. Il dit qu'il a mis fin à son mode de vie homosexuel en 1982. Il témoigne qu'à l'époque où il menait ce mode de vie, il ignorait l'existence d'un lien entre les rapports homosexuels et le VIH ou le SIDA.

Everett a longtemps donné du sang, pensant être en bonne santé. Il ne sait pas qu'il est porteur du VIH quand il donne du sang le 17 décembre 1984. Certains de ses ganglions lymphatiques du cou sont enflés, mais ils le sont depuis environ 1975, et Everett considère qu'ils n'ont aucune incidence sur son état de santé général et qu'il n'y a aucune raison de s'inquiéter du fait qu'il donne du sang. Malgré ses relations sexuelles avec 200 à 400 hommes, de 1974 à 1982, il ne se considère pas comme un homosexuel ayant une vie sexuelle active lorsqu'il donne du sang en décembre 1984.

Everett dit qu'on lui demandait de lire un questionnaire laminé sur la santé chaque fois qu'il se présentait au centre de collecte de sang du Centre Manulife. Il témoigne qu'il n'a jamais vu de mention du VIH, du SIDA, du comportement sexuel des homosexuels ou des relations homosexuelles ou bisexuelles dans les documents qu'on lui donnait à lire. Il affirme qu'en décembre 1984, si une infirmière lui avait demandé s'il avait déjà eu des relations sexuelles avec un homme, il aurait répondu par l'affirmative.

Everett ne se souvient pas d'avoir vu le dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne. Quand on lui demande si, le 17 décembre 1984, il se considérait comme appartenant à la catégorie des « hommes homosexuels ou bisexuels ayant plusieurs partenaires », il répond par la négative. Il n'a pas eu de relations sexuelles avec des hommes

26

27

28

29

“homosexual or bisexual males who have had multiple partners”, he said he would have included himself in that category.

C. *The M Action*

30 Everett also donated blood at the CRCS in the Manulife Centre on March 25, 1985. On March 27, 1985, when he was about 3 ½ years old, M received blood from that donation during the course of elective surgery to repair a hole in his heart. He contracted HIV. He is currently 19 years old and his infection is controlled by anti-viral medications. The *M* case was ordered to be heard with the *Osborne* case as the actions involved the same blood donor. All three actions, *Osborne*, *M*, and *Walker* were heard together.

31 In November 1985, the CRCS revised its pamphlet to describe a typical member of the group of high-risk donors as a person who was “a male and [has] had sex with another male since 1977”. Around the same time, it also began testing all blood donations for the presence of HIV antibodies using the ELISA test. In May 1986 the CRCS introduced the first brochure that asked symptom-specific questions about HIV.

III. Judicial History

A. *Ontario Court of Justice (General Division)* (1997), 39 C.C.L.T. (2d) 1

(1) The *Osborne* and *M* Actions

32 In the *Osborne* and *M* actions, the trial judge held that the CRCS owed a duty of care to users and recipients of blood and blood products to take reasonable measures to protect the safety of the blood, and blood products, it provided for therapeutic use.

depuis 1982. Cependant, si le libellé du dépliant avait été les « hommes homosexuels ou bisexuels ayant eu plusieurs partenaires », il dit qu’il se serait considéré comme appartenant effectivement à cette catégorie.

C. *L’action M*

Everett a également donné du sang au centre de collecte de la Croix-Rouge canadienne du Centre Manulife le 25 mars 1985. Le 27 mars 1985, alors âgé d’environ trois ans et demi, M reçoit du sang provenant de ce don dans le cadre d’une intervention chirurgicale non indispensable destinée à réparer un trou dans son cœur. Il est contaminé par le VIH. Il a actuellement 19 ans et il contrôle son infection avec des médicaments antiviraux. Il a été ordonné que l’affaire *M* soit entendue en même temps que l’affaire *Osborne*, vu que les deux actions portent sur le même donneur de sang. Les trois affaires, à savoir *Osborne*, *M* et *Walker*, ont été entendues conjointement.

En novembre 1985, la Croix-Rouge canadienne révisé son dépliant afin d’y décrire le membre type du groupe de donneurs à risque élevé comme étant [TRADUCTION] « un homme qui a eu une relation sexuelle avec un autre homme depuis 1977 ». C’est environ à cette époque qu’elle commence aussi à analyser tous les dons de sang, à l’aide du test ELISA, afin de déterminer s’ils contiennent des anticorps anti-VIH. En mai 1986, elle commence à utiliser le premier dépliant à poser des questions portant précisément sur les symptômes du VIH.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour de justice de l’Ontario (Division générale)* (1997), 39 C.C.L.T. (2d) 1

(1) *Osborne* et *M*

Dans *Osborne* et *M*, le juge de première instance conclut que la Croix-Rouge canadienne a une obligation de diligence envers les utilisateurs et receveurs de sang et de produits sanguins, et doit prendre des mesures raisonnables pour garantir l’innocuité du sang et des produits sanguins qu’elle fournit pour usage thérapeutique.

With respect to the standard of care, the trial judge said that “the conduct of a voluntary blood bank will be measured against the professional standards of other voluntary blood banks” (para. 132). (All references to paragraphs refer to the reasons of the trial judge except where otherwise indicated.) The parties conceded that it was appropriate, in determining the standard of care for the CRCS, to consider the practices of the voluntary blood collection industry in the United States with respect to safeguarding blood.

In the trial judge’s view, “the Americans had it right” (para. 153). The ARC pamphlet, which was released in March 1983, made reference to AIDS, and made mention of high-risk groups and the signs and symptoms of AIDS. By March 1983, the CRCS had not released a pamphlet of its own. The donor questionnaire of April 1983 did not mention AIDS. It was not until May 1, 1984 that the CRCS released a pamphlet to potential donors which referred to AIDS.

The trial judge found that “the CRCS has provided no credible explanation why it did not make any AIDS risk information available to donors at clinic sites before May, 1984” (para. 155). He said at para. 158:

When one looks to the measures taken to screen donors by the voluntary blood collection industry in the United States, it becomes clear that the CRCS was not in compliance with all the professional standards followed in the United States. Because the CRCS had access to the same scientific body of knowledge and data available to the ARC, AABB and CCBC when they formulated the Joint Statement, [which refers to the Joint Statement on AIDS Related to Transfusion issued on January 13, 1983] and because it was in regular communication with the ARC, NIH and CDC, it is reasonable to conclude that the CRCS possessed the same knowledge as the

En ce qui concerne la norme de diligence, le juge de première instance dit que [TRADUCTION] « la conduite d’une banque de sang provenant de dons bénévoles sera appréciée au regard des normes professionnelles d’autres banques de sang provenant de dons bénévoles » (par. 132). (Toutes les mentions de paragraphes renvoient aux motifs du juge de première instance, sauf indication contraire.) Les parties concèdent que, pour établir la norme de diligence pour la Croix-Rouge canadienne, il convient d’examiner les pratiques en vigueur dans l’industrie de la collecte de dons de sang bénévoles aux États-Unis en matière de protection du sang.

Selon le juge de première instance, [TRADUCTION] « les Américains avaient un bon système » (par. 153). Dans le dépliant de la Croix-Rouge américaine, publié en mars 1983, il est fait mention du SIDA et des groupes à risque élevé, de même que des signes et symptômes du SIDA. En mars 1983, la Croix-Rouge canadienne n’a pas encore publié de dépliant. Le questionnaire d’avril 1983 ne mentionne pas le SIDA. Ce n’est que le 1^{er} mai 1984 que la Croix-Rouge canadienne publie enfin à l’intention des éventuels donneurs un dépliant où il est question de SIDA.

Le juge de première instance conclut que [TRADUCTION] « l’explication de la Croix-Rouge canadienne quant à la raison pour laquelle elle n’a pas, avant mai 1984, mis à la disposition des donneurs aux centres de collecte de sang des renseignements sur le risque du SIDA n’est pas crédible » (par. 155). Il dit au par. 158 :

[TRADUCTION] Si l’on examine les mesures prises par l’industrie de la collecte de dons de sang bénévoles aux États-Unis en matière de sélection des donneurs, il est clair que la Croix-Rouge canadienne ne se conformait pas à l’ensemble des normes professionnelles suivies aux États-Unis. Or, comme la Croix-Rouge canadienne avait accès aux mêmes connaissances et données scientifiques que l’ARC, l’AABB et le CCBC lorsqu’ils ont formulé la déclaration conjointe [la « *Joint Statement on AIDS Related to Transfusion*, publiée le 13 janvier 1983] et comme elle communiquait régulièrement avec l’ARC, la NIH et le CDC, il est raisonnable de conclure

33

34

35

American voluntary blood collection industry, or ought to have been possessed of it.

qu'elle possédait ou aurait dû posséder les mêmes connaissances que l'industrie de la collecte de dons de sang bénévoles aux États-Unis.

36 Borins J. noted that the Canadian and American blood collection agencies took different approaches to achieve the same objective. When the CRCS finally implemented the May 1984 pamphlet, it made no reference to the signs and symptoms of AIDS. The trial judge noted at para. 160:

Le juge Borins fait remarquer que les organismes canadiens et américains de collecte de sang ne s'y prenaient pas de la même façon pour atteindre le même objectif. Quand la Croix-Rouge canadienne a finalement publié le dépliant de mai 1984, elle n'y faisait aucune référence aux signes et symptômes du SIDA. Voici ce que conclut le juge de première instance (au par. 160) :

The CRCS followed the “good health” approach, while virtually all of its peers in North America attempted to prevent, or reduce, the risk of infected blood from entering the blood supply by symptom specific questions deliberately designed and intended to eliminate donors at high risk for being infected with HIV.

[TRADUCTION] La Croix-Rouge canadienne suivait l'approche de la « bonne santé », alors qu'à peu près tous les autres organismes de collecte de sang d'Amérique du Nord essayaient d'empêcher, ou du moins de réduire, le risque que du sang contaminé soit versé dans les réserves sanguines, en posant des questions portant précisément sur les symptômes, qu'on avait sciemment conçues de façon à éliminer les donneurs particulièrement vulnérables au VIH.

37 He concluded that the “good health” question was based on a false premise and said that a donor could not know if he or she was in good health unless told what would constitute bad health in this context. The American procedure did this by identifying the signs and symptoms of bad health. According to the trial judge, this deficiency was illustrated by the fact that Everett had swollen lymph glands for several years. The fact that these glands were swollen for so long lead him to believe that that was his normal condition and that he was therefore in good health.

Il conclut que la mention de la « bonne santé » est fondée sur une prémisse erronée et dit qu'un donneur ne peut pas savoir s'il est en bonne santé, à moins qu'on lui définisse la mauvaise santé dans ce contexte. Or c'est ce que fait la méthode américaine en décrivant les signes et symptômes d'une mauvaise santé. Selon le juge de première instance, cette lacune est illustrée par le fait qu'Everett a eu des ganglions lymphatiques enflés pendant plusieurs années. Comme ses ganglions étaient enflés depuis longtemps, il croyait qu'il s'agissait d'un état normal et qu'il était donc en santé.

38 The trial judge stated that there was a basic contradiction in the CRCS's May 1984 pamphlet. On the one hand, donors were told not to donate if they were not “feeling generally well”. On the other hand, they were told that “some apparently healthy persons” were infected with viruses. AIDS was not included in the list of diseases. The pamphlet listed those persons who were at high risk for AIDS, but said nothing about the health indicators of HIV infection. As a result, he concluded that the

Selon le juge de première instance, le dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne comporte une contradiction fondamentale. D'une part, on dit à l'éventuel donneur de s'abstenir de donner du sang s'il n'est pas « certain de [se] sentir bien ». D'autre part, on lui dit « des personnes apparemment en bonne santé » peuvent être porteuses de virus. Le SIDA ne fait pas partie de la liste des maladies mentionnées. Le dépliant énumère les groupes de personnes particulièrement vulnérables au SIDA, mais il ne mentionne pas les indicateurs de santé permettant de détecter l'infection à VIH. Le juge conclut donc que les questions sur la

“good health” questions did not meet the appropriate standard of care.

The CRCS retained two expert witnesses at the trial, Drs. Allen and Barker, who testified that the “good health” question provided an adequate alternative to symptom-specific questions. Dr. Barker was the senior physician responsible for the general management of blood service operations at the 57 centres of the ARC in the United States. Dr. Allen was in charge of AIDS surveillance for the Centers for Disease Control and Prevention (CDC) in Atlanta and was recognized as being at the forefront of the worldwide fight against AIDS. Although Borins J. described them as “eminent physicians and scientists”, he did not, as he was entitled, accept their expert opinions. Borins J. stated at para. 162:

As I have indicated, the “good health” question is not an effective substitute to asking a donor about specific symptoms which, if he has them, are indicative that he may be infected with AIDS. Everett’s circumstances illustrate the inadequacy and ineffectiveness of the “good health” question. Had he been asked if he had swollen lymph glands, he would have answered affirmatively, and he would have been excluded as a donor.

Borins J. concluded that the standard of care adopted by the CRCS did not meet the standard required to safeguard the blood supply from the risk of infection by HIV. The CRCS was in breach of the duty that it owed to users of its blood and blood products to use the same standard as its counterparts in the United States to screen blood donors. It failed in its duty to exercise the standard that other blood banks used to screen high risk donors under similar circumstances.

Borins J. found that the causal link was established in the *Osborne* and *M* actions. He decided that if either the description of the male homosexual high risk group had been less ambiguous and more precise in the May 1, 1984 pamphlet

« bonne santé » ne satisfait pas à la norme de diligence qu’il convient d’appliquer.

La Croix-Rouge canadienne fait comparaître deux experts au procès, le D^r Allen et le D^r Barker, qui témoignent que la question sur la « bonne santé » peut valablement remplacer les questions portant précisément sur les symptômes. Le D^r Barker est le médecin principal responsable de la gestion générale des services transfusionnels dans les 57 centres de la Croix-Rouge américaine aux États-Unis. Le D^r Allen est, quant à lui, responsable du contrôle du SIDA pour les Centers for Disease Control and Prevention (CDC) d’Atlanta; il est reconnu comme étant au tout premier rang de la lutte mondiale contre le SIDA. Même s’il les présente comme [TRADUCTION] « d’illustres médecins et scientifiques », le juge Borins n’accepte pas leurs opinions d’expert, comme il est en droit de le faire (au par. 162) :

[TRADUCTION] Comme je l’ai déjà mentionné, la question sur la « bonne santé » ne remplace pas de façon efficace les questions portant précisément sur des symptômes qui indiquent que le donneur peut avoir le SIDA s’il a les symptômes en question. La situation d’Everett illustre l’insuffisance et l’inefficacité de la question sur la « bonne santé ». Si on lui avait demandé s’il avait des ganglions lymphatiques enflés, il aurait répondu par l’affirmative et aurait été exclu en tant que donneur.

Le juge Borins conclut que la norme de diligence adoptée par la Croix-Rouge canadienne ne satisfaisait pas à la norme requise visant à protéger les réserves sanguines contre le risque de contamination par le VIH. La Croix-Rouge canadienne a manqué, envers les utilisateurs du sang et des produits sanguins qu’elle fournit, à son obligation d’utiliser la même norme que ses homologues aux États-Unis en matière de sélection des donneurs de sang. Elle n’a pas rempli son obligation d’appliquer la norme que d’autres banques de sang utilisaient pour filtrer les donneurs à risque élevé dans des circonstances similaires.

Selon le juge Borins, le lien de causalité a été établi dans *Osborne* et *M*. Il conclut que si la description du groupe à risque élevé que constituent les homosexuels avait été moins ambiguë et plus précise dans le dépliant du 1^{er} mai 1984 (utilisation

39

40

41

(“homosexual or bisexual males who have had multiple partners”, rather than “homosexual or bisexual males who have multiple partners”), or if Everett had been asked if he experienced any of the signs and symptoms of AIDS (such as swollen lymph glands), he would have been precluded from donating blood on December 17, 1984 (*Osborne*) and March 25, 1985 (*M*).

42 The findings of negligence of the CRCS in respect of donor screening made in the *Osborne* case also apply in the *M* case because the CRCS was still using the May 1, 1984 pamphlet, which was found to be inadequate in the *Osborne* case, on March 25, 1985 when Everett donated the blood received by the infant *M*.

(2) The Walker Action

43 While he found liability on the part of the CRCS in the *Osborne* and *M* actions, Borins J. found that the CRCS was not liable for Walker contracting AIDS as the Walkers had failed to show causation. That is, the trial judge found that even if the CRCS had met the proper standard of care, Robert M. still would have given blood.

44 The trial judge rejected the evidence of the Walker donor, Robert M., that in the fall of 1983 he was not aware of AIDS or the request by the CRCS that gay men who engaged in sex with other men should defer from donating blood. Borins J. concluded that Robert M. was aware of the issue but believed he could ignore the warnings to self-defer because he was in good health.

45 Borins J. also noted that Robert M. continued to donate blood in Montreal after the CRCS May 1984 pamphlet was implemented. Although Robert M. testified that he had not seen the CRCS May 1984 brochure before it was shown to him at his examination in November 1992 (para. 35),

de « hommes homosexuels ou bisexuels ayant eu plusieurs partenaires » au lieu de « hommes homosexuels ou bisexuels ayant plusieurs partenaires », ou si on avait demandé à Everett s’il avait eu l’un ou l’autre des signes et symptômes du SIDA (comme des ganglions lymphatiques enflés), il n’aurait pas pu donner du sang le 17 décembre 1984 (*Osborne*) et le 25 mars 1985 (*M*).

Les conclusions tirées dans *Osborne* selon lesquelles la Croix-Rouge canadienne a fait preuve de négligence en matière de sélection des donneurs s’appliquent également à l’affaire *M*, car la Croix-Rouge canadienne utilise toujours le dépliant du 1^{er} mai 1984, qui est jugé inadéquat dans *Osborne*, le 25 mars 1985, lorsque Everett donne le sang que le jeune *M* a reçu.

(2) L’action Walker

Même s’il établit que la responsabilité de la Croix-Rouge canadienne est engagée dans *Osborne* et *M*, le juge Borins conclut que la Croix-Rouge canadienne n’est pas responsable du fait que Walker a contracté le SIDA, car les Walker n’ont pas établi le lien de causalité. En d’autres termes, le juge de première instance dit que, même si la Croix-Rouge canadienne avait satisfait à la norme de diligence applicable, Robert M. aurait tout de même donné du sang.

Le juge de première instance rejette le témoignage du donneur dans l’affaire Walker, Robert M., selon lequel à l’automne 1983, il n’était pas au courant du SIDA, ni du fait que la Croix-Rouge canadienne demandait aux homosexuels ayant des relations sexuelles avec d’autres hommes de s’abstenir de donner du sang. Selon le juge Borins, Robert M. était au courant de la question, mais croyait pouvoir passer outre aux mises en garde contre le don de sang, parce qu’il était en bonne santé.

Le juge Borins souligne aussi que Robert M. continue de donner du sang à Montréal après la publication du dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne. Malgré le témoignage de Robert M. qu’il n’a jamais vu ce dépliant avant qu’on le lui montre à son interrogatoire de novem-

Borins J. found that “[Robert M.] tried his best to avoid acknowledging that he received, and read, the AIDS pamphlets available in the Montreal clinic” (para. 40).

Borins J. held that “if the CRCS had published an AIDS pamphlet in September 1983 which was similar to the May 1, 1984, pamphlet, and if it had been given to [Robert M.] on September 12, 1983 at the Manulife clinic, he would have donated blood” (para. 41). He would have done so because he thought that he was in good health and believed that his blood would be tested.

Borins J. felt that the *Walker* case could be decided without determining negligence, as the case failed on causation. See para. 45:

In regard to donor screening, assuming, without deciding, that when Robert M. donated blood on September 12, 1983 the CRCS was negligent in not having instituted a donor screening programme which focused on asking the donor symptom-specific questions, the [Walkers] have not satisfied me that this would have resulted in the deferral of Robert M., who was in good health at that time.

In addition to dismissing the *Walker* action on a failure to prove causation, Borins J. found that the alternate claim based on strict liability in tort also failed.

Borins J. declined to decide whether the CRCS was similar to a manufacturer of whole blood or plasma. He concluded that the principle of strict liability in tort is not available to the Walkers regardless of how one characterizes the role of the CRCS in the collecting, processing and distribution of blood and blood substances.

Borins J. based his findings on several factors. The infected donations were obtained prior to the general use in Canada of the ELISA test in

bre 1992 (par. 35), le juge Borins dit que [TRADUCTION] « [Robert M.] a fait ce qu’il a pu pour éviter de reconnaître qu’il avait reçu et lu les dépliants sur le SIDA qui étaient disponibles au centre de collecte de sang de Montréal » (par. 40).

Le juge Borins déclare que [TRADUCTION] « si la Croix-Rouge canadienne avait publié un dépliant sur le SIDA en septembre 1983 semblable à celui du 1^{er} mai 1984 et s’il [...] avait été remis [à Robert M.] le 12 septembre 1983 au centre de collecte de sang du Centre Manulife, il aurait tout de même donné de son sang » (par. 41), parce qu’il se croyait en bonne santé et pensait que son sang serait analysé.

Le juge Borins estime qu’il peut trancher l’affaire *Walker* sans rendre de conclusion en matière de négligence, car aucun lien de causalité n’a été établi (au par. 45) :

[TRADUCTION] Pour ce qui est de la sélection des donneurs, si je présume, sans pour autant trancher la question, que lorsque Robert M. a donné du sang le 12 septembre 1983, la Croix-Rouge canadienne a fait preuve de négligence en n’ayant pas instauré de programme de sélection des donneurs axé principalement sur des questions précisément liées à des symptômes à poser aux éventuels donneurs, je dois conclure que les Walker ne m’ont pas convaincu que Robert M., qui était en bonne santé à cette époque-là, n’aurait pas donné de son sang.

En plus de rejeter l’action *Walker* au motif que le lien de causalité n’a pas été établi, le juge Borins estime que la demande subsidiaire, fondée sur la responsabilité délictuelle stricte, doit également être rejetée.

Le juge Borins refuse de trancher la question de savoir si la Croix-Rouge canadienne s’apparente à un fabricant de sang entier ou de plasma. Il juge que les Walker ne peuvent invoquer le principe de la responsabilité délictuelle stricte, peu importe la façon dont on caractérise le rôle de la Croix-Rouge canadienne dans la collecte, le traitement et la distribution de sang et substances sanguines.

Le juge Borins fonde ses motifs sur plusieurs facteurs. Les dons contaminés ont été obtenus avant l’utilisation générale du test ELISA au

46

47

48

49

50

November 1985. He cited Sopinka J.'s comments in *Ter Neuzen v. Korn*, [1995] 3 S.C.R. 674, that blood, in some ways, is an inherently dangerous substance, in contrast to the commercial world, where a manufacturer has control over the goods. He examined case law in the United States and noted that although strict liability had become the norm for defective products, blood and blood products had been excepted from that rule in order to ensure that they continued to be available to the public. Borins J. concluded that on policy grounds, it would be wrong to find the CRCS strictly liable in tort for the infected blood received by Mrs. Walker on October 1, 1983.

B. *Ontario Court of Appeal* (1999), 43 O.R. (3d) 461

51 The court dismissed the CRCS's appeal in the *Osborne* and *M* actions, but allowed the Walkers' appeal.

(1) CRCS's Appeal of the *Osborne* and *M* Actions

52 As the CRCS had agreed that it owed a duty of care to recipients of its blood and blood products, the issue before the Court of Appeal was the appropriate standard of care.

53 The trial judge had found that the CRCS May 1, 1984 pamphlet fell below the applicable standard of care, having regard to the practices in place in the United States. Before the Court of Appeal, it was argued that the trial judge could not reasonably reach that conclusion when the only two medical experts, Barker and Allen, testified that the steps taken by the CRCS met the appropriate standard of care. As stated above, the medical experts testified that the "good health" question in the CRCS's May 1984 pamphlet was a reasonable

Canada en novembre 1985. Il cite les remarques du juge Sopinka dans l'arrêt *Ter Neuzen c. Korn*, [1995] 3 R.C.S. 674, que le sang est, à certains égards, une substance essentiellement dangereuse, contrairement aux biens commerciaux, que le fabricant contrôle. Il examine la jurisprudence américaine et souligne que même si la responsabilité stricte est devenue la norme applicable pour les produits défectueux, le sang et les produits sanguins sont soustraits à l'application de cette règle pour qu'ils continuent d'être disponibles pour le public. Le juge Borins estime qu'en raison de considérations de principe, il serait erroné de statuer que la responsabilité délictuelle stricte de la Croix-Rouge canadienne est engagée du fait que M^{me} Walker a reçu du sang contaminé le 1^{er} octobre 1983.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (1999), 43 O.R. (3d) 461

La Cour d'appel rejette l'appel de la Croix-Rouge canadienne dans *Osborne* et *M*, mais accueille l'appel des Walker.

(1) L'appel de la Croix-Rouge canadienne dans *Osborne* et *M*

Comme la Croix-Rouge canadienne reconnaît qu'elle a une obligation de diligence envers les receveurs du sang et des produits sanguins qu'elle fournit, la question que doit trancher la Cour d'appel est de savoir quelle est la norme de diligence applicable.

Selon le juge de première instance, le dépliant du 1^{er} mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne ne satisfait pas à la norme de diligence applicable, compte tenu des pratiques en vigueur aux États-Unis. On soutient devant la Cour d'appel que le juge de première instance n'a pu raisonnablement parvenir à cette conclusion, car les deux seuls experts en médecine qui ont témoigné, soit Barker et Allen, ont déclaré que les mesures prises par la Croix-Rouge canadienne répondent à la norme de diligence applicable. Comme je l'ai déjà dit, selon le témoignage des experts en médecine, la question sur la « bonne santé » figurant dans le dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne remplace

alternative to asking symptom-specific questions to potential blood donors.

The Court of Appeal rejected that argument and held that the trial judge was entitled to conclude that the “good health” question was insufficient to meet the requisite standard of care (at p. 468):

[Borins J.’s] finding that the pamphlet was inadequate did not turn on any disagreement with the experts on a medical issue, but rather on his evaluation of whether the message conveyed by the pamphlet was sufficient to deter those at high risk of having the HIV virus from donating blood. The finding that the pamphlet did not meet that purpose turned on his evaluation of how that pamphlet would be read and understood by possible donors and not on the application of any medical expertise.

(2) The Walker Appeal

The trial judge declined to determine whether the CRCS had been negligent in the *Walker* case as the action failed on causation. The Court of Appeal did determine that issue. It found that the respondent CRCS was in breach of its duty of care because, during the relevant time frame, the CRCS failed to take adequate or any measures to screen persons known to pose a high risk of transmitting the HIV virus. The CRCS knew or ought to have known that its failure to implement adequate screening measures could result in the transmission of HIV infected blood to recipients.

The remaining issue was causation. The Court of Appeal overruled the trial judge on the ground that he was incorrect in dismissing that action on the failure to show causation. According to the trial judge, the Walkers bore the additional onus of showing that had proper screening measures been in place, Robert M. would have been deterred from donating. The Walkers’ claim failed at trial because they did not succeed in meeting this onus.

raisonnablement les questions portant précisément sur les symptômes qu’on aurait posées aux éventuels donneurs de sang.

La Cour d’appel rejette cet argument et dit que le juge de première instance pouvait conclure que la question sur la « bonne santé » était insuffisante pour satisfaire à la norme de diligence applicable (à la p. 468) :

[TRADUCTION] [L]a conclusion [du juge Borins] que le dépliant est inadéquat repose non pas sur une divergence d’opinion entre lui et les experts au sujet d’une question médicale, mais plutôt sur son appréciation de la question de savoir si le message que transmet le dépliant suffit pour dissuader les individus particulièrement vulnérables au VIH de donner du sang. La conclusion que le dépliant n’atteint pas cet objectif est fondée sur son appréciation de la façon dont les éventuels donneurs liraient et comprendraient ce dépliant, et non sur l’application d’une expertise médicale.

(2) L’appel Walker

Le juge de première instance refuse de trancher la question de savoir si la Croix-Rouge canadienne a été négligente dans l’affaire *Walker*, au motif qu’aucun lien de causalité n’a été établi. La Cour d’appel a, par contre, tranché cette question. Elle conclut que l’intimée la Croix-Rouge canadienne n’a pas respecté son obligation de diligence, car, au cours de la période visée, elle n’a pas pris de mesures convenables, ni même aucune mesure, pour filtrer les personnes dont le risque de transmission du VIH est élevé. La Croix-Rouge canadienne savait, ou aurait dû savoir, que du sang contaminé par le VIH risque d’être transmis à des receveurs du fait qu’elle n’a pas pris les mesures de sélection appropriées.

L’autre question litigieuse est celle du lien de causalité. La Cour d’appel infirme la décision du juge de première instance au motif qu’il a eu tort de rejeter cette action parce qu’aucun lien de causalité n’a été établi. Selon le juge de première instance, il incombe également aux Walker d’établir que si des mesures de sélection convenables avaient été prises, Robert M. aurait été exclu. L’action des Walker a été rejetée en première instance, car ils n’ont pas réussi à le prouver.

54

55

56

57

In allowing the *Walker* appeal, the Court of Appeal relied on *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634. In that case, it was found that the manufacturer, Dow, was negligent in failing to adequately warn doctors of the possibility that its breast implants could rupture. However, the plaintiff did not have to prove that if warned, the doctor would have communicated that warning to the plaintiff. La Forest J. stated at para. 60:

Simply put, I do not think a manufacturer should be able to escape liability for failing to give a warning it was under a duty to give, by simply presenting evidence tending to establish that even if the doctor had been given the warning, he or she would not have passed it on to the patient, let alone putting an onus on the plaintiff to do so. Adopting such a rule would, in some cases, run the risk of leaving the plaintiff with no compensation for her injuries. She would not be able to recover against a doctor who had not been negligent with respect to the information that he or she did have; yet she also would not be able to recover against a manufacturer who, despite having failed in its duty to warn, could escape liability on the basis that, had the doctor been appropriately warned, he or she still would not have passed the information on to the plaintiff. Our tort law should not be held to contemplate such an anomalous result. [Emphasis in original.]

58

The Court of Appeal applied the principles in *Hollis*, *supra*, to the *Walker* case. Given that the Walkers bore the onus of proving causation, it held that the necessary causal link was presumptively established once it was shown that the CRCS had failed in its duty to implement adequate donor screening measures at the time Robert M. donated the fatal HIV-tainted blood to the plaintiff Walker. There was no evidence of conduct on the part of Robert M. that would have made the CRCS's failure to adequately screen high risk donors irrelevant. It was not open to the CRCS to dislodge the presumptive causal link by showing that proper screening measures would have proved ineffective

En accueillant l'appel *Walker*, la Cour d'appel se fonde sur l'arrêt *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634, dans lequel notre Cour conclut que le fabricant, Dow, a fait preuve de négligence en omettant de convenablement mettre les médecins en garde contre la possibilité de rupture de ses implants mammaires. Cependant, la demanderesse n'était pas tenue d'établir que s'il avait été mis en garde, le médecin lui aurait communiqué cette mise en garde. Voici ce que dit le juge La Forest, au par. 60 :

En termes simples, j'estime qu'un fabricant ayant omis la mise en garde qu'il avait l'obligation de faire ne devrait pas pouvoir se dégager de sa responsabilité simplement par une preuve tendant à établir que même si le médecin avait reçu la mise en garde, il ne l'aurait pas transmise à son patient, et encore moins en imposant cette charge à la demanderesse. L'adoption d'une telle règle entraînerait, dans certains cas, le risque que la demanderesse ne soit pas indemnisée pour le préjudice subi. Elle n'aurait aucun recours contre un médecin qui n'aurait pas fait preuve de négligence en ce qui concerne les renseignements qu'il avait effectivement à sa disposition, et elle n'aurait non plus aucun recours contre un fabricant qui, même s'il a manqué à son obligation de mise en garde, pourrait échapper à sa responsabilité en faisant valoir que, si le médecin avait été adéquatement mis en garde, il n'aurait pas transmis l'information à la demanderesse. Notre droit de la responsabilité délictuelle ne devrait pas être interprété comme envisageant un résultat aussi inusité. [Souligné dans l'original.]

La Cour d'appel applique les principes de l'arrêt *Hollis*, précité, à l'affaire *Walker*. Ainsi, comme il incombe aux Walker d'établir le lien de causalité, elle conclut qu'on doit présumer que le lien causal nécessaire est établi une fois qu'il est démontré que la Croix-Rouge canadienne a manqué à son obligation de prendre des mesures convenables de sélection des donneurs à l'époque où Robert M. a fait le don de sang mortel contaminé par le VIH à la demanderesse Walker. Aucune preuve n'établit un comportement tel de la part de Robert M. qu'il aurait rendu non pertinente l'omission de la Croix-Rouge canadienne de filtrer convenablement les donneurs à risque élevé. La Croix-Rouge canadienne ne peut pas contester le lien causal présumé en établissant que des mesures de sélection conve-

in deterring Robert M. because of his own negligence.

The Court of Appeal concluded that had the trial judge applied the correct causal analysis, he would have found the necessary causal link and, given the Court of Appeal's finding of negligence, the appeal was allowed.

IV. Issues

A. *Standard of Care*

Did the Court of Appeal err in holding that the trial judge was correct to find that the CRCS May 1, 1984 pamphlet was inadequate in the *Osborne* and *M* appeals, despite the evidence of two medical experts to the contrary?

B. *Causation*

Did the Court of Appeal err in finding that the necessary causal link in the *Walker* appeal was presumptively established once it was shown that the CRCS had failed in its duty to implement adequate donor screening measures at the time of Robert M.'s donation and that it was not open to the CRCS to dislodge that presumptive causal link?

V. Analysis

A. *The AIDS Crisis*

The trial judge set out the history and the knowledge of AIDS that was developing in the United States to determine the standard of care required in safeguarding the Canadian blood supply (see paras. 134 to 152). A summary of which is useful to demonstrate the uniqueness of the time frame in these appeals, and to highlight the difference between the American and Canadian responses to the emerging AIDS crisis.

nables n'auraient pas suffi à dissuader Robert M. à cause de sa négligence.

La Cour d'appel conclut que si le juge de première instance avait appliqué la bonne analyse causale, il aurait conclu à l'existence du lien causal nécessaire, et, vu sa conclusion de négligence, accueille l'appel.

IV. Les questions en litige

A. *La norme de diligence*

La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant, dans le cadre des appels *Osborne* et *M*, que le juge de première instance avait eu raison de dire que le dépliant du 1^{er} mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne était inadéquat, malgré le témoignage contraire de deux experts en médecine?

B. *Le lien de causalité*

La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant, dans l'appel *Walker*, qu'on devait présumer que le lien causal nécessaire avait été établi une fois qu'il avait été démontré que la Croix-Rouge canadienne avait manqué à son obligation de prendre des mesures convenables de sélection des donneurs à l'époque où Robert M. a fait le don de sang en cause, et que la Croix-Rouge canadienne ne pouvait pas contester ce lien causal présumé?

V. L'analyse

A. *La crise du SIDA*

Le juge de première instance a décrit l'histoire et la connaissance du SIDA qui se développait aux États-Unis afin de déterminer la norme de diligence requise pour protéger les réserves sanguines canadiennes (voir par. 134-152). Il est utile de résumer cette description pour démontrer le caractère unique de la période visée par les pourvois et faire ressortir la différence entre les réactions américaine et canadienne face à la crise émergente du SIDA.

59

60

61

62

- 63 The first AIDS cases were diagnosed in North America in June and July of 1981. As more cases surfaced, it appeared that AIDS was especially prevalent among certain groups, namely homosexual males, intravenous drug users, and recently-immigrated Haitians. It was not until January 1984 that the medical community asserted with certainty that AIDS was transmissible by blood.
- 64 In July 1982, three cases of *Pneumocystis carinii* pneumonia were diagnosed in hemophiliacs, raising the possibility that AIDS might be blood borne.
- 65 In December 1982, the Centers for Disease Control and Prevention reported a case of “Possible Transfusion-Associated AIDS (TAA) — California”. In that case, an infant, who did not fit into any of the previously noted high risk categories for AIDS, received blood platelets from transfusions. The infant contracted AIDS and the transfusions he received became the focus of the medical community’s attention.
- 66 In January 1983, a Workgroup to Identify Opportunities for the Prevention of AIDS was convened. At that meeting, based on the emerging information about AIDS, a consensus was reached for the proposition that members of high risk groups for AIDS should somehow be excluded from donating blood. The report indicates that “no consensus was reached as to the best method for doing this”.
- 67 The Workgroup rejected the idea of screening out male homosexuals, as that procedure would be “intrusive”, “unethical” and might “institutionalize a stigma on groups already prone to prejudice and persecution”. Further, the Workgroup questioned whether such a procedure would be effective, given the possibility that many potential donors would be reluctant to disclose that they were
- Les premiers cas de SIDA ont été diagnostiqués en Amérique du Nord en juin et juillet 1981. Au fur et à mesure que d’autres cas faisaient surface, le SIDA paraissait particulièrement répandu au sein de certains groupes, soit les homosexuels, les consommateurs de drogues injectables et les immigrants haïtiens récents. Ce n’est qu’en janvier 1984 que la communauté médicale déclarait sans ambages que le SIDA était transmissible par le sang.
- En juillet 1982, trois cas de pneumonie à *Pneumocystis carinii* ont été diagnostiqués chez des hémophiles, ce qui soulevait la possibilité que le SIDA se transmette par le sang.
- En décembre 1982, les Centers for Disease Control and Prevention ont fait état d’un cas de [TRADUCTION] « SIDA possiblement lié à une transfusion — Californie ». Il s’agissait d’un bébé qui n’appartenait pas à l’une ou l’autre des catégories d’individus particulièrement vulnérables au SIDA déjà définies et qui avait reçu des plaquettes sanguines par transfusions. Le bébé a contracté le SIDA, et les transfusions qu’il a reçues sont devenues le centre d’attention de la communauté médicale.
- En janvier 1983, a lieu une réunion du groupe de travail chargé de trouver des moyens de prévenir le SIDA (*Workgroup to Identify Opportunities for the Prevention of AIDS*), au cours de laquelle il est décidé à l’unanimité, d’après les renseignements émergents sur le SIDA, de proposer que les personnes appartenant à des groupes particulièrement vulnérables au SIDA devraient par quelque moyen être exclus pour des dons de sang. Selon le rapport, [TRADUCTION] « il n’y a pas consensus quant à la meilleure méthode à appliquer pour atteindre cet objectif ».
- Le groupe de travail rejette l’idée d’exclure les hommes homosexuels, car une telle procédure serait [TRADUCTION] « indiscreète » et « contraire à l’éthique », et risquerait « d’institutionnaliser un stigmatisme que portent des groupes d’individus exposés aux préjugés et à la persécution ». En outre, il s’interroge sur l’efficacité d’une telle méthode, vu la possibilité que plusieurs éventuels donateurs

homosexual, or might conclude that they were not at risk for contracting or carrying the disease. No recommendations were made at this meeting on how to screen high risk donors.

On January 13, 1983, the ARC, the American Association of Blood Bankers, and the Council of Community Blood Banks issued a "Joint Statement on AIDS Related to Transfusion" ("Joint Statement"). The Joint Statement concluded that evidence was inconclusive that AIDS was transmissible by blood. It recommended more thorough screening for symptoms of AIDS in potential donors; however, it did not recommend that donors be screened on the basis of their sexual preference. It further noted that only 10 of 800 reported AIDS cases, diagnosed to date, were possibly blood-related, while approximately 10 million transfusions had been performed in the lapse of one year from 1982.

On March 4, 1983, the American Public Health Service Committee issued its promised recommendations for donor screening. The committee recommended that, prior to donating blood, donors be given pamphlets describing high risk groups so that they could self-screen based on the information in the pamphlets. The Bureau of Biologics of the Food and Drug Administration (FDA) recommended improved educational programs for blood bank personnel so that they could better assist donors in recognizing the symptoms of AIDS. These guidelines were promptly implemented by the ARC.

The ARC prepared a pamphlet in March 1983 for use at its donor clinics entitled "An important message to all blood donors".

Donors were required to sign an acknowledgment that they had read the ARC 1983 pamphlet concerning AIDS, and to acknowledge their under-

hésitent à révéler qu'ils sont homosexuels ou encore en arrivent à la conclusion qu'ils ne risquent pas de contracter ou porter la maladie. Aucune recommandation n'est faite à cette réunion sur la façon de filtrer les donneurs à risque élevé.

Le 13 janvier 1983, la Croix-Rouge américaine, l'American Association of Blood Bankers et le Council of Community Blood Banks font une déclaration conjointe sur le lien entre le SIDA et les transfusions sanguines (« la déclaration conjointe »). Selon cette déclaration conjointe, la preuve de transmission du SIDA par le sang n'est pas concluante. Elle recommande un examen plus poussé qui permettrait de déceler, le cas échéant, des symptômes du SIDA chez les éventuels donneurs; cependant, elle ne recommande pas que la sélection des donneurs soit fondée sur l'orientation sexuelle. Elle fait en outre remarquer que seuls dix des 800 cas de SIDA signalés jusque-là sont peut-être liés au sang, alors qu'environ dix millions de transfusions ont eu lieu l'année précédente.

Le 4 mars 1983, l'American Public Health Service Committee fait les recommandations promises en matière de sélection des donneurs. Il recommande qu'on remette aux donneurs, avant qu'ils ne donnent de leur sang, des dépliants décrivant les groupes à risque élevé, afin qu'ils puissent eux-mêmes juger s'ils peuvent donner du sang, d'après les renseignements contenus dans les dépliants. Le Bureau of Biologics de la Food and Drug Administration (FDA) recommande pour sa part qu'on améliore les programmes de formation des membres du personnel des banques de sang pour qu'ils soient plus en mesure d'aider les donneurs à reconnaître les symptômes du SIDA. La Croix-Rouge américaine suit sans délai ces lignes directrices.

La Croix-Rouge américaine publie en mars 1983 le dépliant « An important message to all blood donors » pour ses centres de collecte de sang.

Les donneurs doivent signer une attestation selon laquelle ils ont lu le dépliant de 1983 de la Croix-Rouge américaine au sujet du SIDA et

68

69

70

71

standing that members of high risk groups had been asked to refrain from donating blood.

B. *Canada's Response*

72 The CRCS's response to the Joint Statement of January 1983 is usefully compared to the ARC response. The CRCS became aware of the Joint Statement shortly after it was released. On February 7, 1983, the CRCS and the Canadian Hemophilia Society met. The latter recommended expanding the CRCS donor questionnaire to include "questions more specifically related to the symptomatology of AIDS" (para. 149 (emphasis deleted)).

73 On March 10, 1983, the National Office of the CRCS issued a press release advising "members of groups identified as high risk of carrying Acquired Immunodeficiency Syndrome (AIDS) not to give blood. These groups are: Patients diagnosed with AIDS, sexual partners of AIDS patients, persons with AIDS symptoms, sexually-active homosexual or bisexual men with multiple partners, recent Haitian immigrants, current or past drug abusers, and sexual partners of individuals at high risk for AIDS" (para. 147 (emphasis deleted)).

74 The CRCS also indicated it was to expand the steps taken to protect blood recipients from the possible transmission of AIDS through blood by expanding the current screening process for blood donors to include specific questions to detect potential donors with symptoms of AIDS or who might be carriers of AIDS. In the March 10, 1983 press release, the CRCS assured that it was "doing everything possible under current conditions of knowledge to protect recipients of blood and blood products from any possible threat to their health" and promised to "continue to monitor new developments, in association with other agencies in Canada and the United States, and [to] revise its

reconnaître qu'ils comprennent que les personnes appartenant à l'un ou l'autre des groupes à risque élevé sont invitées à s'abstenir de donner du sang.

B. *La réaction du Canada*

Il est utile de comparer la réaction de la Croix-Rouge canadienne à la déclaration conjointe de janvier 1983 à celle de la Croix-Rouge américaine. La Croix-Rouge canadienne est au courant de la déclaration conjointe peu après sa publication. Le 7 février 1983, a lieu une rencontre entre la Croix-Rouge canadienne et la Société canadienne de l'hémophilie. Cette dernière recommande qu'on ajoute au questionnaire de la Croix-Rouge canadienne [TRADUCTION] « des questions portant plus précisément sur la symptomatologie du SIDA » (par. 149 (soulignement omis)).

Le 10 mars 1983, le Bureau national de la Croix-Rouge canadienne émet un communiqué de presse informant les [TRADUCTION] « membres des groupes particulièrement vulnérables au syndrome d'immunodéficience acquis (SIDA) de ne pas donner de sang : les personnes qui ont reçu un diagnostic de SIDA, les partenaires sexuels des sidéens, les personnes présentant des symptômes du SIDA, les hommes homosexuels ou bisexuels ayant des rapports sexuels avec plusieurs partenaires, les Haïtiens récemment immigrés, les personnes qui ont consommé ou qui consomment actuellement de la drogue et les partenaires sexuels des personnes particulièrement vulnérables au SIDA » (par. 147 (soulignement omis)).

La Croix-Rouge canadienne fait aussi savoir qu'elle doit prendre des mesures supplémentaires pour protéger les receveurs de sang contre la transmission possible du SIDA par le sang en resserrant le processus de sélection des donneurs alors en vigueur de manière à y inclure des questions précises visant à filtrer les éventuels donneurs présentant des symptômes du SIDA ou susceptibles d'être porteurs de cette maladie. Dans le communiqué du 10 mars 1983, elle assure qu'elle [TRADUCTION] « fait tout son possible dans l'état actuel des connaissances pour protéger les receveurs de sang et de produits sanguins contre tout risque pour leur santé » et promet de « continuer à suivre

position promptly should medical or other scientific findings indicate that a different course of action is warranted” (para. 147 (emphasis deleted)).

It is significant to note that Borins J. stated at para. 148:

It is clear that in identifying “persons with AIDS symptoms” as a discrete high risk group, and in committing itself to extending its current donor screening process to “include specific questions to detect potential donors with symptoms of AIDS or who might be carriers of AIDS”, the CRCS had adopted the recommendations of the Joint Statement and the FDA, as reflected in ARC pamphlet.

On April 15, 1983, the National Advisory Committee and Blood Transfusion Services met. After what was described as a “spirited debate”, it was decided not to ask symptom-specific questions of potential donors, but instead to modify the existing donor questionnaire by adding the preamble with a “good health” aspect. The revised preamble read as follows (at para. 150):

Thank you for your gift of blood. In order to protect you and the recipient of your blood, it is important that you be in good health. Please read these questions carefully each time you give. If your answer is yes to any question, notify the nurse.

A yes answer does not necessarily disqualify you as a donor. [Emphasis added.]

The decision not to ask symptom-specific questions of potential donors was apparently made with disregard for the advice of the CRCS’s own medical staff. The Medical Directors of the CRCS met on March 24-25, 1983, where the general consensus reached was that it would be appropriate to ask donors symptom-specific questions. There was no satisfactory explanation as to why the National

le cours des événements, de concert avec d’autres organismes au Canada et aux États-Unis et [de] revoir sans délai sa position si des découvertes médicales ou d’autres découvertes scientifiques indiquent qu’un changement d’approche s’impose » (par. 147 (soulignement omis)).

Il importe de noter les propos du juge Borins (au par. 148) :

[TRADUCTION] En mettant les « personnes qui ont des symptômes du SIDA » dans un groupe à risque élevé distinct et en s’engageant à pousser plus loin sa méthode de sélection des donneurs de manière à « inclure des questions précises destinées à filtrer les éventuels donneurs présentant des symptômes du SIDA ou susceptibles d’être porteurs de cette maladie », la Croix-Rouge canadienne a adopté les recommandations de la déclaration conjointe et de la FDA, qui se retrouvent dans le dépliant de la Croix-Rouge américaine.

Le 15 avril 1983, le Comité consultatif national et les Services transfusionnels se réunissent. Après ce qui semble être un « débat animé », on décide de ne pas poser aux éventuels donneurs des questions portant précisément sur les symptômes, mais plutôt de modifier le questionnaire remis aux donneurs en y ajoutant le préambule comportant un aspect sur la « bonne santé ». Voici la version modifiée du préambule (au par. 150) :

Nous vous remercions de votre don de sang. Pour votre protection et celle des malades susceptibles de recevoir votre sang, il est essentiel que vous soyez en bonne santé. Veuillez lire attentivement les questions suivantes chaque fois que vous offrez votre sang. Si vous répondez oui à l’une des questions, allez voir l’infirmière. . .

Une réponse affirmative ne vous élimine pas nécessairement comme donneur. [Je souligne.]

La décision de ne pas poser de questions portant précisément sur les symptômes aux éventuels donneurs est, semble-t-il, prise sans égard à l’avis du personnel médical de la Croix-Rouge canadienne. Les directeurs médicaux de la Croix-Rouge canadienne se réunissent les 24 et 25 mars 1983; l’opinion générale est alors qu’il faudrait poser ces questions aux donneurs. On ne fournit aucune

75

76

77

Advisory Committee and Blood Transfusion Services decided not to follow the advice of its own medical staff, and instead retained the “good health” approach.

78 As early as April 1983, the CRCS also decided to implement a donor-screening pamphlet, albeit not symptom-specific. However, this was not done for over a year (May 1, 1984).

79 Finally, in November 1985, the CRCS revised its 1984 pamphlet to describe a typical member of the group of high-risk donors as a person who was “a male and [has] had sex with another male since 1977” (para. 144). The CRCS began testing all blood donations for the presence of HIV antibodies using the ELISA test in November 1985. In May 1986 the CRCS introduced the first brochure that asked symptom-specific questions about HIV.

C. Osborne and M

80 The issue is whether the trial judge was entitled to find that the donor screening procedures of the CRCS May 1984 pamphlet, which was in use when Everett made his blood donations on December 17, 1984 and March 25, 1985, were inadequate. The trial judge rejected the opinions of the only two experts who testified on this issue, Allen and Barker. As noted earlier, these experts testified that the “good health” question provided an adequate alternative to symptom-specific questions in the CRCS May 1984 pamphlet. The trial judge found that the CRCS’s “good health” questions were not an effective substitute for symptom-specific questions about AIDS as they were based on a false premise (at para. 160):

explication satisfaisante à l’égard de la décision du Comité consultatif national et des Services transfusionnels de ne pas suivre l’avis de leur propre personnel médical et d’adopter plutôt l’approche de la « bonne santé ».

Dès avril 1983, la Croix-Rouge canadienne décide également de publier un dépliant de sélection des donneurs, qui ne comporterait toutefois pas de questions précises sur les symptômes. Cependant, elle attend plus d’un an avant d’agir (1^{er} mai 1984).

Enfin, en novembre 1985, la Croix-Rouge canadienne révisé son dépliant de 1984 afin d’y décrire un membre type du groupe de donneurs à risque élevé comme étant tout [TRADUCTION] « homme qui a eu une relation sexuelle avec un autre homme depuis 1977 » (par. 144). En novembre 1985, à l’aide du test ELISA, elle commence à tester systématiquement les dons sanguins pour déterminer s’ils contiennent des anticorps anti-VIH. En mai 1986, elle lance le premier dépliant à poser des questions portant précisément sur des symptômes du VIH.

C. Osborne et M

La question litigieuse est de savoir si le juge de première instance pouvait conclure que les méthodes de sélection des donneurs suivies par la Croix-Rouge canadienne par voie du dépliant de mai 1984, utilisé à l’époque des dons de sang d’Everett du 17 décembre 1984 et du 25 mars 1985, sont insuffisantes. Le juge de première instance rejette les avis des deux seuls experts qui ont témoigné à ce sujet, Allen et Barker. Comme je l’ai déjà mentionné, ces experts ont témoigné que la question sur la « bonne santé » pouvait remplacer valablement des questions portant précisément sur les symptômes dans le dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne. Le juge de première instance conclut que les questions de la Croix-Rouge canadienne sur la « bonne santé » ne peuvent remplacer efficacement des questions portant précisément sur les symptômes du SIDA, car elles sont fondées sur une prémisse erronée (au par. 160) :

A donor cannot know if he or she is in “good health” unless told what would constitute “bad health” in the context of the *purpose* of the “good health” question. The American procedure did this by identifying the signs and symptoms of bad health from the perspective of the object it was seeking to achieve by donor screening. Nowhere is the false premise better illustrated than in the case of Everett, who had swollen lymph glands for several years. A person’s good health is often subjective. A person may experience a particular condition for a long period of time, but because of the long period during which he or she has experienced it, believe that it is his or her normal condition. Such a person may believe that he or she is in good health. This illustrates why a “good health” question is not a substitute for the symptom specific questions. [Emphasis in original.]

Borins J. found that the CRCS May 1984 pamphlet contained a basic contradiction (at para. 161):

On the one hand, donors were told not to donate if they were not “feeling generally well”. On the other hand, donors were told that “some apparently healthy persons” were infected with viruses. Yet other than indicating those people at high risk for AIDS, nothing was said about health indicators of HIV infection. To use a “good health” question and nothing more to ask a person if he believed he had AIDS, would have been like asking Mr. Osborne if he thought he had AGBS, without telling him its signs and symptoms.

I agree with the Court of Appeal in upholding the trial judge’s conclusions in the *Osborne* and *M* cases. The trial judge was not asked to assess complex scientific or highly technical matters. Simply, the issue was whether the general health question was sufficient to deter the infected donor from donating blood. The issue is not how an expert would respond to the donor screening questions in the questionnaire, but how a lay person would respond (see also *Ter Neuzen*, *supra*, at p. 701).

[TRADUCTION] Un donneur ne peut savoir s’il est en « bonne santé » à moins qu’on lui dise ce qui constituerait une « mauvaise santé » dans le contexte de l’objectif visé par la question sur la « bonne santé ». Or, c’est ce que fait la méthode américaine en décrivant les signes et symptômes d’une mauvaise santé du point de vue de l’objectif qu’elle visait à atteindre par la sélection des donneurs. Rien n’illustre mieux la prémisse erronée que le cas d’Everett, dont les ganglions lymphatiques avaient été enflés depuis plusieurs années. La bonne santé d’une personne est souvent subjective. Une personne peut avoir un état de santé particulier pendant longtemps, mais parce qu’elle se trouve dans cet état depuis si longtemps, elle peut croire qu’il s’agit de son état de santé normal. Il se peut qu’une telle personne se considère en bonne santé. Cela démontre qu’une question sur la « bonne santé » ne peut remplacer les questions portant précisément sur des symptômes. [En italique dans l’original.]

Le juge Borins conclut que le dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne comporte une contradiction fondamentale (au par. 161) :

[TRADUCTION] D’une part, on dit à l’éventuel donneur de s’abstenir de donner du sang s’il n’est pas certain « de [se] sentir bien ». D’autre part, on lui dit que « des personnes apparemment en bonne santé » peuvent être porteuses de virus. Pourtant, à part la mention des personnes particulièrement vulnérables au SIDA, on ne parle aucunement des indicateurs de santé permettant de détecter une infection par le VIH. Se contenter de poser une question sur la « bonne santé » pour savoir si la personne croit qu’elle a le SIDA équivaudrait à demander à M. Osborne s’il croyait avoir l’AGBS sans lui dire quels en sont les signes et les symptômes.

Je suis d’accord avec la Cour d’appel, qui a maintenu les conclusions du juge de première instance dans *Osborne* et *M*. On ne demandait pas au juge de première instance d’apprécier des questions scientifiques complexes ou extrêmement techniques. La question litigieuse qu’il devait trancher était simplement de savoir si la question sur l’état de santé général suffisait pour dissuader le donneur contaminé de donner de son sang. Il ne s’agit pas de savoir comment un expert répondrait aux questions de sélection des donneurs contenues dans le questionnaire, mais plutôt comment un profane y répondrait (voir également l’arrêt *Ter Neuzen*, précité, p. 701).

81

82

83 I agree with the reasoning of the Court of Appeal at p. 468:

Nor is the factual issue at the heart of Justice Borins' conclusion that the screening procedures followed by the CRCS were inadequate, one that fell within the exclusive domain of medical experts. His finding that the pamphlet was inadequate did not turn on any disagreement with the experts on a medical issue, but rather on his evaluation of whether the message conveyed by the pamphlet was sufficient to deter those at high risk of having the HIV virus from donating blood. The finding that the pamphlet did not meet that purpose turned on his evaluation of how that pamphlet would be read and understood by possible donors and not on the application of any medical expertise.

D. *Walker*

84 The Court of Appeal confirmed Borins J.'s finding on the issue of negligence but disagreed with him on the issue of causation. On the question of negligence the Court of Appeal stated at p. 471:

1. That the CRCS was in breach of its duty in failing, by September 1983, to have in place at its donor clinics a program designed to screen out individuals known to pose a high risk of transmitting the HIV virus; and
2. That the CRCS knew or ought to have known that its failure to implement adequate screening measures could result in the transmission of HIV-infected blood to innocent recipients such as Mrs. Walker.

85 The Court of Appeal relied on *Hollis, supra*, to determine causation on the basis that, as the Walkers bore the onus of proving causation, the necessary causal link was presumptively established once it was shown that the CRCS had failed in its duty to implement adequate donor screening measures when Robert M. donated the HIV-tainted blood that proved fatal to Walker. There was no evidence of extraneous conduct on the part of Robert M. which would have made the CRCS's failure to adequately screen high risk donors irrelevant. Therefore, they concluded that it was not open to

Je suis d'accord avec le raisonnement de la Cour d'appel (à la p. 468) :

[TRADUCTION] La question de fait au cœur de la conclusion du juge Borins que les méthodes de sélection de la Croix-Rouge canadienne sont inadéquates ne relève pas non plus exclusivement des experts médicaux. Sa conclusion que le dépliant est inadéquat repose non pas sur une divergence d'opinion entre lui et les experts au sujet d'une question médicale, mais plutôt sur son appréciation de la question de savoir si le message que transmet le dépliant suffit pour dissuader les individus particulièrement vulnérables au VIH de donner du sang. La conclusion que le dépliant n'atteint pas cet objectif est fondée sur son appréciation de la façon dont les éventuels donneurs liraient et comprendraient ce dépliant, et non sur l'application d'une expertise médicale.

D. *Walker*

La Cour d'appel confirme la conclusion du juge Borins en matière de négligence, mais n'est pas d'accord avec lui au sujet du lien de causalité. Voici ce qu'elle dit sur la question de la négligence (à la p. 471) :

[TRADUCTION]

1. la Croix-Rouge canadienne a manqué à son obligation, car elle n'avait pas établi à ses centres de collecte de sang, au mois de septembre 1983, un programme visant à filtrer les individus dont le risque de transmission du VIH est élevé;
2. la Croix-Rouge canadienne savait, ou aurait dû savoir, qu'en raison de son manquement à l'obligation de prendre les mesures de sélection appropriées du sang contaminé par le VIH risque d'être transmis à des innocents, comme M^{me} Walker.

La Cour d'appel se fonde sur *Hollis*, précité, pour trancher la question du lien de causalité déclarant que, comme il incombe aux Walkers d'établir le lien de causalité, on doit présumer que le lien causal nécessaire a été établi une fois qu'il a été démontré que la Croix-Rouge canadienne a manqué à son obligation de prendre des mesures convenables de sélection des donneurs à l'époque où Robert M. a fait le don de sang mortel contaminé par le VIH à Walker. Aucune preuve n'établit un comportement par ailleurs tel de la part de Robert M. qu'il aurait rendu non pertinente l'omis-

the CRCS to dislodge the presumptive causal link by showing that proper screening measures would have proved ineffective in deterring Robert M. on the basis of any extraneous conduct. On this point I respectfully disagree.

The law of torts may, from time to time, reflect policy considerations which can impact, in part, on the burden of proof in a negligence action. The Court of Appeal here in *Walker* relied on *Hollis* to determine causation on the basis of a presumptive causal link. In my opinion, *Walker* can be distinguished from *Hollis* as it does not involve the “learned intermediary” rule”. In *Hollis*, the manufacturer discharged its duty of care to the consumer through an informed intermediary. The manufacturer was entitled to rely on the assumption that the learned intermediary would discharge this duty of care, and, once it relied on this assumption, the causal link was presumptively established. This permissible delegation of responsibility and the resulting reliance supports a presumptive causal link. However, in *Walker* there is no “learned intermediary” and, as such, a rebuttable presumption of causation is an inappropriate standard to apply.

With respect to negligent donor screening, the plaintiffs must establish the duty of care and the standard of care owed to them by the CRCS. The plaintiffs must also prove that the CRCS caused their injuries. The unique difficulties in proving causation make this area of negligence atypical. The general test for causation in cases where a single cause can be attributed to a harm is the “but-for” test. However, the but-for test is unwork-

sion de la Croix-Rouge canadienne de filtrer convenablement les éventuels donneurs à risque élevé. La Cour d’appel a donc conclu que la Croix-Rouge canadienne ne pouvait pas contester le lien causal présumé en établissant que des mesures de sélection convenables n’auraient pas dissuadé Robert M., compte tenu de sa conduite par ailleurs. Je regrette de ne pouvoir souscrire à ce point de vue.

Le droit de la responsabilité civile délictuelle peut parfois refléter des considérations de principe susceptibles d’avoir une incidence, en partie, sur le fardeau de la preuve dans une action en négligence. La Cour d’appel s’est fondée, dans la présente affaire *Walker*, sur l’arrêt *Hollis* pour établir le lien de causalité sur la base du lien causal présumé. À mon avis, on peut distinguer l’affaire *Walker* de celle de *Hollis* vu qu’elle ne fait pas intervenir la « règle de l’intermédiaire compétent » ». Dans *Hollis*, le fabricant devait remplir son obligation de diligence envers le consommateur par l’entremise d’un intermédiaire compétent. Il avait le droit de supposer que l’intermédiaire compétent remplirait cette obligation de diligence, et s’il se fondait sur cette supposition, le lien causal était établi par présomption. Cette délégation de responsabilité autorisée et la supposition qui en résulte confirme la validité de la présomption d’un lien causal. Cependant, dans *Walker*, il n’y a pas d’« intermédiaire compétent » et la présomption réfutable de l’existence du lien de causalité n’est pas une norme appropriée.

En ce qui concerne la question de la négligence dans la sélection des donneurs, les demandeurs doivent établir l’obligation de diligence et la norme de diligence que la Croix-Rouge canadienne devait respecter à leur égard. Ils doivent également démontrer que la Croix-Rouge canadienne a causé leur préjudice. Les difficultés singulières que présente l’établissement du lien de causalité rendent atypique ce domaine de la négligence. Le critère général en matière de lien de causalité qu’il convient d’appliquer dans les cas où une cause unique peut être attribuée à un préjudice est le critère du facteur déterminant. Cependant, ce critère ne s’applique pas dans certaines situations,

able in some situations, particularly where multiple independent causes may bring about a single harm.

88 In cases of negligent donor screening, it may be difficult or impossible to prove hypothetically what the donor would have done had he or she been properly screened by the CRCS. The added element of donor conduct in these cases means that the but-for test could operate unfairly, highlighting the possibility of leaving legitimate plaintiffs uncompensated. Thus, the question in cases of negligent donor screening should not be whether the CRCS's conduct was a necessary condition for the plaintiffs' injuries using the "but-for" test, but whether that conduct was a sufficient condition. The proper test for causation in cases of negligent donor screening is whether the defendant's negligence "materially contributed" to the occurrence of the injury. In the present case, it is clear that it did. "A contributing factor is material if it falls outside the *de minimis* range" (see *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458, at para. 15). As such, the plaintiff retains the burden of proving that the failure of the CRCS to screen donors with tainted blood materially contributed to Walker contracting HIV from the tainted blood.

89 The trial judge found that the *Walker* action failed on causation because Robert M. was not deterred from donating blood when the CRCS May 1984 pamphlet was in existence. Borins J. stated at para. 41:

On the basis of the view that I hold of Robert M.'s evidence, I have reached the conclusion that if the CRCS had published an AIDS pamphlet in September 1983 which was similar to the May 1, 1984, pamphlet, and if it had been given to him on September 12, 1983 at the Manulife clinic, he would have donated blood. He would have done so because he was in good health and believed that his blood would be tested. I am satisfied that the May 1, 1984 brochure was available to him in

en particulier lorsque plusieurs causes distinctes peuvent donner lieu à un seul préjudice.

Dans les affaires de négligence dans la sélection des donneurs, il peut être difficile, voire impossible d'établir de façon hypothétique ce que le donneur aurait fait s'il avait été convenablement filtré par la Croix-Rouge canadienne. Vu l'élément supplémentaire de la conduite du donneur dans ces affaires, il se pourrait que le critère du facteur déterminant entraîne un résultat injuste, niant à des demandeurs légitimes toute indemnisation. En conséquence, la question à trancher dans les affaires de négligence en matière de sélection des donneurs ne consiste pas à déterminer, selon le critère du facteur déterminant, si la conduite de la Croix-Rouge canadienne est une condition nécessaire du préjudice des demandeurs, mais plutôt à savoir si cette conduite en est une condition suffisante. Le critère à appliquer au lien de causalité, en matière de négligence dans la sélection des donneurs, est de savoir si la négligence du défendeur a « contribué de façon appréciable » à la survenance du préjudice. En l'espèce, il est clair que c'est le cas. « Un facteur concourant est important s'il a eu une incidence plus que minimale » (voir *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458, par. 15). Il incombe donc toujours à la demanderesse d'établir que l'omission de la Croix-Rouge canadienne de filtrer les donneurs dont le sang était contaminé a contribué de façon appréciable au fait que M^{me} Walker a eu le VIH après avoir reçu du sang contaminé.

Le juge de première instance a conclu qu'il convenait de rejeter l'action *Walker* au regard du lien de causalité vu que Robert M. n'avait pas été dissuadé de donner de son sang, même après la publication du dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne. Voici ce que dit le juge Borins au par. 41 :

[TRADUCTION] Compte tenu de l'appréciation que j'ai faite du témoignage de Robert M., j'ai conclu que si la Croix-Rouge canadienne avait publié un dépliant sur le SIDA en septembre 1983 semblable à celui du 1^{er} mai 1984 et s'il lui avait été remis le 12 septembre 1983 au centre de collecte de sang du Centre Manulife, il aurait tout de même donné de son sang. Il l'aurait fait parce qu'il était en santé et croyait que son sang serait analysé. Je suis convaincu qu'on lui a remis le dépliant du

Montreal on at least some of the occasions he attended to make a donation, and that it did not deter him from donating blood at that clinic. This supports the view that I hold that if there had been a similar brochure available on September 12, 1983 at the Manulife clinic, it would not have deterred him on that occasion.

With respect, the trial judge asked himself the wrong question. Rather than asking whether Robert M. would have self-deferred or been excluded from donating blood on September 12, 1983 if he had seen the CRCS May 1984 pamphlet, he should have asked whether Robert M. would have self-deferred or been excluded if the CRCS had followed the appropriate standard of care as represented by the ARC March 1983 pamphlet. It is my opinion that the ARC March 1983 pamphlet represented the appropriate standard of care for a professional voluntary blood bank in North America at that time.

Borins J. noted the primacy of the ARC March 1983 pamphlet over the CRCS May 1984 pamphlet during a discussion of the standard of care to be used in the *Osborne* case. He noted that both pamphlets make reference to the newly described condition known as AIDS. However, the CRCS May 1984 pamphlet states that it is important that a donor be in “good health” and cautions the prospective donor to “be sure that you are feeling generally well”. However, the CRCS May 1984 pamphlet does not mention any signs or symptoms of AIDS. On the other hand, the ARC March 1983 pamphlet points out that although “some persons may feel in excellent health”, they may have viruses or infectious agents in their blood and informs donors that the ARC must rely on donors’ health histories to exclude individuals whose blood might contain AIDS. “The ARC then includes among the high risk groups those persons ‘with

1^{er} mai 1984 au moins à quelques occasions où il a donné du sang à Montréal et que cela ne l’a pas dissuadé de faire des dons de sang à ce centre de collecte. Cela confirme mon point de vue qu’un dépliant similaire qui lui aurait été remis le 12 septembre 1983 au centre de collecte du Centre Manulife ne l’aurait pas dissuadé de donner de son sang à cette occasion.

Avec égards, j’estime que le juge de première instance s’est posé la mauvaise question. En effet, au lieu de se demander si Robert M. se serait auto-exclu ou aurait été exclu le 12 septembre 1983 s’il avait vu le dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne, il aurait dû se demander si Robert M. se serait auto-exclu ou aurait été exclu si la Croix-Rouge canadienne avait suivi la norme de diligence appropriée, représentée par le dépliant de mars 1983 de la Croix-Rouge américaine. À mon avis, ce dépliant représentait la norme de diligence appropriée pour une banque professionnelle de dons bénévoles de sang en Amérique du Nord, à cette époque.

Le juge Borins souligne la qualité supérieure du dépliant de mars 1983 de la Croix-Rouge américaine comparativement à celui de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne dans l’analyse de la norme de diligence à appliquer dans *Osborne*. Il fait remarquer que les deux dépliants mentionnent la maladie récemment décrite qu’on appelait le SIDA. Cependant, celui de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne indique qu’il est essentiel que le donneur soit en « bonne santé » et avertit l’éventuel donneur qu’il doit « être certain de [se] sentir bien », sans mentionner de signes ou symptômes du SIDA. Par contre, le dépliant de mars 1983 de la Croix-Rouge américaine signale que, même si [TRADUCTION] « des personnes se sentent en excellente santé », il est possible qu’elles soient porteuses de virus ou d’autres agents infectieux dans leur sang, et il informe les donneurs que la Croix-Rouge américaine doit se fonder sur leurs antécédents de santé afin d’exclure les individus dont le sang peut être contaminé par le SIDA. [TRADUCTION] « La Croix-Rouge américaine inclut ensuite parmi les groupes à risque élevé le groupe des personnes “ayant des symptômes et signes qui semblent indiquer qu’elles sont atteintes du SIDA”,

90

91

signs and symptoms suggestive of AIDS’, and lists the signs and symptoms. . . .” (para. 143).

énumérant les signes et symptômes . . . » (par. 143).

92 Listing the signs and symptoms of AIDS in the CRCS May 1984 pamphlet (as was done in the ARC 1983 pamphlet) would not have excluded Robert M. as he had no signs or symptoms of AIDS on any occasion that he donated blood. Therefore, it is not surprising that the trial judge concluded at para. 45 that a donor screening programme which focussed on symptom-specific questions would not have deterred Robert M. from donating blood.

Une énumération des signes et symptômes du SIDA dans le dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne (comme dans celui de 1983 de la Croix-Rouge américaine) n’aurait pas exclu Robert M., car il ne présentait aucun signe ni symptôme du SIDA à l’une ou l’autre des occasions où il avait donné du sang. Il n’est donc pas surprenant que le juge de première instance ait conclu au par. 45 qu’un programme de sélection des donneurs axé sur des questions précisément liées à des symptômes n’aurait pas dissuadé Robert M. de donner du sang.

93 However, the true problem with the CRCS May 1984 pamphlet is the focus on being in “good health”, a focus which Borins J. found to be inadequate in the *Osborne* case. Borins J. found that Robert M. likely would have donated blood because he believed that he was in good health and believed that his blood would be tested (para. 41). The earlier ARC 1983 pamphlet makes it clear that some persons may feel in excellent health but may be carrying viruses.

Cependant, la véritable carence du dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne est qu’il est axé sur la « bonne santé », ce que le juge Borins estime peu satisfaisant dans *Osborne*. Le juge Borins conclut que Robert M. aurait probablement donné de son sang, car il se croyait en bonne santé et pensait que son sang serait analysé (par. 41). Le dépliant publié par la Croix-Rouge américaine en 1983 mentionne clairement que certaines personnes peuvent se sentir en excellente santé, mais être porteuses de virus.

94 Another important difference is that, according to the trial judge, while the ARC 1983 pamphlet is clearly focussed on the AIDS problem, the CRCS May 1984 pamphlet is not.

Une autre différence importante, selon le juge de première instance, est le fait que, contrairement au dépliant de 1983 de la Croix-Rouge américaine, celui de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne n’est pas clairement centré sur le problème du SIDA.

95 Borins J. noted at para. 155: “In my view, the CRCS has provided no credible explanation why it did not make any AIDS risk information available to donors at clinic sites before May, 1984”.

Le juge Borins souligne au par. 155 : [TRADUCTION] « À mon avis, l’explication de la Croix-Rouge canadienne quant à la raison pour laquelle elle n’a pas, avant mai 1984, mis à la disposition des donneurs aux centres de collecte de sang des renseignements sur le risque du SIDA n’est pas crédible ».

96 The trial judge applied the correct standard of care (the ARC 1983 pamphlet) in the *Osborne* action, but erred on the question of causation in the *Walker* action. The Court of Appeal seemed to rec-

Le juge de première instance a appliqué la norme de diligence appropriée (le dépliant de 1983 de la Croix-Rouge américaine) dans *Osborne*, mais il a commis une erreur sur la question du lien de

ognize this discrepancy in the trial judge's reasons. The Court of Appeal stated at pp. 474-75:

In coming to this conclusion, the trial judge placed considerable emphasis on the fact that Robert M. continued to donate blood after May 1, 1984, even though by that time, the CRCS had introduced a new pamphlet at its donor clinics which referred to AIDS and cautioned certain high risk donors, including homosexuals with multiple partners such as Robert M., not to donate blood.

Although the trial judge did not find that Robert M. had read the new pamphlet on any of the five occasions after May 1, 1984 when he donated blood, he concluded, at least implicitly, that even if he had, Robert M. would not have been deterred because of his mistaken belief that he could donate so long as he was in good health and that his blood would, in any event, be tested.

Much as the Walkers contest these findings, and questionable though they may be, we think they were available on the evidence and we are not in a position to interfere with them. What troubles us is not so much the findings of the trial judge as they relate to Robert M., but the further finding, implicit in his ultimate conclusion, that the donor screening measures implemented by the CRCS in May 1984 were adequate to prevent homosexual males with multiple partners, like Robert M., who did not have AIDS-specific symptoms, from donating blood.

Without going into detail, suffice it to say that, in our view, there are two constituent elements against which the adequacy of donor screening measures in place at CRCS clinics after May 1, 1984 should have been tested. The first, the informational component, involves a consideration of the nature and extent of the information made available to potential donors. The second, the awareness component, relates to the measures taken to ensure that this critical information is brought to the attention of potential donors and fully understood by them.

We do not propose to say more about the subject, other than to note that it would appear that the trial judge did not follow this approach. Had he done so, he may well have concluded that the donor screening measures implemented by the CRCS in May 1984 were

causalité dans *Walker*. La Cour d'appel semble reconnaître cette anomalie des motifs du juge de première instance (aux p. 474-475) :

[TRADUCTION] En parvenant à cette conclusion, le juge de première instance a beaucoup insisté sur le fait que Robert M. avait continué de donner du sang après le 1^{er} mai 1984, même si la Croix-Rouge canadienne avait alors commencé à utiliser dans ses centres de collecte de sang un nouveau dépliant qui mentionne le SIDA et invite certains donneurs à risque élevé, dont les homosexuels ayant plusieurs partenaires, tel Robert M., à s'abstenir de donner du sang.

Même si le juge de première instance n'a pas conclu que Robert M. avait lu le nouveau dépliant à l'une ou l'autre des cinq occasions où il a donné du sang après le 1^{er} mai 1984, il a conclu, du moins implicitement, que même s'il l'avait fait, Robert M. n'aurait pas été dissuadé vu qu'il croyait à tort qu'il pouvait donner du sang du moment qu'il était en bonne santé, et que son sang serait, de toute façon, analysé.

Bien que les Walkers contestent ces conclusions et bien qu'elles puissent être douteuses, nous estimons qu'elles sont fondées sur la preuve et que nous ne pouvons les infirmer. Ce ne sont pas tant les conclusions du juge de première instance relatives à Robert M. qui suscitent chez nous des réserves, mais plutôt la conclusion supplémentaire, qui découle implicitement de sa conclusion ultime, que les mesures de sélection des donneurs appliquées par la Croix-Rouge canadienne en mai 1984 étaient suffisantes pour empêcher les homosexuels ayant plusieurs partenaires, comme Robert M., qui ne présentaient pas de symptômes du SIDA, de donner du sang.

Sans entrer dans les détails, nous dirons simplement que, à notre avis, le caractère suffisant des mesures de sélection des donneurs en vigueur dans les centres de collecte de sang de la Croix-Rouge canadienne après le 1^{er} mai 1984 aurait dû être apprécié en fonction de deux éléments constituants. Le premier élément, soit la composante informationnelle, suppose l'examen de la nature et de la portée des renseignements fournis aux éventuels donneurs. Le second élément, soit la composante de la sensibilisation, porte sur les mesures prises pour que les éventuels donneurs prennent connaissance de ces renseignements cruciaux et les comprennent parfaitement.

Nous ne dirons rien d'autre à ce sujet, sinon que le juge de première instance paraît ne pas avoir suivi cette démarche. S'il l'avait fait, il aurait bien pu conclure que les mesures de sélection des donneurs prises par la Croix-Rouge canadienne en mai 1984 étaient insuffi-

inadequate and that proper screening measures would, more likely than not, have deterred Robert M. from donating. [Emphasis added.]

santes et que des mesures de sélection convenables auraient probablement dissuadé Robert M. de donner du sang. [Je souligne.]

97

Although the Court of Appeal declined to interfere with the findings of Borins J. on this issue, there is evidence in the record which demonstrates that the causal link was established. As stated above, the proper test for causation in negligent donor screening cases is whether the defendant's negligence materially contributed to the plaintiff's harm. Even using the strict but-for test, which is not required in these types of cases, causation is proved on the facts. The trial judge concluded, in response to a hypothetical question, that Robert M. would not have been deferred or excluded from donating blood on September 12, 1983 had he seen the CRCS May 1, 1984 pamphlet. That would not have been the case had Robert M. seen the ARC 1983 pamphlet. Robert M. told the trial judge that had he seen, or been given, information on AIDS and the four high risk categories of people who were requested not to donate blood, he would have raised the issue with a nurse, since he fit into one of the risk groups — homosexual males who have multiple partners. The trial judge disbelieved him, expressing the thought that Robert M. did not raise the issue because he considered himself to be in good health. This was the very misconception which the CRCS's May 1, 1984 pamphlet failed to warn against, while the ARC 1983 pamphlet did so expressly.

Bien que la Cour d'appel ait refusé d'infirmes les conclusions du juge Borins sur cette question, il ressort de la preuve au dossier que le lien causal avait été établi. Comme il a déjà été mentionné, le critère à appliquer au lien de causalité en matière de négligence dans la sélection des donneurs est de savoir si la négligence de la défenderesse a contribué de façon appréciable au préjudice du demandeur. Même si on applique le critère strict du facteur déterminant, ce qui n'est pas nécessaire dans ces types d'affaires, le lien de causalité est établi d'après les faits. Le juge de première instance a conclu, en réponse à une question hypothétique, que Robert M. n'aurait pas été dissuadé ou empêché de donner du sang le 12 septembre 1983 s'il avait vu le dépliant du 1^{er} mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne. Ce n'aurait pas été le cas s'il avait vu le dépliant de 1983 de la Croix-Rouge américaine. Il a dit au juge de première instance que s'il avait vu ou si on lui avait fourni des renseignements sur le SIDA et les quatre catégories de personnes à risque élevé à qui on demandait de s'abstenir de donner du sang, il se serait informé auprès de l'infirmière, étant donné qu'il appartenait à l'un des ces groupes, soit les homosexuels ayant plusieurs partenaires. Le juge de première instance ne l'a pas cru, disant que Robert M. n'a pas soulevé la question, car il se considérait en bonne santé. C'est précisément contre cette idée fausse que le dépliant du 1^{er} mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne n'a pas fait de mise en garde, alors que le dépliant de 1983 de la Croix-Rouge américaine le faisait expressément.

98

As a result, the CRCS's appeal in the *Walker* action should be dismissed. The Court of Appeal erred in this case by imposing liability on the basis of an inference of causation. When the proper standard of care is applied in this appeal (that is, the requirements of the ARC pamphlet of March 1983) the causal link is established.

Le pourvoi de la Croix-Rouge canadienne dans l'action *Walker* est donc rejeté. La Cour d'appel a commis une erreur en l'espèce en attribuant la responsabilité d'après une inférence de causalité. En effet, en appliquant la norme de diligence appropriée dans le pourvoi, soit les exigences du dépliant de mars 1983 de la Croix-Rouge américaine, on établit le lien causal.

99

I adopt the reasoning of Sopinka J. in *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, where he considered

J'adopte le raisonnement du juge Sopinka dans *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, dans lequel il

the causation requirement with respect to malpractice cases at pp. 326-27:

The question that this Court must decide is whether the traditional approach to causation is no longer satisfactory in that plaintiffs in malpractice cases are being deprived of compensation because they cannot prove causation where it in fact exists.

Causation is an expression of the relationship that must be found to exist between the tortious act of the wrongdoer and the injury to the victim in order to justify compensation of the latter out of the pocket of the former. Is the requirement that the plaintiff prove that the defendant's tortious conduct caused or contributed to the plaintiff's injury too onerous? Is some lesser relationship sufficient to justify compensation? I have examined the alternatives arising out of the *McGhee* [[1973] 1 W.L.R. 1] case. They were that the plaintiff simply prove that the defendant created a risk that the injury which occurred would occur. Or, what amounts to the same thing, that the defendant has the burden of disproving causation. If I were convinced that defendants who have a substantial connection to the injury were escaping liability because plaintiffs cannot prove causation under currently applied principles, I would not hesitate to adopt one of these alternatives. In my opinion, however, properly applied, the principles relating to causation are adequate to the task. Adoption of either of the proposed alternatives would have the effect of compensating plaintiffs where a substantial connection between the injury and the defendant's conduct is absent. Reversing the burden of proof may be justified where two defendants negligently fire in the direction of the plaintiff and then by their tortious conduct destroy the means of proof at his disposal. In such a case it is clear that the injury was not caused by neutral conduct. It is quite a different matter to compensate a plaintiff by reversing the burden of proof for an injury that may very well be due to factors unconnected to the defendant and not the fault of anyone. [Emphasis added.]

Although the trial judge rejected Robert M.'s evidence and found that he tried his best to avoid acknowledging that he received, and read, the CRCS May 1984 pamphlet available in the Montreal clinic, that was the wrong question for the trial

examine l'exigence en matière de lien de causalité dans les affaires de faute professionnelle (aux p. 326-327) :

La question que notre Cour doit trancher est de savoir si la façon traditionnelle d'aborder la causalité n'est plus satisfaisante du fait que les demandeurs dans les affaires de faute professionnelle sont privés d'indemnisation parce qu'ils sont incapables de démontrer l'existence du lien de causalité lorsqu'il existe effectivement.

La causalité est une expression du rapport qui doit être constaté entre l'acte délictueux et le préjudice subi par la victime pour justifier l'indemnisation de celle-ci par l'auteur de l'acte délictueux. L'exigence que le demandeur démontre que la conduite délictueuse du défendeur a causé le préjudice du demandeur ou y a contribué est-elle trop onéreuse? Un rapport moins important est-il suffisant pour justifier une indemnisation? J'ai examiné les possibilités qui découlent de l'arrêt *McGhee* [[1973] 1 W.L.R. 1]. Le demandeur devait simplement démontrer que le défendeur avait créé un risque que le préjudice qui s'est produit se produise. Ou, ce qui revient au même, le défendeur avait le fardeau de réfuter l'existence du lien de causalité. Si j'étais convaincu que des défendeurs qui ont un lien important avec le préjudice subi échappaient à toute responsabilité parce que les demandeurs sont dans l'impossibilité de démontrer l'existence du lien de causalité en vertu des principes qui sont actuellement appliqués, je n'hésiterais pas à adopter une de ces solutions. Toutefois, j'estime que, s'ils sont bien appliqués, les principes relatifs à la causalité fonctionnent adéquatement. L'adoption de l'une ou l'autre des solutions proposées aurait pour effet d'indemniser le demandeur en l'absence d'un rapport important entre le préjudice subi et la conduite du défendeur. Le renversement du fardeau de la preuve peut être justifié lorsque deux défendeurs ont, par négligence, fait feu dans la direction du demandeur et lorsque leur conduite délictueuse élimine ensuite les moyens de preuve dont il dispose. Dans un tel cas, il est clair que le préjudice n'a pas été causé par une conduite neutre. Il en va tout à fait différemment pour ce qui est d'indemniser un demandeur par le renversement du fardeau de la preuve en ce qui a trait à un préjudice qui peut très bien découler de facteurs qui ne sont pas reliés au défendeur et qui ne résultent de la faute de personne. [Je souligne.]

Bien que le juge de première instance ait rejeté le témoignage de Robert M. et conclu qu'il avait tenté de son mieux d'éviter de reconnaître qu'il avait reçu et lu le dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne qui était disponible au

judge to ask. The proper question is whether Robert M. would have been excluded had he been shown the ARC 1983 pamphlet, which meets the appropriate standard of care. It is worth noting that there is no suggestion of malicious conduct on the part of Robert M. such that he was incapable of being screened as a blood donor.

VI. Disposition

101 The CRCS's appeals of the *Osborne, M* and *Walker* actions are dismissed with costs. The hospitals named in the style of cause are not parties in these actions.

Appeals dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: MacMillan Rooke Boeckle, Toronto.

Solicitors for the respondents Walker et al.: Hodgson, Tough, Shields, DesBrisay, O'Donnell, Toronto.

Solicitors for the respondents Osborne et al.: Hodgson, Tough, Shields, DesBrisay, O'Donnell, Toronto.

Solicitor for the respondents A.A.M. et al.: Kenneth Arenson, Toronto.

centre de collecte de sang de Montréal, il n'a pas posé la bonne question : Robert M. aurait-il été exclu si on lui avait montré le dépliant de 1983 de la Croix-Rouge américaine, qui satisfait à la norme de diligence appropriée? Notons que rien n'indique de la part de Robert M. une conduite à ce point malveillante qu'il n'aurait pas pu être écarté par le processus de sélection des donneurs de sang.

VI. Le dispositif

Les pourvois de la Croix-Rouge canadienne dans *Osborne, M* et *Walker* sont rejetés avec dépens. Les hôpitaux nommés dans l'intitulé de la cause ne sont pas parties aux pourvois.

Pourvois rejetés avec dépens.

Procureurs de l'appelante : MacMillan Rooke Boeckle, Toronto.

Procureurs des intimés Walker et autres : Hodgson, Tough, Shields, DesBrisay, O'Donnell, Toronto.

Procureurs des intimés Osborne et autres : Hodgson, Tough, Shields, DesBrisay, O'Donnell, Toronto.

Procureur des intimés A.A.M. et autres : Kenneth Arenson, Toronto.

TAB 2

Dow Corning Corporation *Appellant*

v.

Susan Hollis and John Robert Birch *Respondents*

INDEXED AS: HOLLIS v. DOW CORNING CORP.

File No.: 23776.

1995: February 2; 1995: December 21.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Torts — Manufacturers' duty to warn — Learned intermediary — Breast implant ruptured — Patient not previously warned by doctor of post-surgical risks or of possibility of implant rupture — Whether or not manufacturer had duty to warn patient and/or doctor — Whether or not principles of learned intermediary affecting duty of manufacturer to warn patient directly.

Torts — Causation — Whether subjective or objective test to patient's decision to undergo surgery knowing risks — Whether manufacturer entitled to escape liability on what doctor would have done if properly warned.

Practice — Appellate court powers — Finding of fact — Whether finding of fact can be made by appeal court or whether matter should be referred to trial court.

In 1983, Ms. Hollis, on the advice of her surgeon (Dr. Birch), underwent breast implant surgery to correct a congenital deformity. She was not warned by him of the risks of post-surgical complications or of the possibility that the implants might rupture inside her body. In 1984, after further surgery and an examination by Dr. Birch, who gave the opinion that there was no problem with her breasts, Ms. Hollis began a baker's course which required vigorous upper body movement. In 1985, Ms. Hollis noticed a lump in her right breast and began to feel pain there as well as in her right side. She attended another surgeon, Dr. Quayle, who operated to remove

Dow Corning Corporation *Appelante*

c.

Susan Hollis et John Robert Birch *Intimés*

RÉPERTORIÉ: HOLLIS c. DOW CORNING CORP.

N° du greffe: 23776.

1995: 2 février; 1995: 21 décembre.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

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

Responsabilité délictuelle — Obligation de mise en garde du fabricant — Intermédiaire compétent — Rupture d'un implant mammaire — Omission par le médecin de mettre la patiente en garde contre les risques de complications postopératoires ou la possibilité de rupture de l'implant — Le fabricant avait-il l'obligation de mettre la patiente et/ou le médecin en garde? — Les principes de l'intermédiaire compétent modifient-ils l'obligation du fabricant de mettre la patiente en garde directement?

Responsabilité délictuelle — Causalité — Doit-on appliquer le critère subjectif ou objectif à la décision du patient de subir une opération chirurgicale en étant informé des risques? — Le fabricant peut-il échapper à toute responsabilité du fait de ce que le médecin aurait fait s'il avait été adéquatement mis en garde?

Pratique — Pouvoirs de la cour d'appel — Conclusion de fait — La cour d'appel peut-elle tirer une conclusion de fait ou l'affaire doit-elle être renvoyée en première instance?

En 1983, sur les conseils de son chirurgien (Dr Birch), M^{me} Hollis a subi une implantation de prothèses mammaires pour corriger une malformation congénitale. Le chirurgien ne l'a pas mise en garde contre les risques de complications postopératoires et ne l'a pas avertie de la possibilité d'une rupture interne des implants. En 1984, après une deuxième opération et un examen par le Dr Birch, lequel n'a diagnostiqué aucun problème, M^{me} Hollis a commencé à suivre un cours de boulangerie, qui l'obligeait à remuer énergiquement le torse et les bras. En 1985, M^{me} Hollis a remarqué la présence d'une masse au sein droit et a commencé à ressentir une dou-

the implant. He discovered that the left implant was intact but that the right implant had ruptured. Dr. Quayle removed the gel from the right implant but could not find the envelope. After the removal of the breast implants, Ms. Hollis' physical condition worsened. A visit to a third surgeon in 1987 resulted in Ms. Hollis' undergoing a successful subcutaneous mastectomy on both breasts and opting for a new, different model of breast implants.

Dr. Birch received little warning from the implant manufacturer as to the possibility of the implants' rupturing. Even as early as 1979, Dow was aware that implant ruptures could cause adverse reactions in the body arising from loose gel. While the 1985 warning referred to the dangers of "enlarged lymph nodes, scar formation, inflammation" and the potential, after a rupture, for "distant migration of the gel", the 1976 and 1979 warnings made no reference to any such potential consequences. Nor did these earlier warnings make reference to rupture occurring from anything less than "abnormal squeezing or trauma".

Ms. Hollis brought action in 1989 against Dow, Dow's Canadian agent, Dr. Birch and Dr. Quayle. At trial, she successfully claimed against Dow for the negligent manufacture of the breast implant and was awarded damages and costs; her other claims were dismissed. A majority of the Court of Appeal overturned the finding that Dow had negligently manufactured the implant, but dismissed the appeal on the ground that Dow had failed to warn Ms. Hollis adequately concerning the risks of rupture. A majority of the Court of Appeal allowed Ms. Hollis' appeal from the dismissal of her action against Dr. Birch and ordered a new trial in respect of that claim. The sole issue here is whether the Court of Appeal erred in finding Dow liable to the Ms. Hollis for failing to warn Dr. Birch adequately of the risk of a post-surgical implant rupture.

Held (Sopinka and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: A manufacturer of a product has a duty in tort to warn consumers of dangers it knows or ought to

leur dans cette région ainsi qu'au côté droit. Elle est allée consulter un autre chirurgien, le Dr Quayle, qui a procédé à l'enlèvement chirurgical de la prothèse. Il a découvert que la prothèse gauche était intacte mais qu'il y avait eu rupture de la prothèse droite. Le Dr Quayle a enlevé le gel mais n'a pu trouver l'enveloppe. Après l'enlèvement des prothèses mammaires, l'état de M^{me} Hollis s'est détérioré. Après avoir consulté un troisième chirurgien en 1987, M^{me} Hollis a subi une mastectomie sous-cutanée bilatérale bien réussie et a accepté l'implantation de deux prothèses mammaires d'une forme et d'un modèle différents des prothèses originales.

Le Dr Birch n'a reçu que peu d'information de la part du fabricant quant au risque de rupture de l'implant. Même dès 1979, Dow savait qu'une rupture des prothèses pouvait causer sur l'organisme des réactions indésirables résultant de la diffusion du gel. Alors que la mise en garde de 1985 évoquait les dangers tels une «adénopathie, la formation de cicatrices, une réaction inflammatoire» et la possibilité, après rupture, de «projection du gel à distance», les mises en garde de 1976 et de 1979 ne faisaient aucune mention de ces conséquences possibles. Ces premières mises en garde ne mentionnaient pas non plus la rupture due à un facteur moins important qu'«une pression anormale ou un traumatisme».

En 1989, M^{me} Hollis a intenté une action contre Dow, son agent canadien, le Dr Birch et le Dr Quayle. Au procès, elle a allégué avec succès la négligence de Dow dans la fabrication de la prothèse, de sorte que Dow a été condamnée à lui verser des dommages-intérêts ainsi que les dépens; ses autres demandes ont été rejetées. La Cour d'appel a écarté à la majorité la conclusion selon laquelle Dow avait fait preuve de négligence dans la fabrication de la prothèse, mais elle a rejeté l'appel pour le motif que Dow n'avait pas adéquatement mis M^{me} Hollis en garde contre les risques de rupture. Toujours à la majorité, la Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès concernant l'action de M^{me} Hollis contre le Dr Birch, qui avait été rejetée. La seule question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en tenant Dow responsable envers M^{me} Hollis pour n'avoir pas adéquatement mis en garde le Dr Birch contre le risque de rupture postopératoire de l'implant.

Arrêt (les juges Sopinka et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci: En droit de la responsabilité délictuelle, le fabricant d'un produit a le devoir de mettre les

know are inherent in the product's use. This duty is a continuing one, requiring manufacturers to warn not only of dangers known at the time of sale, but also of dangers discovered after the product has been sold and delivered. All warnings must be reasonably communicated, and must clearly describe any specific dangers that arise from the ordinary use of the product. The duty to warn serves to correct the knowledge imbalance between manufacturers and consumers by alerting consumers to any dangers and allowing them to make informed decisions concerning the safe use of the product. The nature and scope of this duty varies with the level of danger entailed by the ordinary use of the product. In the case of medical products, the standard of care to be met by manufacturers in ensuring that consumers are properly warned is necessarily high.

The principles underlying the doctrine of "informed consent" apply to the relationship between manufacturers of medical products and consumers. The manufacturer-consumer relationship, unlike the doctor-patient relationship, is characterized primarily by a lack of direct communication which creates a relationship of complete dependency between manufacturer and patient. Manufacturers, therefore, can be reasonably required to make clear, complete and current informational disclosure to consumers concerning the risks inherent in the ordinary use of their products. A high standard for disclosure protects public health and yet does not place an onerous burden on manufacturers.

The "learned intermediary" rule applies where an intermediate inspection of the product is anticipated because the product is highly technical in nature or where a consumer is placing primary reliance on the judgment of a "learned intermediary" and not the manufacturer. In such cases, a warning to the ultimate consumer may not be necessary and the manufacturer may satisfy its duty to warn the ultimate consumer by warning the learned intermediary of the risks inherent in the use of the product. This rule generally applies either where a product is highly technical in nature and is intended to be used only under the supervision of experts, or where the nature of the product is such that the consumer will not realistically receive a direct warning from the manufacturer before using the product. The rule, which is in essence an application of the common law principle of intermediate examination and intervening cause, is an exception to the general manufacturer's

consommateurs en garde contre les dangers inhérents à son utilisation, dont il est ou devrait être au courant. Il s'agit là d'une obligation constante, qui oblige les fabricants à prévenir les utilisateurs non seulement des dangers connus au moment de la vente, mais également de ceux qui sont découverts après l'achat et la livraison du produit. Toutes les mises en garde doivent être communiquées de façon raisonnable et doivent exposer clairement les dangers précis découlant de l'utilisation normale du produit. L'obligation de mise en garde vient corriger le déséquilibre des connaissances entre le fabricant et les consommateurs en prévenant ces derniers de l'existence d'un danger et en leur permettant de prendre des décisions éclairées concernant l'utilisation sécuritaire du produit. La nature et l'étendue de cette obligation varient selon le danger découlant de l'utilisation normale du produit. Dans le cas de produits médicaux, la norme de diligence à laquelle les fabricants doivent satisfaire en matière de mise en garde adéquate des consommateurs est forcément élevée.

Les principes qui sous-tendent la théorie du «consentement éclairé» sont applicables à la relation entre les fabricants de produits médicaux et les consommateurs. Contrairement à la relation médecin-patient, la relation fabricant-consommateur se caractérise principalement par une absence de communication directe qui crée une relation de totale dépendance entre le fabricant et le patient. Il est par conséquent raisonnable d'exiger que les fabricants divulguent aux consommateurs des renseignements clairs, complets et à jour concernant les risques inhérents à l'utilisation normale de leurs produits. Une norme élevée en matière de divulgation protège la santé publique et n'impose pas aux fabricants un fardeau onéreux.

La règle de l'«intermédiaire compétent» s'applique lorsqu'une inspection intermédiaire du produit est prévisible parce qu'il s'agit d'un produit à forte teneur technique ou que la confiance du consommateur repose principalement sur le jugement d'un «intermédiaire compétent» et non sur le fabricant. En pareil cas, il peut ne pas être nécessaire de mettre en garde le consommateur final, et le fabricant peut s'acquitter de son obligation à son égard en avertissant l'intermédiaire compétent des risques inhérents à l'utilisation du produit. De façon générale, la règle s'applique soit dans le cas d'un produit à forte teneur technique, destiné à être utilisé uniquement sous la surveillance d'experts, soit dans le cas d'un produit tel qu'il n'est pas réaliste de penser que le consommateur recevra une mise en garde directe du fabricant avant de l'utiliser. La règle, qui est essentiellement une application des principes en common law de l'examen intermédiaire et de la cause intermédiaire, est

duty to warn the consumer and operates to discharge the manufacturer's duty to the ultimate consumer, who has a right to full and current information about any risks inherent in the ordinary use of the product. The rule presumes that the intermediary is "learned", i.e., fully apprised of the risks associated with the use of the product. Accordingly, the manufacturer can only be said to have discharged its duty to the consumer when the intermediary's knowledge approximates that of the manufacturer. To allow manufacturers to claim the benefit of the rule where they have not fully warned the physician would undermine the policy rationale for the duty to warn, which is to ensure that the consumer is fully informed of all risks. Since the manufacturer is in the best position to know the risks attendant upon the use of its product and is also in the best position to ensure that the product is safe for normal use, the primary duty to give a clear, complete, and current warning must fall on its shoulders.

The "learned intermediary" rule is applicable in the context of this case. Dow's warning to the surgeon here was inadequate, however. There was sufficient evidence on the record to allow the Court of Appeal to make a full and proper re-assessment of the duty to warn issue without sending the case back to trial. While appellate courts are generally, and justifiably, wary of making findings of fact without having the advantage of seeing and hearing testimony first-hand, such concerns do not arise here because the bulk of the critical evidence adduced at trial was documentary, not testimonial.

The earlier warnings given the medical profession by the manufacturer implied that rupture would occur only in extreme cases of violent impact. The 1985 warning, however, made it clear that a patient who received an implant would have to consider altering her lifestyle to avoid rupture. A more accurate warning could quite reasonably have affected Ms. Hollis' choice of professional and her resulting exposure to unnecessary risk.

Dow knew or should have known of the risks referred to in the 1985 warning when the surgery was performed in 1983. Between 1976 and 1984, Dow received 78 field reports from doctors of post-operative "unexplained"

une exception à l'obligation générale du fabricant de mettre le consommateur en garde, et vient relever le fabricant de son obligation envers le consommateur final, qui a le droit de recevoir une information complète et à jour concernant les risques inhérents à l'utilisation normale du produit. La règle présume que l'intermédiaire est «compétent», c'est-à-dire qu'il est pleinement au fait des risques associés à l'utilisation du produit. Par conséquent, on ne peut dire que le fabricant s'est acquitté de son obligation envers le consommateur que lorsque le degré de connaissance de l'intermédiaire se rapproche de celui du fabricant. Permettre aux fabricants d'invoquer le bénéfice de la règle dans les cas où ils n'ont pas pleinement mis le médecin en garde saperait le fondement même de l'obligation de mise en garde, qui consiste à faire en sorte que le consommateur soit pleinement informé de tous les risques. Étant donné que c'est le fabricant qui est le mieux en mesure de connaître les risques que présente l'utilisation de ses produits, et aussi le mieux en mesure de s'assurer que leur utilisation normale est sans danger, c'est sur lui que doit retomber l'obligation première de faire une mise en garde claire, complète et à jour.

La règle de l'«intermédiaire compétent» est applicable dans le contexte de la présente affaire. La mise en garde faite par Dow au chirurgien n'était cependant pas adéquate. Il y avait une preuve suffisante au dossier pour permettre à la Cour d'appel de procéder légitimement et pleinement à une nouvelle appréciation de la question de l'obligation de mise en garde, sans qu'il soit nécessaire de renvoyer le tout en première instance. Même si les juridictions d'appel sont en général, et de façon compréhensible, réticentes à tirer des conclusions de fait sans avoir l'avantage de voir et d'entendre elles-mêmes les témoins, la présente espèce ne soulève pas de considérations de ce genre puisque l'essentiel de la preuve cruciale présentée au procès était de nature documentaire et non testimoniale.

Alors que les mises en garde antérieures faites au corps médical laissaient entendre que la rupture ne survenait que dans les cas extrêmes d'impact violent, celle de 1985 faisait clairement comprendre que la patiente recevant une prothèse devait envisager de modifier son mode de vie afin d'éviter tout risque de rupture. On peut raisonnablement penser qu'une mise en garde plus adéquate aurait influencé le choix de la profession de Mme Hollis et, partant, son exposition à un risque inutile.

Dow connaissait ou aurait dû connaître les risques évoqués dans la mise en garde de 1985 lorsque l'opération chirurgicale a été pratiquée en 1983. Entre 1976 et 1984, Dow a reçu 78 rapports de médecins concernant

ruptures occurring in its implants. It had a duty to convey its findings concerning both the "unexplained" rupture phenomenon and the possible harm caused by loose gel inside the body to the medical community much sooner than it did. Since implants are surgically placed inside the human body, and given that any defects in these products will obviously have a highly injurious effect on the user, the onus on Dow to be forthcoming with information was extremely high throughout the relevant period. The duty to warn is a continuing one and manufacturers of potentially hazardous products have an obligation to keep doctors abreast of developments even if they do not consider those developments to be conclusive.

Arguments based upon the assumption that Dow only had the obligation to warn once it had reached its own definitive conclusions with respect to the cause and effect of the "unexplained" ruptures necessarily failed. This assumption has no support in the law of Canada. Although the number of ruptures was statistically small over the relevant period and the cause of the ruptures was unknown, Dow had an obligation to take into account the seriousness of the risk posed by a potential rupture to each user of its implant. Indeed, it is precisely because the ruptures were "unexplained" that Dow should have been concerned. Certainly, it would not have been onerous for Dow to have included an update in their product inserts to the effect that "unexplained" ruptures had been reported which were not attributable to surgical procedures, and a list of the possible side-effects of such ruptures.

With respect to causation, the subjective test (established in *Buchan*) as to whether or not the patient would have undergone the surgery if fully informed was adopted. The most serious concern raised about its application is that the plaintiff, with the benefit of hindsight, will always claim that she would not have used the product if she had been properly warned. In a suit against a manufacturer for failure to warn, this concern can be adequately addressed at the trial level through cross-examination and through a proper weighing by the trial judge of the relevant testimony. A manufacturer of products cannot be considered coterminous with a physician whose duty is to give the best medical advice and service possible to a patient in a specific context. A manufacturer, given the greater likelihood to overvalue a product and underemphasize its risk, should from a policy perspective be held to a strict standard of warning consumers of dangerous side effects to these prod-

des ruptures postopératoires «inexpliquées» de ses prothèses. Elle avait l'obligation de transmettre au corps médical, beaucoup plus tôt qu'elle ne l'a fait, ses constatations concernant tant le phénomène de la rupture «inexpliquée» que le dommage susceptible d'être causé par la diffusion de gel dans l'organisme. Compte tenu du fait que les prothèses sont implantées chirurgicalement à l'intérieur du corps humain, et que tout défaut de ces produits aura de toute évidence un effet hautement dommageable sur la porteuse, le fardeau qui incombait à Dow quant à la divulgation franche de l'information était extrêmement élevé tout au long de la période pertinente. L'obligation de mise en garde est une obligation continue et les fabricants de produits potentiellement dangereux ont l'obligation de tenir les médecins au courant de tout élément nouveau, même de ceux qu'ils ne considèrent pas concluants.

Les arguments qui postulent que Dow n'avait une obligation de mise en garde qu'après avoir tiré ses propres conclusions définitives quant à la cause et à l'effet des ruptures «inexpliquées» ne sauraient être retenus. Ce postulat n'a aucun fondement en droit canadien. Bien que le nombre de ruptures ait été statistiquement faible pendant la période pertinente, et que leur cause ait été inconnue, il incombait à Dow de tenir compte de la gravité du risque que présentait pour chacune des porteuses une rupture possible de sa prothèse. D'ailleurs, c'est précisément parce que les ruptures étaient «inexpliquées» que Dow aurait dû s'en préoccuper. À n'en pas douter, il ne lui aurait pas été difficile d'inclure dans la documentation technique une mise à jour faisant état des cas signalés de ruptures «inexpliquées» non attribuables à l'intervention chirurgicale et dressant la liste des effets secondaires possibles de telles ruptures.

Pour ce qui est de la causalité, le critère subjectif (énoncé dans l'arrêt *Buchan*) pour déterminer si le patient aurait accepté de subir une opération chirurgicale s'il avait été pleinement informé des risques est adopté. La plus importante préoccupation que soulève l'application de ce critère est que la demanderesse, avec le recul, prétendra toujours qu'elle n'aurait pas utilisé le produit si on l'avait mise en garde de manière adéquate. Il est possible, dans le cas d'une poursuite contre un fabricant pour défaut de mise en garde, d'y répondre adéquatement en première instance par voie de contre-interrogatoire et par la juste appréciation par le juge des témoignages pertinents. Le devoir du fabricant de produits ne peut être considéré comme coïncidant avec celui du médecin, qui est de donner à son patient, dans un contexte donné, les meilleurs conseils et services médicaux possibles. Le fabricant, étant donné qu'il y a une plus grande probabilité que la valeur du produit soit exagérée

ucts. There is no reason, as in the case of a doctor, to modify the usual approach to causation followed in other tortious actions. Indeed the imbalance of resources and information between the manufacturer and the patient, and even the doctor, weighs in the opposite direction. Sufficient evidence was adduced here to satisfy the subjective test.

While some ambiguity existed as to Dr. Birch's warning practices in 1983, Dow cannot argue on this basis that no direct causal link existed between its breach of duty and the injuries suffered by the plaintiff. It is true that had Dr. Birch been adequately warned and not passed on the information to Ms. Hollis, Dow would have been absolved of liability by virtue of the learned intermediary doctrine. It does not follow from this, however, that, for Dow to be liable, Ms. Hollis must now establish that Dr. Birch would have informed her if he had known. To require her to do so would be to ask her to prove a hypothetical situation relating to her doctor's conduct — a situation only brought about by Dow's failure to perform its duty. While the legal and persuasive onus in a negligence case generally falls on the plaintiff, the plaintiff is not required to prove a hypothetical situation of this kind.

The victim's power of proof is seriously undermined if called upon to prove what a doctor would have done in a hypothetical situation. The governing principle in a case of this nature is informed consent, namely, the right of the patient to be fully informed by the manufacturer of all material risks associated with the use of a medical product. This right to informed consent was not respected in this case. Dow's failure to warn was a cause of her injury; whether Dr. Birch's actions in the hypothetical situation posited by Dow might also have been a cause is not a matter for Ms. Hollis to prove. Ms. Hollis, who was in a position of great informational inequality with respect to both the manufacturer and the doctor, played no part in creating the set of causal conditions leading to her injury. Justice dictates that she should not be penalized for the fact that had the manufacturer actually met its duty to warn, the doctor still might have been at fault.

et les risques minimisés, devrait, sur le plan des principes, être assujéti à une norme stricte en ce qui concerne les mises en garde contre les effets secondaires dangereux de ces produits. Il n'y a aucune raison, comme dans le cas du médecin, de modifier la conception de la causalité généralement appliquée en matière de responsabilité délictuelle. En fait, l'inégalité des ressources et de l'information entre le fabricant et le patient, voire le médecin, pointe dans la direction opposée. Il y avait une preuve suffisante en l'espèce pour satisfaire au critère subjectif.

Bien qu'il y ait une certaine ambiguïté concernant la pratique suivie en 1983 par le Dr Birch en matière de mise en garde, Dow ne peut, sur ce fondement, faire valoir qu'il n'y a pas de lien de causalité direct entre son manquement à l'obligation de mise en garde et le préjudice subi par la demanderesse. Si le Dr Birch avait reçu une mise en garde adéquate mais ne l'avait pas transmise à M^{me} Hollis, Dow aurait certes été exonérée de toute responsabilité conformément à la théorie de l'intermédiaire compétent. On ne peut en déduire toutefois que, pour engager la responsabilité de Dow, M^{me} Hollis doit maintenant établir que le Dr Birch l'aurait informée s'il avait été lui-même mis au courant. L'obliger à établir cette preuve serait lui demander de faire la preuve d'une situation hypothétique relativement au comportement de son médecin, situation résultant du manquement de Dow à son obligation. Si, dans une affaire de négligence, la charge ultime et de persuasion incombe généralement au demandeur, celui-ci n'est pas tenu de prouver une situation hypothétique de ce genre.

Les moyens de preuve à la disposition de la victime sont gravement affaiblis si elle est appelée à démontrer ce qu'un médecin aurait fait dans une situation hypothétique. Le principe directeur dans une affaire de ce type est le consentement éclairé, c'est-à-dire le droit du patient d'être pleinement informé par le fabricant de tous les risques importants associés à l'utilisation d'un produit médical. Ce droit au consentement éclairé n'a pas été respecté en l'espèce. Le manquement de Dow à son obligation de mise en garde a été une cause du préjudice qu'elle a subi; que les agissements du Dr Birch dans la situation hypothétique posée par Dow puissent également avoir été une cause, ce n'est pas à elle de l'établir. En position de grande inégalité sur le plan de l'information par rapport tant au fabricant qu'au médecin, M^{me} Hollis n'a aucunement contribué à créer la série de conditions causales ayant mené au préjudice. L'intérêt de la justice commande qu'elle ne soit pas pénalisée pour le fait que, si le fabricant avait effectivement rempli son obligation de mise en garde, le médecin aurait encore pu être en faute.

A manufacturer should not be able to escape liability for failing to give a warning it was under a duty to give by simply presenting evidence tending to establish that even if the doctor had been given the warning, he or she would not have passed it on to the patient, let alone putting an onus on the plaintiff to do so. Adopting such a rule would, in some cases, run the risk of leaving the plaintiff with no compensation for her injuries. She would not be able to recover against a doctor who had not been negligent with respect to the information that he or she did have; yet she also would not be able to recover against a manufacturer who, despite having failed in its duty to warn, could escape liability on the basis that, had the doctor been appropriately warned, he or she still would not have passed the information on to the plaintiff. Our tort law should not be held to contemplate such an anomalous result.

Per Sopinka and McLachlin JJ. (dissenting): La Forest J.'s analysis of the principles relating to the duty to warn, and in particular the way the learned intermediary principles apply, were agreed with.

The subjective test put forward in *Buchan v. Ortho Pharmaceutical (Canada) Ltd.* places no reliance on evidence as to what a reasonable woman would do and also fails to take into account the inherent unreliability of the plaintiff's self-serving assertion. The most reliable approach in determining what would in fact have occurred is to test the plaintiff's assertion by reference to objective evidence as to what a reasonable person would have done. This difficult question of fact, notwithstanding the test adopted, should be determined at trial and not on appeal. The test for determining the same issue should not be different for the physician and the manufacturer.

To establish liability, the plaintiff must show not only a breach of duty by the defendant, but also that the breach in question was the cause of the plaintiff's injury. Here, Ms. Hollis must show that her doctor would have warned her of any dangers that had been brought to his attention and that if warned she would have refused the operation. Absent this form of proof, it cannot be said with any degree of certainty that the failure of Dow to warn physicians was the cause of the injuries suffered. The absence of cause cannot be finessed by sweeping it under the apportionment rug.

Un fabricant ayant omis la mise en garde qu'il avait l'obligation de faire ne devrait pas pouvoir se dégager de sa responsabilité simplement par une preuve tendant à établir que même si le médecin avait reçu la mise en garde, il ne l'aurait pas transmise à son patient, et encore moins en imposant cette charge à la demanderesse. L'adoption d'une telle règle entraînerait, dans certains cas, le risque que la demanderesse ne soit pas indemnisée pour le préjudice subi. Elle n'aurait aucun recours contre un médecin qui n'aurait pas fait preuve de négligence en ce qui concerne les renseignements qu'il avait effectivement à sa disposition, et elle n'aurait non plus aucun recours contre un fabricant qui, même s'il a manqué à son obligation de mise en garde, pourrait échapper à sa responsabilité en faisant valoir que, si le médecin avait été adéquatement mis en garde, il n'aurait pas transmis l'information à la demanderesse. Notre droit de la responsabilité délictuelle ne devrait pas être interprété comme envisageant un résultat aussi inusité.

Les juges Sopinka et McLachlin (dissidents): L'analyse que le juge La Forest fait des principes relatifs à l'obligation de mise en garde, et tout particulièrement de la façon dont les principes relatifs à l'intermédiaire compétent s'appliquent, est acceptée.

Le critère subjectif proposé dans l'arrêt *Buchan c. Ortho Pharmaceutical (Canada) Ltd.* ne repose aucunement sur une preuve de ce qu'une femme raisonnable ferait et ne tient pas compte du manque de fiabilité inhérente de toute déclaration intéressée de la demanderesse. La méthode la plus fiable pour déterminer ce qui se serait vraiment produit consiste à examiner l'affirmation de la demanderesse en fonction d'une preuve matérielle de ce qu'une personne raisonnable aurait fait. Cette question de fait difficile, peu importe le critère adopté, doit être tranchée en première instance et non en appel. Il n'y a aucun motif d'appliquer, relativement à une même question, un critère différent pour le médecin et pour le fabricant.

Pour établir la responsabilité, le demandeur doit démontrer non seulement que le défendeur a manqué à son obligation, mais aussi que ce manquement a été la cause du préjudice qu'il a subi. En l'espèce, M^{me} Hollis doit établir que son médecin l'aurait mise en garde contre les risques dont il aurait été informé et qu'elle aurait refusé l'opération si elle avait été mise en garde. Sans cette preuve, on ne peut affirmer avec certitude que l'omission de mise en garde des médecins par Dow a été la cause du préjudice dont elle a été victime. On ne peut faire abstraction de l'absence de causalité en l'escamotant sous la question du partage de la responsabilité.

The cases referred to by La Forest J. with respect to reversal or relaxation of the burden of proof with respect to causation do not support treating causation as irrelevant. In any event the cases referred to do not support reversing the burden of proof in this case or, if they did, the issue of causation would not be resolved. There was abundant evidence to raise the issue of causation which should be weighed by the trial judge at a new trial.

A new trial should be ordered when disposing of an appeal on a legal basis that was not dealt with or resolved at trial and where crucial findings of fact concerning that issue were not made by the trial judge. A court of appeal is extremely reluctant to assume the role of the trial judge in making factual findings essential to resolving an issue. More importantly, there is considerable support for the view that the party affected is entitled to a new trial virtually as of right.

An appellate court may be in as good a position as a trial judge to make a factual finding in the following limited circumstances: (i) the trial judge has made the necessary findings albeit in respect of a different legal issue, or it can be safely assumed from findings actually made that but for the error of law the necessary findings would have been made; (ii) the evidence is not in dispute or conflict and no issue of credibility is involved; (iii) special circumstances exist in which the parties urge the appellate court to make necessary findings of fact. No circumstances were present which would bring this case within these criteria and this Court was clearly not in as good a position as the trial judge to make the requisite findings.

In addition to addressing issues relating to the duty, factual issues needed to be decided. No findings were made at trial as to whether Ms. Hollis would have consented to the operation, even if properly warned and as to whether Dr. Birch's conduct would have been the same whether or not Dow was in breach of the duty to warn. In the absence of a finding in this Court that evidence was lacking to raise the issues or that a weighing of the evidence cannot resolve the matter, a new trial would enable the trial judge to carry out this function. In any event, a new trial will be held with respect to Dr. Birch, and the judgment of this Court will not put an end

Les arrêts qu'invoquent le juge La Forest pour ce qui est de l'inversion ou de l'assouplissement du fardeau de la preuve en matière de causalité ne justifient pas de considérer la causalité comme non pertinente. Quoi qu'il en soit, les arrêts invoqués n'appuient pas l'inversion du fardeau de la preuve en l'espèce ou, s'ils l'appuient, cela ne permettrait pas de résoudre la question de la causalité. Il existait amplement d'éléments de preuve pour soulever la question de la causalité, qui devrait être examinée par le juge de première instance dans le cadre d'un nouveau procès.

Il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès dans les cas où la cour d'appel est appelée à trancher un appel fondé sur une question de droit qui n'a été ni examinée ni tranchée en première instance et où le juge de première instance n'a pas tiré de conclusions de fait importantes sur cette question. La cour d'appel hésitera grandement à assumer le rôle du juge de première instance pour tirer des conclusions de fait essentielles au règlement d'une question. Fait encore plus important, beaucoup s'entendent pour dire que la partie lésée a droit à un nouveau procès pratiquement de plein droit.

Une cour d'appel est en aussi bonne position que le juge de première instance pour tirer une conclusion de fait dans certaines circonstances: (i) le juge de première instance a tiré les conclusions nécessaires, mais relativement à une question de droit différente, ou encore on peut supposer sans risque, à partir des conclusions effectivement tirées, que le juge de première instance aurait tiré les conclusions nécessaires n'eût été l'erreur de droit; (ii) les éléments de preuve ne sont pas contestés ni contradictoires et aucune question de crédibilité n'a été soulevée; (iii) il existe des circonstances spéciales qui font que les parties exhortent la cour d'appel à tirer les conclusions de fait nécessaires. Il n'existe en l'espèce aucune circonstance de la nature de celles qui ont été énumérées et notre Cour n'est clairement pas en aussi bonne position que le juge de première instance pour tirer les conclusions requises.

Outre des questions relatives à l'obligation, des questions de fait doivent être résolues. Au procès, aucune conclusion n'a été tirée sur la question de savoir si Mme Hollis aurait consenti à l'opération, même si elle avait reçu une mise en garde adéquate, et si le comportement du Dr Birch aurait été le même, que Dow ait ou non manqué à son obligation de mise en garde. Faute d'une conclusion par notre Cour qu'il n'y avait pas de preuve permettant de soulever ces questions ou qu'une appréciation de la preuve ne peut trancher l'affaire, un nouveau procès permettrait au juge de première instance de s'acquitter de cette tâche. Il y aura de toute façon un

to the litigation. This Court should not decide the issue because a subsequent trial judge would then not be able to decide otherwise. Finally, under the *Negligence Act*, where damage or loss is caused by the fault of two or more persons, liability for the damage should be apportioned in accordance with the degrees of fault.

Cases Cited

By La Forest J.

Approved: *Buchan v. Ortho Pharmaceutical (Canada) Ltd.* (1986), 12 O.A.C. 361; **considered:** *Cook v. Lewis*, [1951] S.C.R. 830; **referred to:** *Lambert v. Lastoplex Chemicals Co.*, [1972] S.C.R. 569; *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189; *Setrakov Construction Ltd. v. Winder's Storage & Distributors Ltd.* (1981), 11 Sask. R. 286; *Meilleur v. U.N.I.-Crete Canada Ltd.* (1985), 32 C.C.L.T. 126; *Skelhorn v. Remington Arms Co.* (1989), 69 Alta. L.R. (2d) 298; *McCain Foods Ltd. v. Grand Falls Industries Ltd.* (1991), 116 N.B.R. (2d) 22; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Shandloff v. City Dairy*, [1936] 4 D.L.R. 712; *Arendale v. Canada Bread Co.*, [1941] 2 D.L.R. 41; *Zeppa v. Coca-Cola Ltd.*, [1955] 5 D.L.R. 187; *Rae and Rae v. T. Eaton Co. (Maritimes) Ltd.* (1961), 28 D.L.R. (2d) 522; *Heimler v. Calvert Caterers Ltd.* (1975), 8 O.R. (2d) 1; *Hopp v. Lepp*, [1980] 2 S.C.R. 192; *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880; *Ciarlariello v. Schacter*, [1993] 2 S.C.R. 119; *Schloendorff v. Society of New York Hospital*, 105 N.E. 92 (1914); *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772 (1972); *Sterling Drug, Inc. v. Cornish*, 370 F.2d 82 (1966); *Reyes v. Wyeth Laboratories*, 498 F.2d 1264 (1974), *cert. denied* 419 U.S. 1096 (1974); *Schenebeck v. Sterling Drug, Inc.*, 423 F.2d 919 (1970); *Hoffman v. Sterling Drug, Inc.*, 485 F.2d 132 (1973); *Dunkin v. Syntex Laboratories, Inc.*, 443 F.Supp. 121 (1977); *Lindsay v. Ortho Pharmaceutical Corp.*, 637 F.2d 87 (1980); *Timm v. Upjohn Co.*, 624 F.2d 536 (1980), *cert. denied* 449 U.S. 1112 (1981); *Stanback v. Parke, Davis and Co.*, 657 F.2d 642 (1981); *Walker v. Merck & Co.*, 648 F.Supp. 931 (1986), *aff'd* 831 F.2d 1069 (1987); *Plummer v. Lederle Laboratories*, 819 F.2d 349 (1987); *Davidson v. Connaught Laboratories* (1980), 14 C.C.L.T. 251; *Holmes v. Ashford*, [1950] 2 All E.R. 76; *MacDonald v. Ortho Pharmaceutical Corp.*, 475 N.E.2d 65 (1985), *cert. denied* 474 U.S. 250 (1985); *Prudential Trust Co. v. Forseth*, [1960] S.C.R. 210; *Davie Shipbuilding Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 F.C. 461; *Nova, An Alberta Corporation v. Guelph Engineering Co.* (1989),

nouveau procès concernant le Dr Birch et le présent arrêt ne mettra pas un terme au litige. Notre Cour ne doit pas trancher la question car un juge de première instance ne pourrait pas, dans un nouveau procès, arriver à une conclusion contraire. Enfin, en vertu de la *Negligence Act*, dans le cas où le préjudice ou la perte est imputable à la faute d'au moins deux personnes, il faut départager la responsabilité conformément au degré de faute.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêt approuvé: *Buchan c. Ortho Pharmaceutical (Canada) Ltd.* (1986), 12 O.A.C. 361; **arrêt examiné:** *Cook c. Lewis*, [1951] R.C.S. 830; **arrêts mentionnés:** *Lambert c. Lastoplex Chemicals Co.*, [1972] R.C.S. 569; *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189; *Setrakov Construction Ltd. c. Winder's Storage & Distributors Ltd.* (1981), 11 Sask. R. 286; *Meilleur c. U.N.I.-Crete Canada Ltd.* (1985), 32 C.C.L.T. 126; *Skelhorn c. Remington Arms Co.* (1989), 69 Alta. L.R. (2d) 298; *McCain Foods Ltd. c. Grand Falls Industries Ltd.* (1991), 116 R.N.-B. (2d) 22; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Shandloff c. City Dairy*, [1936] 4 D.L.R. 712; *Arendale c. Canada Bread Co.*, [1941] 2 D.L.R. 41; *Zeppa c. Coca-Cola Ltd.*, [1955] 5 D.L.R. 187; *Rae and Rae c. T. Eaton Co. (Maritimes) Ltd.* (1961), 28 D.L.R. (2d) 522; *Heimler c. Calvert Caterers Ltd.* (1975), 8 O.R. (2d) 1; *Hopp c. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192; *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880; *Ciarlariello c. Schacter*, [1993] 2 R.C.S. 119; *Schloendorff c. Society of New York Hospital*, 105 N.E. 92 (1914); *Canterbury c. Spence*, 464 F.2d 772 (1972); *Sterling Drug, Inc. c. Cornish*, 370 F.2d 82 (1966); *Reyes c. Wyeth Laboratories*, 498 F.2d 1264 (1974), *cert. refusé* 419 U.S. 1096 (1974); *Schenebeck c. Sterling Drug, Inc.*, 423 F.2d 919 (1970); *Hoffman c. Sterling Drug, Inc.*, 485 F.2d 132 (1973); *Dunkin c. Syntex Laboratories, Inc.*, 443 F.Supp. 121 (1977); *Lindsay c. Ortho Pharmaceutical Corp.*, 637 F.2d 87 (1980); *Timm c. Upjohn Co.*, 624 F.2d 536 (1980), *cert. refusé* 449 U.S. 1112 (1981); *Stanback c. Parke, Davis and Co.*, 657 F.2d 642 (1981); *Walker c. Merck & Co.*, 648 F.Supp. 931 (1986), *conf. par* 831 F.2d 1069 (1987); *Plummer c. Lederle Laboratories*, 819 F.2d 349 (1987); *Davidson c. Connaught Laboratories* (1980), 14 C.C.L.T. 251; *Holmes c. Ashford*, [1950] 2 All E.R. 76; *MacDonald c. Ortho Pharmaceutical Corp.*, 475 N.E.2d 65 (1985), *cert. refusé* 474 U.S. 250 (1985); *Prudential Trust Co. c. Forseth*, [1960] R.C.S. 210; *Davie Shipbuilding Ltd. c. La Reine* [1984] 1 C.F. 461; *Nova, An Alberta Corporation c. Guelph Engineering Co.* (1989),

70 Alta. L.R. (2d) 97; *McCue v. Norwich Pharmacal Co.*, 453 F.2d 1033 (1972); *Hamilton v. Hardy*, 549 P.2d 1099 (1976).

By Sopinka J. (dissenting)

Buchan v. Ortho Pharmaceutical (Canada) Ltd. (1986), 12 O.A.C. 361; *Cobbs v. Grant*, 502 P.2d 1 (1972); *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880; *Cook v. Lewis*, [1951] S.C.R. 830; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *McGhee v. National Coal Board*, [1973] 1 S.L.T.R. 14; *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, [1988] A.C. 1074; *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; *Koschman v. Hay* (1977), 17 O.R. (2d) 557; *Chan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 3 S.C.R. 593; *Davie Shipbuilding Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 F.C. 461; *Jardine v. Northern Co-operative Timber and Mill Association*, [1945] 1 W.W.R. 533; *Nova, An Alberta Corporation v. Guelph Engineering Co.* (1989), 70 Alta. L.R. (2d) 97; *Glow v. Paquin*, [1932] 1 W.W.R. 737; *Patterson v. Township of Aldborough* (1913), 11 D.L.R. 437; *Colautti Construction Ltd. v. City of Ottawa* (1984), 9 D.L.R. (4th) 265; *Bank of Nova Scotia v. Dunphy Leasing Enterprises Ltd.* (1991), 83 Alta. L.R. (2d) 289; *Fitz Randolph v. Fitz Randolph* (1918), 41 D.L.R. 739; *McCarroll v. Powell*, [1955] 4 D.L.R. 631; *Hunt v. MacLeod Construction Co.*, [1958] S.C.R. 737.

Statutes and Regulations Cited

Negligence Act, R.S.B.C. 1979, c. 298, s. 2.
Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1979, c. 370.

Authors Cited

Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 7th ed. By the late Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.
Fleming, John G. *The Law of Torts*, 8th ed. Sydney: Law Book Co., 1992.
McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, 3rd ed. By Edward W. Cleary, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1984.
Peppin, Patricia. "Drug/Vaccine Risks: Patient Decision-Making and Harm Reduction in the Pharmaceutical Company Duty to Warn Action" (1991), 70 *Can. Bar Rev.* 473.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 1, 103 D.L.R. (4th) 520, 48 W.A.C. 108, [1993] 6 W.W.R. 609, 16 C.C.L.T. (2d) 140, ordering a new trial (with respect to John Robert Birch) and dis-

70 Alta. L.R. (2d) 97; *McCue c. Norwich Pharmacal Co.*, 453 F.2d 1033 (1972); *Hamilton c. Hardy*, 549 P.2d 1099 (1976).

Citée par le juge Sopinka (dissident)

Buchan c. Ortho Pharmaceutical (Canada) Ltd. (1986), 12 O.A.C. 361; *Cobbs c. Grant*, 502 P.2d 1 (1972); *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880; *Cook c. Lewis*, [1951] R.C.S. 830; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *McGhee c. National Coal Board*, [1973] 1 S.L.T.R. 14; *Wilsher c. Essex Area Health Authority*, [1988] A.C. 1074; *Just c. British Columbia*, [1989] 2 R.C.S. 1228; *Koschman c. Hay* (1977), 17 O.R. (2d) 557; *Chan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 3 R.C.S. 593; *Davie Shipbuilding Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 C.F. 461; *Jardine c. Northern Co-operative Timber and Mill Association*, [1945] 1 W.W.R. 533; *Nova, An Alberta Corporation c. Guelph Engineering Co.* (1989), 70 Alta. L.R. (2d) 97; *Glow c. Paquin*, [1932] 1 W.W.R. 737; *Patterson c. Township of Aldborough* (1913), 11 D.L.R. 437; *Colautti Construction Ltd. c. City of Ottawa* (1984), 9 D.L.R. (4th) 265; *Bank of Nova Scotia c. Dunphy Leasing Enterprises Ltd.* (1991), 83 Alta. L.R. (2d) 289; *Fitz Randolph c. Fitz Randolph* (1918), 41 D.L.R. 739; *McCarroll c. Powell*, [1955] 4 D.L.R. 631; *Hunt c. MacLeod Construction Co.*, [1958] R.C.S. 737.

Lois et règlements cités

Negligence Act, R.S.B.C. 1979, ch. 298, art. 2.
Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1979, ch. 370.

Doctrine citée

Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 7th ed. By the late Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.
Fleming, John G. *The Law of Torts*, 8th ed. Sydney: Law Book Co., 1992.
McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, 3rd ed. By Edward W. Cleary, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1984.
Peppin, Patricia. «Drug/Vaccine Risks: Patient Decision-Making and Harm Reduction in the Pharmaceutical Company Duty to Warn Action» (1991), 70 *R. du B. can.* 473.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 1, 103 D.L.R. (4th) 520, 48 W.A.C. 108, [1993] 6 W.W.R. 609, 16 C.C.L.T. (2d) 140, qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès (relativement à John

missing an appeal (with respect to Dow Corning Corporation) from a judgment of Bouck J., [1990] B.C.J. No. 1059, allowing Susan Hollis' action against Dow Corning Corporation and dismissing her action against John Robert Birch. Appeal dismissed, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting.

D. J. Mullan, Q.C., and D. W. Donohoe, for the appellant.

Donald J. McKinlay, for the respondent Susan Hollis.

James M. Lepp and William S. Clark, for the respondent John Robert Birch.

The judgment of La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

Robert Birch) et rejeté un appel (relativement à Dow Corning Corporation) interjeté contre une décision du juge Bouck, [1990] B.C.J. No. 1059, qui avait accueilli l'action intentée par Susan Hollis contre Dow Corning Corporation et rejeté son action contre John Robert Birch. Pourvoi rejeté, les juges Sopinka et McLachlin sont dissidents.

D. J. Mullan, c.r., et D. W. Donohoe, pour l'appellante.

Donald J. McKinlay, pour l'intimée Susan Hollis.

James M. Lepp et William S. Clark, pour l'intimé John Robert Birch.

Version française du jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci rendu par

LE JUGE LA FOREST — Le présent pourvoi sou-
lève la question de savoir si un fabricant de prothèses mammaires de silicone peut être tenu responsable sur le plan délictuel envers une patiente ayant subi un préjudice du fait de la rupture inexplicquée des prothèses, lorsque ce fabricant n'a pas mis adéquatement en garde la patiente ou le chirurgien contre les risques de rupture. L'appelante, Dow Corning Corporation («Dow»), est une entreprise américaine qui, dans les années 1970 et 1980, a mis au point et fabriqué la prothèse mammaire de silicone de marque «Silastic». Le 7 mai 1990, le juge Bouck de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a condamné Dow à verser à l'intimée, Susan Hollis, des dommages-intérêts ainsi que les dépens pour négligence dans la fabrication d'une prothèse mammaire Silastic qui s'est rompue dans son organisme environ 17 mois après y avoir été implantée en 1983. Les demandes que M^{me} Hollis avait formées contre le D^r John Robert Birch, qui a implanté la prothèse, le D^r James Quayle, qui l'a subséquemment retirée, et Dow Corning Canada Inc. («Dow Canada»), l'agent canadien de vente pour Dow, ont été rejetées. La Cour d'appel a écarté à la majorité la conclusion du juge Bouck selon laquelle Dow avait fait preuve de négligence dans la fabrication de la prothèse, mais elle a rejeté

1 LA FOREST J. — The question raised in this appeal is whether a manufacturer of silicone breast implants may be held liable in tort to a patient who suffers injuries from an unexplained rupture in the implants when the manufacturer has failed to give adequate warning to the patient or the surgeon concerning the risks of rupture. The appellant, Dow Corning Corporation ("Dow"), is a United States corporation which, during the course of the 1970s and 1980s, developed and manufactured the silicone breast implant carrying the trade name "Silastic". On May 7, 1990, Bouck J. of the Supreme Court of British Columbia awarded damages and costs against Dow to the respondent, Susan Hollis, for the negligent manufacture of a Silastic breast implant that ruptured in her body approximately 17 months after it was implanted in 1983. Hollis' claims against the respondent Dr. John Robert Birch, who inserted the implant, Dr. James Quayle, who subsequently removed the implant, and Dow Corning Canada Inc. ("Dow Canada"), the Canadian sales agent for Dow, were dismissed. A majority of the Court of Appeal overturned Bouck J.'s finding that Dow had negligently manufactured the implant, but dismissed the appeal on the ground that Dow had failed to warn Ms. Hollis adequately concerning the risks of rup-

ture. A majority of the Court of Appeal also ordered a new trial with respect to Ms. Hollis' claim against Dr. Birch.

Dow was granted leave by this Court to appeal the Court of Appeal's finding that Dow had breached its duty to warn, and asks this Court either to dismiss Ms. Hollis' claim or to order a new trial. For the reasons that follow, it is my view that Dow's appeal should be dismissed. The relevant facts are as follows.

Facts

In early June, 1983, Ms. Hollis, then 23 years old, was given a complete physical examination by her family physician, Dr. Ken Mills. Ms. Hollis was a shy and quiet woman who had never before had a complete physical examination. During the course of the examination, Dr. Mills determined that Ms. Hollis suffered from a congenital deformity of the breasts called "tubular breasts", which produced a cylinder-like shape in her breasts and caused blood to collect in the nipple area, resulting in a larger than normal areola. Ms. Hollis told Dr. Mills that she had suspected for several years that her breasts were deformed, and had been self-conscious about them, but that she had never felt the deformity was sufficiently serious to merit medical attention. Despite Ms. Hollis' reservations concerning her need for medical treatment, Dr. Mills suggested that she see Dr. John Birch, an experienced plastic surgeon, whom Ms. Hollis had seen earlier that year for treatment of a severe case of acne scarring on her cheeks.

Ms. Hollis met with Dr. Birch in July, 1983. During the meeting, Dr. Birch informed her that her breasts were indeed deformed and explained that surgery and implants could correct the shape of her breasts and the size of her areolae. Dr. Birch showed Ms. Hollis an implant and explained the surgical implantation procedure. He also told her that she would not be able to feel the implants inside her after the operation and that they would not prevent her from breast-feeding. However, Dr.

l'appel pour le motif que Dow n'avait pas adéquatement mis M^{me} Hollis en garde contre les risques de rupture. Toujours à la majorité, la Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès concernant la demande de M^{me} Hollis contre le Dr Birch.

Dow a obtenu l'autorisation de notre Cour pour se pourvoir contre la conclusion de la Cour d'appel suivant laquelle elle avait manqué à son obligation de mise en garde. Elle demande à la Cour soit de rejeter la demande de M^{me} Hollis soit d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis qu'il convient de rejeter le pourvoi de Dow. Voici les faits pertinents.

Les faits

Au début de juin 1983, M^{me} Hollis, alors âgée de 23 ans, a subi un examen physique complet chez son médecin de famille, le Dr Ken Mills. Timide et réservée, elle n'avait jamais subi auparavant d'examen complet. Pendant l'examen, le Dr Mills a constaté qu'elle souffrait d'une malformation congénitale des seins appelée «seins tubulaires», ce qui leur donnait un aspect cylindrique et causait une accumulation de sang dans la région du mamelon et, en conséquence, un élargissement anormal de l'aréole. Madame Hollis a dit au Dr Mills qu'elle se doutait depuis plusieurs années que ses seins étaient difformes, qu'elle en éprouvait de la gêne, mais qu'elle n'avait jamais jugé que cette malformation était grave au point d'avoir à consulter un médecin. Malgré les réserves de M^{me} Hollis quant à la nécessité d'un traitement médical, le Dr Mills lui a suggéré de consulter le Dr John Birch, plasticien d'expérience qu'elle avait vu plus tôt au cours de l'année pour des marques d'acné sévères sur les joues.

Madame Hollis a rencontré le Dr Birch en juillet 1983. Ce dernier lui a confirmé qu'elle souffrait effectivement d'une malformation et lui a expliqué que la chirurgie et les prothèses pouvaient corriger la forme de sa poitrine ainsi que la taille de l'aréole. Il lui a montré une prothèse et lui a expliqué l'intervention chirurgicale. Il a ajouté qu'elle ne sentirait aucunement les prothèses après l'opération et que cela ne l'empêcherait pas d'allaiter. Le Dr Birch ne l'a toutefois pas mise en

2
3
1995 CanLII 55 (SCC)

4

Birch did not warn Ms. Hollis that there were risks of post-surgical complications. He also failed to warn her of the possibility that the implants might rupture inside her body. On the basis of Dr. Birch's advice, Ms. Hollis consented to surgery.

garde contre les risques de complications postopératoires. Il ne l'a pas avertie non plus de la possibilité d'une rupture interne des implants. Suivant ses conseils, elle a consenti à l'opération.

5 On October 21, 1983, Ms. Hollis underwent surgery for the implantation of two Silastic silicone breast implants at the Kelowna General Hospital in Kelowna, B.C. The implants were "gel-filled, low profile round" Silastic implants manufactured by the appellant Dow and purchased by Dr. Birch from Dow's Canadian agent, Dow Canada. These implants are sold only to doctors or medical establishments and are not directly available to the public. The operation went smoothly and Ms. Hollis experienced a normal recovery. However, by the spring of 1984, the abnormality in Ms. Hollis' breasts had returned. Dr. Birch operated on Ms. Hollis a second time. During the second operation, the plastic surgeon assisting Dr. Birch stretched the areolae of the breasts, which involved the application of light pressure to the breasts. In April, 1984, Ms. Hollis was examined by Dr. Birch, who found no problems with the breasts. On May 15, 1984, Ms. Hollis started a baker's course, which involved heavy upper body and arm movements.

Le 21 octobre 1983, M^{me} Hollis a subi une intervention chirurgicale consistant en l'implantation de deux prothèses mammaires de silicone Silastic au Kelowna General Hospital de Kelowna (C.-B.). Il s'agissait de prothèses Silastic [TRADUCTION] «remplies de gel, de forme discrète et au contour sphérique», lesquelles avaient été fabriquées par l'appelante Dow et achetées par le D^r Birch à Dow Canada, l'agent canadien de Dow. Ces prothèses sont vendues uniquement à des médecins ou à des établissements médicaux et ne sont pas directement accessibles au public. L'opération s'est bien déroulée et M^{me} Hollis s'est rétablie normalement. Au printemps 1984 cependant, l'anormalité était réapparue. Le D^r Birch a donc opéré M^{me} Hollis une deuxième fois. Pendant cette deuxième opération, le plasticien qui assistait le D^r Birch a pratiqué l'extension de l'aréole par application d'une légère pression sur les seins. En avril 1984, M^{me} Hollis a été examinée par le D^r Birch, lequel n'a diagnostiqué aucun problème. Le 15 mai 1984, elle a commencé à suivre un cours de boulangerie qui l'obligeait à remuer énergiquement le torse et les bras.

6 In January, 1985, Ms. Hollis noticed a lump in her right breast, and began to feel pain there as well as in her right side. Concerned that the lump might be related to the implant, she went to see Dr. Quayle, another plastic surgeon, who referred her to Dr. Turner, an expert in breast surgery. Dr. Turner concluded that the lump was likely related to the downward slippage of the implants, although he noted that it could represent an area of benign breast disease. Dr. Turner recommended the removal of the implants. On January 29, 1985, Ms. Hollis was again examined by Dr. Quayle. He noted a degree of fullness in the right lower breast. She complained that her right side was becoming very painful.

En janvier 1985, M^{me} Hollis a remarqué la présence d'une masse au sein droit et a commencé à ressentir une douleur dans cette région ainsi qu'au côté droit. Pensant que la masse pouvait être reliée à la prothèse, elle est allée consulter le D^r Quayle, un autre plasticien, qui l'a renvoyée à un expert en chirurgie mammaire, le D^r Turner. Ce dernier a conclu que la masse était vraisemblablement reliée au glissement vers le bas des prothèses, tout en notant qu'il pouvait s'agir d'une maladie mammaire bénigne. Le D^r Turner a recommandé le retrait des prothèses. Le 29 janvier 1985, M^{me} Hollis a été examinée à nouveau par le D^r Quayle. Celui-ci a remarqué une certaine densité de la partie inférieure du sein droit. Madame Hollis s'est plainte que son côté droit était très douloureux.

On March 19, 1985, Dr. Quayle operated to remove the implants. He discovered that the left implant was intact but that the right implant had ruptured, causing irritation to the walls of the cavity in the right breast where the gel had come into contact with the tissue. The silicone gel from the right implant was lying in the breast cavity, which was red and swollen. Dr. Quayle removed the gel with sponges but was unable to find the silicone envelope that had surrounded the gel when the implant was originally inserted. Dr. Quayle did not preserve the gel for analysis, but returned the left implant to Ms. Hollis. The cause of the rupture of the implant in the right breast remains unknown.

After the removal of the breast implants, Ms. Hollis' physical condition worsened. Between May 1985 and February 1987, she continued to experience pain in her right breast and armpit and once again developed lumps in her right breast. The pain was especially severe when she raised her right arm and when she was busy at work. During that time, she met with several doctors and underwent numerous tests. On February 3, 1987, Dr. A. D. Courtemanche, a plastic surgeon, operated on Ms. Hollis and found a tender elongated mass in both lower quadrants of her right breast, which he thought was probably a remnant of the breast implant, although he did not find any silicone in the right breast. On June 10, 1987, Dr. Courtemanche performed a subcutaneous mastectomy on both breasts. For cosmetic purposes, Ms. Hollis elected to have Dr. Courtemanche implant two Dow Silastic II implants. These implants were of a different model and make-up than the original Silastic implants.

The subcutaneous mastectomy was successful, and Ms. Hollis has suffered no further complications since 1987. However, there is still residual scarring around the breasts and Ms. Hollis maintains a lingering belief that the ruptured envelope remains somewhere inside her body. She is worried that the new implants will break if she does routine exercises or returns to any vigorous job such as baking. These concerns have caused Ms.

Le 19 mars 1985, le Dr Quayle a procédé à l'enlèvement chirurgical des prothèses. Il a découvert que la prothèse gauche était intacte mais qu'il y avait eu rupture de la prothèse droite, ce qui avait causé une irritation des parois de la cavité mammaire droite où le gel était entré en contact avec les tissus. Le gel de silicone de la prothèse droite était répandu dans la cavité mammaire, qui était rouge et enflée. Le Dr Quayle a enlevé le gel à l'aide d'éponges mais n'a pu trouver l'enveloppe de silicone qui entourait l'implant à l'origine. Il n'a pas gardé le gel pour le faire analyser, mais a remis la prothèse gauche à M^{me} Hollis. La cause de la rupture de l'implant dans le sein droit demeure inconnue.

Après l'enlèvement des prothèses mammaires, l'état de M^{me} Hollis s'est détérioré. Entre mai 1985 et février 1987, elle a continué à ressentir une douleur à l'aisselle droite de même qu'au sein droit où des masses sont à nouveau apparues. La douleur se faisait particulièrement sentir lorsqu'elle levait le bras droit et qu'elle s'affairait au travail. À cette époque, elle a consulté plusieurs médecins et subi de nombreux tests. Au cours d'une intervention pratiquée le 3 février 1987, le Dr A. D. Courtemanche, plasticien, a découvert une masse allongée sensible dans les deux quadrants inférieurs du sein droit; il a estimé qu'il s'agissait probablement d'un reste de l'implant mammaire, bien qu'il n'ait trouvé aucune trace de silicone dans le sein droit. Le 10 juin 1987, le Dr Courtemanche a procédé à une mastectomie sous-cutanée bilatérale. Pour des raisons d'esthétique, M^{me} Hollis a accepté l'implantation de deux prothèses Silastic II de Dow, d'une forme et d'un modèle différents des prothèses originales.

La mastectomie sous-cutanée a bien réussi et M^{me} Hollis n'a pas connu d'autres complications depuis 1987. Toutefois, elle a des cicatrices résiduelles aux seins et elle a toujours l'impression que l'enveloppe rompue est restée quelque part dans son organisme. Elle craint de briser ses nouvelles prothèses en faisant de simples exercices ou un travail demandant un effort soutenu comme la boulangerie. En raison de ces préoccupations, elle

Hollis to suffer depression, for which she has received psychiatric help.

a souffert d'une dépression pour laquelle elle a reçu des traitements psychiatriques.

10 Ms. Hollis brought action in 1989 against Dow, Dow's Canadian agent, Dr. Birch and Dr. Quayle. The claim against Dow was for negligence in the manufacture of the implant placed in her right breast and, alternatively, for failure of a duty to give adequate warning to the medical profession or the public of the possibility that the implants could rupture. The claim against Dow's agent was for failure to warn about the possibility that the implant might rupture. The claims against Dr. Birch were for negligent advice and negligent surgery with respect to the original implants, as well as a claim, under the *Sale of Goods Act*, R.S.B.C. 1979, c. 370, that he sold her the implants when they were not fit for their intended purpose. The claims against Dr. Quayle were for negligence in failing to operate and remove the implants promptly when he discovered there might be a defect, and for failing to remove all the remnants of the gel from her right breast.

En 1989, M^{me} Hollis a intenté une action contre Dow, son agent canadien, le D^r Birch et le D^r Quayle. Elle y a allégué la négligence de Dow dans la fabrication de la prothèse implantée dans son sein droit et, subsidiairement, le manquement à son obligation de mettre adéquatement en garde le corps médical ou le public contre la possibilité de rupture des implants. Contre l'agent de Dow, elle a invoqué l'absence de mise en garde quant à la possibilité de rupture. Contre le D^r Birch, elle a allégué la négligence dont il aurait fait preuve dans les conseils qu'il lui a donnés avant l'opération et dans l'implantation des premières prothèses, ainsi que la contravention à la *Sale of Goods Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 370, pour vente de prothèses impropres à la fin à laquelle elles étaient destinées. Quant au D^r Quayle, elle lui a reproché d'avoir été négligent en tardant à l'opérer pour lui enlever les implants lorsqu'il a découvert qu'il pouvait y avoir un défaut, et en omettant d'enlever tous les résidus de gel dans son sein droit.

Judgments of the Courts Below

British Columbia Supreme Court, [1990] B.C.J. No. 1059 (Bouck J.)

Les juridictions inférieures

La Cour suprême de la Colombie-Britannique, [1990] B.C.J. No. 1059 (le juge Bouck)

11 Bouck J. found Dow liable to Ms. Hollis for negligently manufacturing the Silastic implants. He proceeded on the basis that there were four possible causes of the rupture: (i) an act or omission by Dr. Birch in inserting the implant; (ii) an act or omission by Dr. Quayle in removing the implant; (iii) external trauma to the implant during the time it was in Ms. Hollis' body; and (iv) an inadequacy in the design or manufacture of the implant. He made findings of fact that eliminated all causes of rupture except faulty manufacturing and, on that basis, reasoned that Dow was negligent either by inference or through the application of the doctrine of *res ipsa loquitur*. He stated:

Le juge Bouck a conclu à la responsabilité de Dow envers M^{me} Hollis pour négligence dans la fabrication des prothèses Silastic. À son avis, la rupture pouvait être attribuable à quatre causes: (i) un acte ou une omission du D^r Birch dans l'implantation de la prothèse, (ii) un acte ou une omission du D^r Quayle au moment du retrait de la prothèse, (iii) un traumatisme externe qu'aurait subi la prothèse alors qu'elle était dans le corps de M^{me} Hollis, et (iv) un défaut dans la conception ou la fabrication de la prothèse. Les conclusions de fait qu'il a tirées l'ont amené à éliminer toutes les causes de rupture sauf la fabrication fautive et, sur ce fondement, il a estimé que la négligence de Dow pouvait s'établir soit par inférence soit par application de la maxime *res ipsa loquitur*. Il s'est exprimé en ces termes:

1995 CanLI 55 (SCC)

I already found Dr. Birch took proper care to ensure the prosthesis remained undamaged from the time he took possession of it until he finished the surgical implantation. There is no evidence Dr. Quayle punctured the envelope when he removed it from the right breast of Miss Hollis. All the evidence is to the effect the implant ruptured at some earlier time. Nor is there anything to indicate Miss Hollis intentionally or unintentionally abused the implant in any way. She made use of it in the normal manner contemplated by Dow Corporation. All of these findings rebut the defendants' suggestion that the implant was damaged by others who had control of it, thus allowing the application of the doctrine of *res ipsa loquitur*.

Bouck J. drew further support for his conclusion from the fact that Dow had "replaced" the Silastic implant during the mid-1980s with the thicker and more durable Silastic II model. He observed that Dow had introduced the Silastic II "to counteract that defect in the earlier Silastic implant" and in response to 78 field reports Dow had received between 1975 and 1984 of unexplained ruptures in the Silastic implants. This, he reasoned, "is a piece of evidence from which an inference of negligence can be drawn".

Having found Dow liable for negligent manufacture, Bouck J. did not proceed to address Ms. Hollis' subsidiary claim that Dow had breached its duty to warn Ms. Hollis or the medical profession of the possibility of post-surgical implant rupture.

Bouck J. dismissed the actions against Dow Canada, Dr. Birch and Dr. Quayle. With respect to the claim against Dr. Birch, he found that Dr. Birch had not fallen below the standard of care for doctors in 1983, when he performed the surgery on Ms. Hollis, because the possibility of rupture of gel-filled implants was neither well-known to the medical community in 1983 nor prevalent in the medical literature. With respect to the claim against Dr. Quayle, Bouck J. found no evidence of negligence, and concluded that Dr. Quayle had followed the correct medical procedures throughout. With respect to the claim against Dow Canada, he

[TRADUCTION] J'ai déjà conclu que le Dr Birch a pris les mesures appropriées pour garder la prothèse intacte depuis le moment où il a en pris possession jusqu'à la fin de l'implantation chirurgicale. Rien ne permet de croire que le Dr Quayle ait perforé l'enveloppe lorsqu'il l'a retirée du sein droit de M^{me} Hollis. Tous les éléments de preuve tendent à établir que la rupture de l'implant s'est produite antérieurement. Rien non plus n'indique que M^{me} Hollis ait de quelque façon, intentionnellement ou non, utilisé la prothèse de façon abusive. Elle l'a utilisée de la façon normale prévue par la société Dow. Toutes ces conclusions tendent à réfuter l'argument de la défenderesse selon lequel l'implant a été endommagé par des tiers qui en avaient le contrôle, permettant ainsi l'application de la maxime *res ipsa loquitur*.

Le juge Bouck a estimé que sa conclusion se trouvait renforcée du fait qu'au milieu des années 1980 Dow avait «remplacé» la prothèse Silastic par la prothèse Silastic II, plus épaisse et plus durable. Il a fait observer que Dow avait introduit la prothèse Silastic II [TRADUCTION] «pour remédier au défaut de la prothèse Silastic précédente» et en réponse aux 78 rapports d'utilisation qu'elle avait reçus entre 1975 et 1984 concernant des ruptures inexplicables de prothèses Silastic. C'est là, a-t-il estimé, [TRADUCTION] «un élément de preuve à partir duquel on peut inférer la négligence».

Ayant conclu à la responsabilité de Dow pour négligence dans la fabrication de la prothèse, le juge Bouck n'a pas examiné le moyen subsidiaire invoqué par M^{me} Hollis, soit le manquement de la société à son devoir de la mettre en garde, elle ou le corps médical, contre la possibilité d'une rupture postopératoire.

Le juge Bouck a rejeté les actions intentées contre Dow Canada, le Dr Birch et le Dr Quayle. En ce qui concerne le Dr Birch, il a conclu que l'intervention qu'il a pratiquée sur M^{me} Hollis n'était pas inférieure à la norme de diligence que devaient respecter les médecins en 1983, parce que la possibilité de rupture des prothèses remplies de gel n'était pas bien connue du corps médical à cette époque ni évoquée couramment dans les publications médicales. En ce qui concerne le Dr Quayle, le juge Bouck n'a retenu contre lui aucune preuve de négligence et a conclu qu'il avait suivi les procédures médicales appropriées. Pour ce qui est de

found that Dow Canada did not breach its duty to warn consumers or doctors about the risk of rupture because it was only a sales agent; he further found that it did not contribute any technical knowledge to the production of the product, and therefore had insufficient knowledge in 1983 that the implants were defectively manufactured.

British Columbia Court of Appeal (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 1 (Prowse J.A., McEachern C.J.B.C., Southin J.A.)

14 A majority of the Court of Appeal dismissed Dow's appeal from Bouck J.'s finding of liability by Dow, but allowed Ms. Hollis' appeal from Bouck J.'s dismissal of the action against Dr. Birch, ordering a new trial solely to resolve the question of Dr. Birch's liability to Ms. Hollis.

15 With respect to Dow's appeal, the Court of Appeal was unanimous in ruling that Bouck J. had erred in drawing an inference of negligence against Dow, finding that he had based his decision upon two erroneous factual findings: first, that the Silastic II implant "replaced" the Silastic I during the 1980s, when these two products in fact shared the market from mid-1983 until late 1987 and, second, that the evidence adduced at trial eliminated Ms. Hollis as a possible cause of the rupture. However, Prowse J.A., writing for a majority of the Court of Appeal on this issue (McEachern C.J.B.C. concurring), dismissed the appeal on the ground that Dow had failed to provide either Ms. Hollis or Dr. Birch with adequate warnings of the risk of post-surgical implant rupture arising from ordinary, non-traumatic, human activities.

16 Although Bouck J. declined to rule on the duty to warn issue, Prowse J.A. found there was sufficient evidence adduced at trial to substantiate Ms. Hollis' claim. In particular, Prowse J.A. found it significant that Dow had received reports of between 77 and 81 "unexplained" post-surgical implant ruptures during the period from 1975 to 1984, the majority of which were received prior to

Dow Canada, il a estimé qu'elle n'avait pas manqué à son devoir de mettre les consommateurs ou les médecins en garde contre le risque de rupture puisqu'elle n'était qu'un simple agent de vente; il a ajouté que, n'ayant fourni aucune connaissance technique dans la fabrication du produit, elle ne pouvait être au courant en 1983 du défaut de fabrication des prothèses.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 1 (le juge Prowse, le juge en chef McEachern et le juge Southin)

La Cour d'appel a rejeté à la majorité l'appel de Dow contre le jugement du juge Bouck retenant sa responsabilité, mais elle a accueilli l'appel de M^{me} Hollis contre le rejet de l'action intentée contre le Dr Birch, ordonnant un nouveau procès uniquement pour trancher la question de la responsabilité de ce dernier envers M^{me} Hollis.

Concernant l'appel de Dow, la Cour d'appel a unanimement conclu que le juge Bouck avait commis une erreur en inférant la négligence de la société, estimant qu'il avait fondé sa décision sur deux conclusions de fait erronées: d'abord en disant que la prothèse Silastic II avait «remplacé» la prothèse Silastic I dans les années 1980 alors qu'en fait les deux produits se sont partagé le marché du milieu de 1983 à la fin de 1987, puis en affirmant que les éléments de preuve présentés à l'audience éliminaient la possibilité que M^{me} Hollis ait pu elle-même causer la rupture. Toutefois, le juge Prowse, qui a rédigé le jugement majoritaire sur cette question (avec l'appui du juge en chef McEachern), a rejeté l'appel pour le motif que Dow avait omis de mettre adéquatement en garde M^{me} Hollis ou le Dr Birch contre le risque d'une rupture postopératoire résultant d'activités humaines ordinaires, non traumatiques.

Bien que le juge Bouck ait refusé de trancher la question de l'obligation de mise en garde, le juge Prowse a estimé que les éléments de preuve présentés au procès suffisaient à étayer la prétention de M^{me} Hollis. En particulier, le juge Prowse a qualifié de significatif le fait que Dow a reçu des rapports faisant état de 77 à 81 cas de rupture postopératoire «inexpliquée» des implants pour la

1984, yet failed to warn the medical community until 1985 that the life expectancy of any implant was unpredictable and that an implant could rupture for a variety of reasons, including normal use. Prowse J.A. also ruled that Dow's breach of its duty to warn was the cause of Ms. Hollis' injuries, finding that a reasonable woman in Ms. Hollis' position would not have consented to the surgery in the face of an adequate warning. In support of this conclusion, Prowse J.A. observed that the surgery on Ms. Hollis was not medically necessary and that, in contrast to many women who consent to breast implant surgery, Ms. Hollis was not "pre-sold" when she first went to see Dr. Birch.

Southin J.A. dissented with respect to the duty to warn, observing, at p. 34, that Bouck J.'s failure to rule on this issue had created an "absence of findings on crucial issues of fact". Southin J.A. also ruled (McEachern C.J.B.C. concurring) that a new trial was necessary to resolve the question of Dr. Birch's liability. Southin J.A. decided that Bouck J. had erred in concluding that Dr. Birch did not have knowledge of the risk of rupture in 1983, but concluded that a new trial was necessary to determine whether that risk was material and whether its non-disclosure caused Ms. Hollis' injury. Prowse J.A. dissented on this issue, deciding that Dr. Birch had knowledge of the risk in 1983 and, as a result, found him liable for negligently failing to warn Ms. Hollis of the risk of implant rupture.

Analysis

The sole issue raised in this appeal is whether the Court of Appeal erred in finding Dow liable to the respondent Ms. Hollis for failing adequately to warn the implanting surgeon, Dr. Birch, of the risk of a post-surgical implant rupture inside Ms. Hollis' body. The appellant Dow does not contest Bouck J.'s factual finding that Ms. Hollis' seven-

période allant de 1975 à 1984, dont la majorité ont été reçus avant 1984, et qu'elle a omis jusqu'en 1985 d'avertir le corps médical qu'il était impossible de prédire la durée de vie de la prothèse et qu'une rupture pouvait survenir pour un certain nombre de raisons, y compris l'usage normal. Elle a également conclu que le manquement de Dow à son devoir de mise en garde était la cause du préjudice subi par M^{me} Hollis, étant donné qu'une femme raisonnable dans sa situation n'aurait pas, en présence d'une mise en garde adéquate, consenti à l'intervention. À l'appui de sa conclusion, le juge Prowse a fait observer que l'intervention qu'a subie M^{me} Hollis n'était pas médicalement nécessaire et que, contrairement à de nombreuses femmes qui consentent à l'implantation mammaire, celle-ci n'était pas «déjà vendue» à cette idée lors de sa première rencontre avec le Dr Birch.

Le juge Southin a inscrit sa dissidence sur la question de l'obligation de mise en garde, soulignant, à la p. 34, que le refus du juge Bouck de trancher à cet égard avait entraîné une [TRADUCTION] «absence de conclusions sur des questions de fait cruciales». Elle a également conclu (avec l'appui du juge en chef McEachern) à la nécessité d'un nouveau procès pour résoudre la question de la responsabilité du Dr Birch. Estimant que le juge Bouck avait commis une erreur en concluant que le Dr Birch ne connaissait pas le risque de rupture en 1983, elle s'est néanmoins prononcée en faveur de la tenue d'un nouveau procès pour déterminer l'importance de ce risque et décider si sa non-divulgation a causé le préjudice subi par M^{me} Hollis. Dissidente sur ce point, le juge Prowse a conclu que le Dr Birch connaissait le risque en 1983 et, en conséquence, l'a tenu responsable pour avoir négligemment omis de mettre M^{me} Hollis en garde contre le risque de rupture de la prothèse.

Analyse

La seule question soulevée dans le présent pourvoi est celle de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en tenant Dow responsable envers l'intimée M^{me} Hollis pour n'avoir pas adéquatement mis en garde le chirurgien ayant pratiqué l'implantation, le Dr Birch, contre le risque de rupture post-opératoire de l'implant dans l'organisme de la

year surgical ordeal caused her great physical and psychological pain, residual scarring on her breasts, and a loss of past and future income. However, Dow submits that it was not responsible for Ms. Hollis' injuries. In support of this submission, Dow argues, first, that the warning it gave Dr. Birch was adequate and sufficient to satisfy its duty to Ms. Hollis, and second, that even if it did breach its duty to warn Ms. Hollis, this breach was not the proximate cause of her injuries.

patiente. L'appelante Dow ne conteste pas que les sept années de supplice chirurgical qu'a subies M^{me} Hollis lui ont causé de grandes souffrances physiques et psychologiques, des cicatrices résiduelles sur les seins ainsi qu'une perte de revenus passés et futurs. Elle soutient toutefois qu'elle n'est pas responsable du préjudice ainsi subi. À l'appui de sa prétention, elle fait valoir, en premier lieu, que la mise en garde qu'elle a donnée au Dr Birch était adéquate et suffisante pour satisfaire à son obligation envers M^{me} Hollis et, en second lieu, que même si elle a manqué à son devoir de mise en garde envers M^{me} Hollis, ce manquement n'est pas la cause immédiate du préjudice.

19 For the reasons that follow, it is my view that the Court of Appeal reached the correct conclusion and that the appeal should be dismissed. Since Dow does not challenge the trial judge's findings concerning Ms. Hollis' injuries, I will concentrate on the issues of duty and causation which form the basis for Dow's submissions in this appeal. In the first part of these reasons, I will address the question whether Dow breached its duty to warn, and the related question whether Dow can rely on the so-called "learned intermediary" rule to absolve itself of liability. In the second part, I will consider whether Dow's failure to warn was a proximate cause of Ms. Hollis' injuries.

Pour les motifs exposés ci-après, je suis d'avis que la Cour d'appel a tiré la bonne conclusion et qu'il convient de rejeter le pourvoi. Étant donné que Dow ne conteste pas les conclusions du juge de première instance relativement au préjudice qu'a subi M^{me} Hollis, je concentrerai mon attention sur les questions de l'obligation et de la cause qui constituent en l'espèce le fondement de l'argumentation de Dow. En première partie, j'aborderai la question du manquement à l'obligation de mise en garde et la question connexe du recours à la règle dite de l'«intermédiaire compétent» comme moyen d'exonération de la responsabilité de Dow. En seconde partie, j'examinerai la question de savoir si l'absence de mise en garde de la part de Dow a été une cause immédiate du préjudice subi par M^{me} Hollis.

1. *Dow's Duty to Warn and the "Learned Intermediary" Rule*

(a) The General Principles

(i) *The Duty to Warn*

20 It is well established in Canadian law that a manufacturer of a product has a duty in tort to warn consumers of dangers inherent in the use of its product of which it has knowledge or ought to have knowledge. This principle was enunciated by Laskin J. (as he then was), for the Court, in *Lambert v. Lastoplex Chemicals Co.*, [1972] S.C.R. 569, at p. 574, where he stated:

1. *L'obligation de mise en garde incombant à Dow et la règle de l'«intermédiaire compétent»*

a) Les principes généraux

(i) *L'obligation de mise en garde*

Il est bien établi en droit de la responsabilité délictuelle au Canada que le fabricant d'un produit a le devoir de mettre les consommateurs en garde contre les dangers inhérents à son utilisation, dont il est ou devrait être au courant. Ce principe a été énoncé au nom de notre Cour par le juge Laskin (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Lambert c. Lastoplex Chemicals Co.*, [1972] R.C.S. 569, à la p. 574:

Manufacturers owe a duty to consumers of their products to see that there are no defects in manufacture which are likely to give rise to injury in the ordinary course of use. Their duty does not, however, end if the product, although suitable for the purpose for which it is manufactured and marketed, is at the same time dangerous to use; and if they are aware of its dangerous character they cannot, without more, pass the risk of injury to the consumer.

The duty to warn is a continuing duty, requiring manufacturers to warn not only of dangers known at the time of sale, but also of dangers discovered after the product has been sold and delivered; see *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189, at p. 1200, *per* Ritchie J. All warnings must be reasonably communicated, and must clearly describe any specific dangers that arise from the ordinary use of the product; see, for example, *Setrakov Construction Ltd. v. Winder's Storage & Distributors Ltd.* (1981), 11 Sask. R. 286 (C.A.); *Meilleur v. U.N.I.-Crete Canada Ltd.* (1985), 32 C.C.L.T. 126 (Ont. H.C.); *Skelhorn v. Remington Arms Co.* (1989), 69 Alta. L.R. (2d) 298 (C.A.); *McCain Foods Ltd. v. Grand Falls Industries Ltd.* (1991), 116 N.B.R. (2d) 22 (C.A.).

The rationale for the manufacturer's duty to warn can be traced to the "neighbour principle", which lies at the heart of the law of negligence, and was set down in its classic form by Lord Atkin in *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.). When manufacturers place products into the flow of commerce, they create a relationship of reliance with consumers, who have far less knowledge than the manufacturers concerning the dangers inherent in the use of the products, and are therefore put at risk if the product is not safe. The duty to warn serves to correct the knowledge imbalance between manufacturers and consumers by alerting consumers to any dangers and allowing them to make informed decisions concerning the safe use of the product.

The nature and scope of the manufacturer's duty to warn varies with the level of danger entailed by the ordinary use of the product. Where significant

Les fabricants sont tenus, envers ceux qui utilisent leurs produits, de voir à ce qu'il n'y ait aucun vice de fabrication susceptible de causer des dommages au cours d'une utilisation normale. Toutefois, leur devoir ne s'arrête pas là si le produit, bien que satisfaisant aux besoins pour lesquels il est fabriqué et commercialisé, est en même temps dangereux à utiliser; et s'ils savent qu'il s'agit d'un produit dangereux, ils ne peuvent pas simplement laisser le consommateur exposé au risque de blessures.

L'obligation de mise en garde est une obligation constante, qui oblige les fabricants à prévenir les utilisateurs non seulement des dangers connus au moment de la vente, mais également de ceux qui sont découverts après l'achat et la livraison du produit; voir *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189, à la p. 1200, le juge Ritchie. Toutes les mises en garde doivent être communiquées de façon raisonnable et doivent exposer clairement les dangers précis découlant de l'utilisation normale du produit; voir, à titre d'exemples, *Setrakov Construction Ltd. c. Winder's Storage & Distributors Ltd.* (1981), 11 Sask. R. 286 (C.A.); *Meilleur c. U.N.I.-Crete Canada Ltd.* (1985), 32 C.C.L.T. 126 (H.C. Ont.); *Skelhorn c. Remington Arms Co.* (1989), 69 Alta. L.R. (2d) 298 (C.A.); *McCain Foods Ltd. c. Grand Falls Industries Ltd.* (1991), 116 R.N.-B. (2^e) 22 (C.A.).

L'obligation de mise en garde incombant au fabricant prend sa source dans le «principe du prochain», fondement même du droit de la négligence auquel lord Atkin a donné sa forme classique dans l'arrêt *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.). Lorsqu'un fabricant met un produit sur le marché, il crée une relation de confiance avec les consommateurs qui sont beaucoup moins au fait des dangers inhérents à son utilisation et courent donc un risque s'il n'est pas sécuritaire. L'obligation de mise en garde vient corriger le déséquilibre des connaissances entre le fabricant et les consommateurs en prévenant ces derniers de l'existence d'un danger et en leur permettant de prendre des décisions éclairées concernant l'utilisation sécuritaire du produit.

La nature et l'étendue de l'obligation de mise en garde incombant au fabricant varient selon le danger découlant de l'utilisation normale du produit.

dangers are entailed by the ordinary use of the product, it will rarely be sufficient for manufacturers to give general warnings concerning those dangers; the warnings must be sufficiently detailed to give the consumer a full indication of each of the specific dangers arising from the use of the product. This was made clear by Laskin J. in *Lambert, supra*, where this Court imposed liability on the manufacturer of a fast-drying lacquer sealer who failed to warn of the danger of using the highly explosive product in the vicinity of a furnace pilot light. The manufacturer in *Lambert* had placed three different labels on its containers warning of the danger of inflammability. The plaintiff, an engineer, had read the warnings before he began to lacquer his basement floor and, in accordance with the warnings, had turned down the thermostat to prevent the furnace from turning on. However, he did not turn off the pilot light, which caused the resulting fire and explosion. Laskin J. found the manufacturer liable for failing to provide an adequate warning, deciding that none of the three warnings was sufficient in that none of them warned specifically against leaving pilot lights on near the working area. At pages 574-75, he stated:

Where manufactured products are put on the market for ultimate purchase and use by the general public and carry danger (in this case, by reason of high inflammability), although put to the use for which they are intended, the manufacturer, knowing of their hazardous nature, has a duty to specify the attendant dangers, which it must be taken to appreciate in a detail not known to the ordinary consumer or user. A general warning, as for example, that the product is inflammable, will not suffice where the likelihood of fire may be increased according to the surroundings in which it may reasonably be expected that the product will be used. The required explicitness of the warning will, of course, vary with the danger likely to be encountered in the ordinary use of the product.

In the case of medical products such as the breast implants at issue in this appeal, the standard

Si l'utilisation ordinaire présente des dangers importants, une mise en garde générale sera rarement suffisante; elle devra au contraire être suffisamment détaillée pour donner au consommateur une indication complète des dangers précis que présente l'utilisation du produit. C'est l'opinion qu'a clairement exprimée le juge Laskin dans l'arrêt *Lambert*, précité, où notre Cour a tenu le fabricant d'un bouche-pores à séchage rapide responsable de n'avoir pas fait de mise en garde contre le danger d'utiliser le produit hautement explosif à proximité de la veilleuse d'une fournaise. Dans cette affaire, le fabricant avait apposé sur ses contenants trois étiquettes différentes où figurait une mise en garde contre le danger d'inflammabilité. Le demandeur, qui était ingénieur, avait lu les mises en garde avant de commencer à étendre le bouche-pores sur le plancher de son sous-sol et, conformément à ce qu'elles préconisaient, il avait baissé le thermostat pour éviter que la fournaise se mette à fonctionner. Cependant il n'avait pas éteint la veilleuse, ce qui a causé un incendie et une explosion. Le juge Laskin a tenu le fabricant responsable pour n'avoir pas fait de mise en garde adéquate: à son avis, aucune des trois mises en garde n'était suffisamment précises en ce qu'elles ne disaient pas expressément que des veilleuses ne devaient pas être laissées allumées près de l'endroit où le travail était effectué. Il a dit ceci, aux pp. 574 et 575:

Lorsque des produits fabriqués sont mis sur le marché pour être finalement achetés et utilisés par le grand public et qu'ils sont dangereux (en l'espèce, à cause de la grande inflammabilité du produit), même utilisés pour les fins auxquelles ils sont destinés, le fabricant est tenu, connaissant le risque, de préciser les dangers concomitants, car il faut présumer qu'il est plus apte à apprécier ces dangers que le consommateur ou l'utilisateur ordinaire. Un avertissement général, par exemple, l'avertissement que le produit est inflammable, ne suffit pas lorsque les probabilités d'incendie peuvent s'accroître en présence des conditions dans lesquelles on peut raisonnablement s'attendre que le produit sera utilisé. Les détails nécessaires dans l'avertissement dépendront évidemment des dangers susceptibles d'être courus au cours d'une utilisation normale du produit.

Dans le cas de produits médicaux comme les prothèses mammaires en cause dans le présent

1995 CanLII 55 (SCC)

of care to be met by manufacturers in ensuring that consumers are properly warned is necessarily high. Medical products are often designed for bodily ingestion or implantation, and the risks created by their improper use are obviously substantial. The courts in this country have long recognized that manufacturers of products that are ingested, consumed or otherwise placed in the body, and thereby have a great capacity to cause injury to consumers, are subject to a correspondingly high standard of care under the law of negligence; see *Shandloff v. City Dairy*, [1936] 4 D.L.R. 712 (Ont. C.A.), at p. 719; *Arendale v. Canada Bread Co.*, [1941] 2 D.L.R. 41 (Ont. C.A.), at pp. 41-42; *Zeppa v. Coca-Cola Ltd.*, [1955] 5 D.L.R. 187 (Ont. C.A.), at pp. 191-93; *Rae and Rae v. T. Eaton Co. (Maritimes) Ltd.* (1961), 28 D.L.R. (2d) 522 (N.S.S.C.), at p. 535; *Heimler v. Calvert Caterers Ltd.* (1975), 8 O.R. (2d) 1 (C.A.), at p. 2. Given the intimate relationship between medical products and the consumer's body, and the resulting risk created to the consumer, there will almost always be a heavy onus on manufacturers of medical products to provide clear, complete and current information concerning the dangers inherent in the ordinary use of their product.

I pause at this point to observe that there is an important analogy to be drawn in this context between the manufacturer's duty to warn and the doctrine of "informed consent" developed by this Court in recent years with respect to the doctor-patient relationship. In *Hopp v. Lepp*, [1980] 2 S.C.R. 192, at pp. 195-96, 210, and *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880, at pp. 884-85, this Court decided that physicians have a duty, without being questioned, to disclose to a patient the material risks of a proposed procedure, its gravity, and any special or unusual risks, including risks with a low probability of occurrence, attendant upon the performance of the procedure; see also *Ciarlariello v. Schacter*, [1993] 2 S.C.R. 119. The principle underlying "informed consent", as Laskin C.J. explained in *Hopp, supra*, at p. 196, is

pourvoi, la norme de diligence à laquelle les fabricants doivent satisfaire en matière de mise en garde adéquate des consommateurs est forcément élevée. Les produits médicaux sont souvent conçus pour être ingérés par l'organisme ou y être implantés, et les risques découlant d'un usage impropre sont de toute évidence importants. Les tribunaux de notre pays reconnaissent depuis longtemps que les fabricants de produits destinés à être ingérés ou consommés par l'organisme ou à y être autrement placés, et donc fortement susceptibles de causer des dommages aux consommateurs, sont en conséquence soumis à une norme de diligence élevée au regard du droit de la négligence; voir *Shandloff c. City Dairy*, [1936] 4 D.L.R. 712 (C.A. Ont.), à la p. 719; *Arendale c. Canada Bread Co.*, [1941] 2 D.L.R. 41 (C.A. Ont.), aux pp. 41 et 42; *Zeppa c. Coca-Cola Ltd.*, [1955] 5 D.L.R. 187 (C.A. Ont.), aux pp. 191 à 193; *Rae and Rae c. T. Eaton Co. (Maritimes) Ltd.* (1961), 28 D.L.R. (2d) 522 (C.S.N.-É.), à la p. 535; *Heimler c. Calvert Caterers Ltd.* (1975), 8 O.R. (2d) 1 (C.A.), à la p. 2. Étant donné la relation intime entre les produits médicaux et l'organisme du consommateur, et le risque concomitant pour le consommateur, les fabricants de ce type de produits assumeront presque toujours la lourde charge de fournir des renseignements clairs, complets et à jour concernant les dangers inhérents à l'utilisation normale de leurs produits.

Je fais ici une pause pour souligner l'importante analogie qui existe dans ce contexte entre l'obligation de mise en garde incombant au fabricant et la théorie du «consentement éclairé» que notre Cour a élaborée ces dernières années en regard de la relation entre le médecin et son patient. Dans *Hopp c. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192, aux pp. 195, 196 et 210, et *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880, aux pp. 884 et 885, notre Cour a décidé que le médecin avait l'obligation, sans qu'on le questionne à ce sujet, de divulguer à son patient les risques importants que comporte l'intervention envisagée, sa gravité, et les risques particuliers ou inhabituels, y compris les risques dont la survenance est peu probable; voir également *Ciarlariello c. Schacter*, [1993] 2 R.C.S. 119. Comme l'a expliqué le juge en chef Laskin dans *Hopp*, précité, à la p. 196, le

the “right of a patient to decide what, if anything, should be done with his body”; see also *Schloendorff v. Society of New York Hospital*, 105 N.E. 92 (N.Y.C.A. 1914), per Cardozo J. The doctrine of “informed consent” dictates that every individual has a right to know what risks are involved in undergoing or foregoing medical treatment and a concomitant right to make meaningful decisions based on a full understanding of those risks. As Robinson J. observed in *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772 (D.C. Cir. 1972), at p. 780:

True consent to what happens to one’s self is the informed exercise of a choice, and that entails an opportunity to evaluate knowledgeably the options available and the risks attendant upon each. The average patient has little or no understanding of the medical arts, and ordinarily has only his physician to whom he can look for enlightenment with which to reach an intelligent decision. From these almost axiomatic considerations springs the need, and in turn the requirement, of a reasonable divulgence by physician to patient to make such a decision possible.

25 In my view, the principles underlying the doctrine of “informed consent” are equally, if not more, applicable to the relationship between manufacturers of medical products and consumers than to the doctor-patient relationship. The doctrine of “informed consent” was developed as a judicial attempt to redress the inequality of information that characterizes a doctor-patient relationship. An even greater relationship of inequality pertains both between the manufacturer of medical products and the consumer and, to a lesser degree, between the manufacturer and the doctor. In contrast to the doctor-patient relationship, where the patient can question the doctor with respect to the risks and benefits of particular procedures and where doctors can tailor their warnings to the needs and abilities of the individual patients, the manufacturer-consumer relationship is characterized primarily by a lack of direct communication or dialogue. This lack of dialogue between manufacturer and consumer creates, as Patricia Peppin

«consentement éclairé» repose sur un principe fondamental, savoir le «droit d’un patient de décider à quelle intervention, le cas échéant, il devrait se soumettre»; voir également *Schloendorff c. Society of New York Hospital*, 105 N.E. 92 (N.Y.C.A. 1914), le juge Cardozo. Suivant la théorie du «consentement éclairé», toute personne a le droit de connaître les risques qu’elle court en subissant un traitement médical ou en y renonçant, et le droit concomitant de prendre des décisions valables fondées sur une pleine compréhension de ces risques. Comme l’a fait observer le juge Robinson dans *Canterbury c. Spence*, 464 F.2d 772 (D.C. Cir. 1972), à la p. 780:

[TRADUCTION] Le consentement véritable consiste en l’exercice éclairé d’un choix et suppose la possibilité d’apprécier en toute connaissance de cause les options disponibles et les risques que présente chacune d’elles. Le patient moyen a peu de connaissances médicales, voire aucune, et son médecin est habituellement la seule personne vers laquelle il puisse se tourner pour obtenir les éclaircissements qui lui permettront de prendre une décision intelligente. De ces considérations presque axiomatiques découlent la nécessité et, partant, l’exigence que le médecin procède à une divulgation raisonnable des renseignements afin que le patient puisse prendre une telle décision.

À mon avis, les principes qui sous-tendent la théorie du «consentement éclairé» sont tout aussi, sinon davantage, applicables à la relation entre les fabricants de produits médicaux et les consommateurs qu’à celle existant entre le médecin et son patient. Cette théorie a été élaborée en vue de corriger judiciairement les disparités de connaissances qui caractérisent la relation médecin-patient. Une relation d’inégalité encore plus grande existe entre le fabricant de produits médicaux et le consommateur et, à un moindre degré, entre le fabricant et le médecin. Contrairement à la relation médecin-patient, où le patient peut interroger son médecin sur les risques et les avantages d’une intervention particulière et où le médecin peut ajuster ses mises en garde en fonction des besoins et des aptitudes du patient, la relation fabricant-consommateur se caractérise principalement par une absence de communication directe ou de dialogue. Cette absence de dialogue entre le fabricant et le consommateur crée, comme l’a souligné Patricia

notes in "Drug/Vaccine Risks: Patient Decision-Making and Harm Reduction in the Pharmaceutical Company Duty to Warn Action" (1991), 70 *Can. Bar Rev.* 473, at p. 474, a relationship of complete dependency between manufacturer and patient. She explains the relationship in the following terms:

The patient is dependent both on the company and on the doctor to provide sufficient information for an informed decision to be made, as well as for treatment to heal the body, prevent a disease or palliate the pain. Dependency characterizes the relationship between vulnerable patient and the experts who exercise control over the patient's bodily fate. The physician's relationship with the pharmaceutical company also exhibits a dependency of the doctor, because of his or her limited pharmaceutical knowledge, on the company's information; but the relationship is also one in which the physician is courted through the company's marketing efforts and one in which the doctor is immune from physical harm and vulnerability.

Another element of the context within which the legal principles operate is the widespread use of pharmaceutical products apparently unaccompanied by significant public knowledge of the inherent risks.

A similar observation was made by Robins J.A. in *Buchan v. Ortho Pharmaceutical (Canada) Ltd.* (1986), 12 O.A.C. 361, which involved a suit by a woman against the Ortho pharmaceutical company after that woman had suffered a stroke from the use of Ortho's Novum oral contraceptives. In finding Ortho liable for failing to warn consumers about the risk of stroke inherent in the use of the contraceptives, Robins J.A. made the following observation, at p. 380:

As between drug manufacturer and consumer, the manufacturer is a distant commercial entity that, like manufacturers of other products, promotes its products directly or indirectly to gain consumer sales, sometimes, as in this case, accentuating value while under-emphasizing risks. Manufacturers hold an enormous informational advantage over consumers and, indeed, over most physicians. The information they provide often establishes the boundaries within which a physician deter-

Peppin dans «Drug/Vaccine Risks: Patient Decision-Making and Harm Reduction in the Pharmaceutical Company Duty to Warn Action» (1991), 70 *R. du B. can.* 473, à la p. 474, une relation de totale dépendance entre le fabricant et le patient. Voici en quels termes elle décrit cette relation:

[TRADUCTION] Le patient dépend à la fois de la compagnie et du médecin pour la divulgation des renseignements susceptibles de lui permettre de prendre une décision éclairée, de même que pour un traitement curatif, un traitement préventif ou le soulagement de la douleur. La dépendance caractérise la relation entre un patient vulnérable et les experts qui exercent un contrôle sur le sort de son organisme. La relation entre le médecin et la compagnie pharmaceutique témoigne également d'une dépendance du médecin, du fait de ses connaissances limitées en pharmacologie, à l'égard de l'information fournie par la compagnie; dans cette dernière relation toutefois, le médecin est courtoisé par la compagnie qui déploie ses techniques de marketing et il n'est pas exposé à la douleur physique et à la vulnérabilité.

Le contexte dans lequel opèrent les principes juridiques comporte un autre élément, savoir l'usage répandu de produits pharmaceutiques sans apparemment que le public n'ait une connaissance significative des risques qui s'y rattachent.

Le juge Robins a fait une observation semblable dans *Buchan c. Ortho Pharmaceutical (Canada) Ltd.* (1986), 12 O.A.C. 361, mettant en cause une femme qui avait poursuivi la compagnie pharmaceutique Ortho après avoir subi un accident cérébro-vasculaire par suite de l'utilisation des contraceptifs oraux Novum. En tenant Ortho responsable de n'avoir pas mis les consommateurs en garde contre le risque d'accident cérébro-vasculaire inhérent à l'utilisation des contraceptifs, le juge Robins a fait remarquer, à la p. 380:

[TRADUCTION] Dans la relation entre fabricant pharmaceutique et consommateur, le fabricant est une entité commerciale distante qui, à l'instar de tout autre fabricant, fait directement ou indirectement la promotion de ses produits dans le but d'en mousser la vente, parfois, comme en l'espèce, en accentuant la valeur tout en minimisant les risques. Les fabricants ont, sur le plan de l'information, un avantage énorme sur les consommateurs et, en fait, sur la plupart des médecins. C'est souvent l'information qu'ils fournissent qui sert à établir le cadre à l'intérieur duquel le médecin détermine les ris-

mines the risks of a possible harm and the benefits to be gained by a patient's use of a drug.

ques et les avantages que présente l'utilisation d'un médicament par son patient.

26 In light of the enormous informational advantage enjoyed by medical manufacturers over consumers, it is reasonable and just to require manufacturers, under the law of tort, to make clear, complete and current informational disclosure to consumers concerning the risks inherent in the ordinary use of their products. A high standard for disclosure protects public health by promoting the right to bodily integrity, increasing consumer choice and facilitating a more meaningful doctor-patient relationship. At the same time, it cannot be said that requiring manufacturers to be forthright about the risks inherent in the use of their product imposes an onerous burden on the manufacturers. As Robins J.A. explained in *Buchan, supra*, at p. 381, "drug manufacturers are in a position to escape all liability by the simple expedient of providing a clear and forthright warning of the dangers inherent in the use of their products of which they know or ought to know".

Compte tenu de l'énorme avantage qu'ont les fabricants par rapport aux consommateurs sur le plan de l'information, il est raisonnable et juste d'exiger, au regard du droit de la responsabilité délictuelle, que les fabricants divulguent aux consommateurs des renseignements clairs, complets et à jour concernant les risques inhérents à l'utilisation normale de leurs produits. Une norme élevée en matière de divulgation protège la santé publique en contribuant à la promotion du droit à l'intégrité physique, à l'élargissement des choix des consommateurs et à l'instauration d'une relation médecin-patient plus riche. Parallèlement, on ne saurait prétendre que l'obligation faite aux fabricants de divulguer franchement les risques inhérents à l'utilisation de leur produit impose à ceux-ci un fardeau onéreux. Comme le souligne le juge Robins dans l'arrêt *Buchan*, précité, à la p. 381, [TRADUCTION] «[les fabricants pharmaceutiques] ont la possibilité de s'exonérer de toute responsabilité par un simple expédient, savoir une mise en garde claire et franche concernant les dangers inhérents à l'utilisation de leurs produits qu'ils connaissent ou devraient connaître».

(ii) *The "Learned Intermediary" Rule*

(ii) *La règle de l'«intermédiaire compétent»*

27 As a general rule, the duty to warn is owed directly by the manufacturer to the ultimate consumer. However, in exceptional circumstances, a manufacturer may satisfy its informational duty to the consumer by providing a warning to what the American courts have, in recent years, termed a "learned intermediary". The "learned intermediary" rule was first elaborated in *Sterling Drug, Inc. v. Cornish*, 370 F.2d 82 (8th Cir. 1966), a suit brought by a patient blinded after taking the drug chloroquine phosphate. The rationale for the rule was outlined by Wisdom J. in *Reyes v. Wyeth Laboratories*, 498 F.2d 1264 (5th Cir. 1974), at p. 1276, cert. denied 419 U.S. 1096 (1974), a suit against a manufacturer of oral polio vaccine, in the following terms:

En règle générale, le fabricant a une obligation directe de mise en garde envers le consommateur final. Toutefois, dans des cas exceptionnels, le fabricant peut s'acquitter de son obligation d'informer le consommateur en faisant une mise en garde à celui que les tribunaux américains ont, ces dernières années, appelé l'«intermédiaire compétent». La règle de l'«intermédiaire compétent» a pour la première fois été énoncée dans *Sterling Drug, Inc. c. Cornish*, 370 F.2d 82 (8th Cir. 1966), portant sur une poursuite intentée par un patient devenu aveugle après avoir pris de la phosphate de chloroquine. Le fondement en a été expliqué en ces termes par le juge Wisdom dans *Reyes c. Wyeth Laboratories*, 498 F.2d 1264 (5th Cir. 1974), à la p. 1276, cert. refusé 419 U.S. 1096 (1974), mettant en cause le fabricant d'un vaccin oral contre la polio:

Prescription drugs are likely to be complex medicines, esoteric in formula and varied in effect. As a medical expert, the prescribing physician can take into account the propensities of the drug, as well as the susceptibilities of his patient. His is the task of weighing the benefits of any medication against its potential dangers. The choice he makes is an informed one, an individualized medical judgment bottomed on a knowledge of both patient and palliative. Pharmaceutical companies then, who must warn ultimate purchasers of dangers inherent in patent drugs sold over the counter, in selling prescription drugs are required to warn only the prescribing physician, who acts as a "learned intermediary" between manufacturer and consumer.

The rule was later reaffirmed and developed in a series of American cases during the 1970s and 1980s involving the liability of manufacturers of prescription drugs; see, for example, *Schenebeck v. Sterling Drug, Inc.*, 423 F.2d 919 (8th Cir. 1970); *Hoffman v. Sterling Drug, Inc.*, 485 F.2d 132 (3rd Cir. 1973); *Dunkin v. Syntex Laboratories, Inc.*, 443 F.Supp. 121 (W. D. Tenn. 1977); *Lindsay v. Ortho Pharmaceutical Corp.*, 637 F.2d 87 (2nd Cir. 1980); *Timm v. Upjohn Co.*, 624 F.2d 536 (5th Cir. 1980), cert. denied, 449 U.S. 1112 (1981); *Stanback v. Parke, Davis and Co.*, 657 F.2d 642 (4th Cir. 1981); *Walker v. Merck & Co.*, 648 F.Supp. 931 (M.D. Ga. 1986), aff'd 831 F.2d 1069 (11th Cir. 1987); *Plummer v. Lederle Laboratories*, 819 F.2d 349 (2nd Cir. 1987). In Canada, the rule was first considered in an *obiter* passage by Linden J. in *Davidson v. Connaught Laboratories* (1980), 14 C.C.L.T. 251 (Ont. H.C.), at p. 274, and later applied by a five-member panel of the Ontario Court of Appeal in *Buchan, supra*.

While the "learned intermediary" rule was originally intended to reflect, through an equitable distribution of tort duties, the tripartite informational relationship between drug manufacturers, physicians and patients, the rationale for the rule is clearly applicable in other contexts. Indeed, the "learned intermediary" rule is less a "rule" than a specific application of the long-established com-

[TRADUCTION] Il y a de bonnes chances pour que les médicaments délivrés sur ordonnance soient des médicaments complexes, à la formule ésothérique et à effet variable. En sa qualité d'expert médical, le médecin traitant peut prendre en compte les propriétés du médicament, de même que les prédispositions de son patient. Il lui incombe d'apprécier les avantages d'un médicament par rapport à ses dangers potentiels. Le choix qu'il fait est un choix éclairé, un jugement médical individualisé fondé sur la connaissance tant du patient que du traitement. Alors qu'elles doivent avertir les consommateurs ultimes des dangers inhérents aux médicaments brevetés en vente libre, les compagnies pharmaceutiques sont uniquement tenues, lorsqu'elles vendent des médicaments de prescription, d'avertir le médecin, lequel agit à titre d'«intermédiaire compétent» entre le fabricant et le consommateur.

La règle a par la suite été réaffirmée et explicitée dans une série de décisions américaines des années 1970 et 1980 mettant en cause la responsabilité de fabricants de médicaments de prescription; voir, à titre d'exemples, *Schenebeck c. Sterling Drug, Inc.*, 423 F.2d 919 (8th Cir. 1970); *Hoffman c. Sterling Drug, Inc.*, 485 F.2d 132 (3rd Cir. 1973); *Dunkin c. Syntex Laboratories, Inc.*, 443 F.Supp. 121 (W. D. Tenn. 1977); *Lindsay c. Ortho Pharmaceutical Corp.*, 637 F.2d 87 (2nd Cir. 1980); *Timm c. Upjohn Co.*, 624 F.2d 536 (5th Cir. 1980), cert. refusé, 449 U.S. 1112 (1981); *Stanback c. Parke, Davis and Co.*, 657 F.2d 642 (4th Cir. 1981); *Walker c. Merck & Co.*, 648 F.Supp. 931 (M.D. Ga. 1986), conf. par 831 F.2d 1069 (11th Cir. 1987); *Plummer c. Lederle Laboratories*, 819 F.2d 349 (2nd Cir. 1987). Au Canada, la règle a été pour la première fois examinée dans une opinion incidente du juge Linden dans *Davidson c. Connaught Laboratories* (1980), 14 C.C.L.T. 251 (H.C. Ont.), à la p. 274, puis appliquée par une formation de cinq juges de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Buchan*, précité.

Même si la règle de l'«intermédiaire compétent» visait à l'origine à refléter, grâce à une répartition équitable des obligations au regard de la responsabilité délictuelle, la relation informationnelle tripartite entre fabricants pharmaceutiques, médecins et patients, le raisonnement qui la sous-tend est clairement applicable dans d'autres contextes. En fait, la règle de l'«intermédiaire compétent» n'est,

mon law principles of intermediate examination and intervening cause developed in *Donoghue v. Stevenson*, *supra*, and subsequent cases; see, for example, *Holmes v. Ashford*, [1950] 2 All E.R. 76, at p. 80. Generally, the rule is applicable either where a product is highly technical in nature and is intended to be used only under the supervision of experts, or where the nature of the product is such that the consumer will not realistically receive a direct warning from the manufacturer before using the product. In such cases, where an intermediate inspection of the product is anticipated or where a consumer is placing primary reliance on the judgment of a "learned intermediary" and not the manufacturer, a warning to the ultimate consumer may not be necessary and the manufacturer may satisfy its duty to warn the ultimate consumer by warning the learned intermediary of the risks inherent in the use of the product.

plutôt qu'une «règle», qu'une application particulière des principes bien établis en common law de l'examen intermédiaire et de la cause intermédiaire, qui ont été énoncés dans *Donoghue c. Stevenson*, précité, et la jurisprudence subséquente; voir à titre d'exemple *Holmes c. Ashford*, [1950] 2 All E.R. 76, à la p. 80. De façon générale, la règle s'applique soit dans le cas d'un produit à forte teneur technique, destiné à être utilisé uniquement sous la surveillance d'experts, soit dans le cas d'un produit tel qu'il n'est pas réaliste de penser que le consommateur recevra une mise en garde directe du fabricant avant de l'utiliser. En pareil cas, lorsqu'une inspection intermédiaire du produit est prévisible ou que la confiance du consommateur repose principalement sur le jugement d'un «intermédiaire compétent» et non sur le fabricant, il peut ne pas être nécessaire de mettre en garde le consommateur final, et le fabricant peut s'acquitter de son obligation à son égard en avertissant l'intermédiaire compétent des risques inhérents à l'utilisation du produit.

29 However, it is important to keep in mind that the "learned intermediary" rule is merely an exception to the general manufacturer's duty to warn the consumer. The rule operates to discharge the manufacturer's duty not to the learned intermediary, but to the ultimate consumer, who has a right to full and current information about any risks inherent in the ordinary use of the product. Thus, the rule presumes that the intermediary is "learned", that is to say, fully apprised of the risks associated with the use of the product. Accordingly, the manufacturer can only be said to have discharged its duty to the consumer when the intermediary's knowledge approximates that of the manufacturer. To allow manufacturers to claim the benefit of the rule where they have not fully warned the physician would undermine the policy rationale for the duty to warn, which is to ensure that the consumer is fully informed of all risks. Since the manufacturer is in the best position to know the risks attendant upon the use of its product and is also in the best position to ensure that the product is safe for nor-

Toutefois, il importe de se rappeler que la règle de l'«intermédiaire compétent» n'est qu'une exception à l'obligation générale du fabricant de mettre le consommateur en garde. Selon cette règle, le fabricant a une obligation non pas envers l'intermédiaire compétent, mais envers le consommateur final, qui a le droit de recevoir une information complète et à jour concernant les risques inhérents à l'utilisation normale du produit. Ainsi, la règle présume que l'intermédiaire est «compétent», c'est-à-dire qu'il est pleinement au fait des risques associés à l'utilisation du produit. Par conséquent, on ne peut dire que le fabricant s'est acquitté de son obligation envers le consommateur que lorsque le degré de connaissance de l'intermédiaire se rapproche de celui du fabricant. Permettre aux fabricants d'invoquer le bénéfice de la règle dans les cas où ils n'ont pas pleinement mis le médecin en garde saperait le fondement même de l'obligation de mise en garde, qui consiste à faire en sorte que le consommateur soit pleinement informé de tous les risques. Étant donné que c'est le fabricant qui est le mieux en mesure de connaître les risques que présente l'utilisation de ses produits, et aussi le mieux en mesure de s'assurer

mal use, the primary duty to give a clear, complete, and current warning must fall on its shoulders.

(b) Application of the General Principles to the Case at Bar

The first question to be answered in this appeal is whether Dow owed Ms. Hollis a duty to warn her that the Silastic implant could rupture post-surgically inside her body and, if so, whether Dow satisfied that duty. In light of the foregoing jurisprudence, it is clear that the answer to this question depends on the answers to two subsidiary questions. First, did Dow have a duty to warn Ms. Hollis directly, or could it satisfy its duty to warn her by warning a “learned intermediary”, namely, Dr. Birch? Second, assuming that Dow could properly discharge its duty to Ms. Hollis by warning Dr. Birch, did Dow adequately warn Dr. Birch of the risk of post-surgical rupture in light of its state of knowledge at that time?

Turning to the first of these questions, it is my view that the “learned intermediary” rule is applicable in this context, and that Dow was entitled to warn Dr. Birch concerning the risk of rupture without warning Ms. Hollis directly. A breast implant is distinct from most manufactured goods in that neither the implant nor its packaging are placed directly into the hands of the ultimate consumer. It is the surgeon, not the consumer, who obtains the implant from the manufacturer and who is therefore in the best position to read any warnings contained in the product packaging. In this respect, breast implants are, in my view, analogous to prescription drugs, where the patient places primary reliance for information on the judgment of the surgeon, who is a “learned intermediary”, and not on the manufacturer; see *Buchan, supra*, at p. 368. They are not analogous to oral contraceptives, with respect to which many American courts have recently imposed a direct duty to warn, because direct warnings from manufacturers of breast implants are simply not feasible

que leur utilisation normale est sans danger, c’est sur lui que doit retomber l’obligation première de faire une mise en garde claire, complète et à jour.

b) Application des principes généraux à l’es-pèce

La première question à laquelle il faut répondre dans le présent pourvoi est celle de savoir si Dow avait l’obligation d’avertir M^{me} Hollis de la possibilité de rupture postopératoire de la prothèse Silastic dans son organisme et, dans l’affirmative, si Dow s’est acquittée de cette obligation. Compte tenu de la jurisprudence précitée, il appert que la réponse à cette question dépend des réponses qui seront apportées à deux questions subsidiaires. Premièrement, Dow avait-elle l’obligation de mettre directement en garde M^{me} Hollis, ou pouvait-elle s’acquitter de cette obligation en mettant en garde un «intermédiaire compétent», savoir le Dr Birch? Deuxièmement, en présumant que Dow pouvait dûment s’acquitter de son obligation envers M^{me} Hollis en mettant en garde le Dr Birch, a-t-elle, compte tenu des connaissances disponibles à l’époque adéquatement averti ce dernier du risque de rupture postopératoire?

En ce qui concerne la première de ces questions, je suis d’avis que la règle de l’«intermédiaire compétent» est applicable dans le présent contexte, et que Dow était en droit de prévenir le Dr Birch du risque de rupture sans prévenir directement M^{me} Hollis. À la différence de la plupart des produits manufacturés, ni la prothèse mammaire ni le produit emballé ne sont remis directement au consommateur final. C’est le chirurgien, non le consommateur, qui obtient la prothèse du fabricant et qui est le mieux placé pour lire les mises en garde apposées sur l’emballage. De ce point de vue, les prothèses mammaires sont, à mon avis, analogues aux médicaments délivrés sur ordonnance, étant donné que le patient se fie principalement au jugement du chirurgien, «intermédiaire compétent», pour obtenir l’information voulue, et non au fabricant; voir *Buchan*, précité, à la p. 368. Elles diffèrent des contraceptifs oraux, à l’égard desquels nombre de tribunaux américains ont récemment imposé une obligation directe de mise en garde, en ce que la mise en garde directe du fabricant des

given the need for intervention by a physician; see *MacDonald v. Ortho Pharmaceutical Corp.*, 475 N.E.2d 65 (Mass. J.C. 1985), at p. 70, *cert. denied* 474 U.S. 250 (1985); *Buchan, supra*, at pp. 368-69. In this respect, I observe that it is not, and has never been, Dow's practice to send warnings concerning their breast implants directly to patients. Although Dow includes product information with its implants, the implants are sold only to doctors or medical establishments, who are expected to pass this information on to their patients. In light of this fact, I conclude that a manufacturer in Dow's position can discharge its duty to the ultimate consumer by giving the treating surgeon clear, complete and current information concerning any general and specific risks that arise from the ordinary use of the product.

prothèses mammaires est tout à fait irréaliste étant donné l'intervention nécessaire d'un médecin; voir *MacDonald c. Ortho Pharmaceutical Corp.*, 475 N.E.2d 65 (Mass. J.C. 1985), à la p. 70, *cert. refusé* 474 U.S. 250 (1985); *Buchan*, précité, aux pp. 368 et 369. À cet égard, je souligne que Dow n'a pas et n'a jamais eu l'habitude d'adresser directement aux patientes des mises en garde concernant ses prothèses mammaires. Bien qu'accompagnées de renseignements techniques, les prothèses sont vendues uniquement aux médecins ou aux établissements médicaux, lesquels sont censés transmettre l'information à leurs patientes. Cela étant, je conclus qu'un fabricant placé dans la position de Dow peut s'acquitter de son obligation envers le consommateur final en donnant au chirurgien traitant une information claire, complète et à jour concernant les risques généraux et particuliers découlant de l'utilisation normale du produit.

1995 CanLII 55 (SCC)

32 However, the mere fact that the "learned intermediary" rule is applicable in this context does not absolve Dow of liability. As I mentioned earlier, the "learned intermediary" rule presumes that the intermediary is fully apprised of the risks, and can only provide shelter to the manufacturer where it has taken adequate steps to ensure that the intermediary's knowledge of the risks in fact approximates that of the manufacturer. Thus, the second, and more important, question to be resolved is whether Dow fulfilled its duty to Ms. Hollis by adequately warning Dr. Birch of the risk of post-surgical rupture of the implant.

Toutefois, le simple fait que la règle de l'«intermédiaire compétent» soit applicable dans le présent contexte n'exonère pas Dow de toute responsabilité. Comme je l'ai indiqué précédemment, cette règle suppose que l'intermédiaire soit pleinement informé des risques et elle ne peut servir à protéger le fabricant que si celui-ci a pris les mesures voulues pour faire en sorte que l'intermédiaire ait effectivement une connaissance des risques semblable à la sienne. Ainsi, la seconde et plus importante question qu'il nous faut résoudre est celle de savoir si Dow s'est acquittée de son obligation envers M^{me} Hollis en avertissant adéquatement le D^r Birch du risque de rupture post-opératoire de l'implant.

33 Although Bouck J. declined to rule on this issue, a majority of the Court of Appeal found that Dow's warning to Dr. Birch was inadequate. In my view, the Court of Appeal was correct in reaching this conclusion. It is well established that appellate courts have the jurisdiction to make a fresh assessment of the evidence on the record where they deem such an assessment to be in the interests of justice and feasible on a practical level; see *Prudential Trust Co. v. Forseth*, [1960] S.C.R. 210, at pp. 216-17. In this case, there was sufficient evidence on the record to allow the Court of

Bien que le juge Bouck ait refusé de trancher cette question, la Cour d'appel a conclu à la majorité que la mise en garde faite par Dow au D^r Birch n'était pas adéquate. À mon avis, c'est à bon droit que la Cour d'appel est arrivée à cette conclusion. Il est bien établi que les juridictions d'appel ont compétence pour apprécier à nouveau la preuve au dossier lorsqu'elles estiment qu'une telle appréciation est dans l'intérêt de la justice et qu'elle ne soulève pas d'obstacle en pratique; voir *Prudential Trust Co. c. Forseth*, [1960] R.C.S. 210, aux pp. 216 et 217. Dans la présente affaire, il y avait une

Appeal to make a full and proper re-assessment of the duty to warn issue without sending the case back to trial. While appellate courts are generally, and justifiably, wary of making findings of fact without having the advantage of seeing and hearing testimony first-hand, I do not believe that such concerns arise in this case because the bulk of the critical evidence adduced at trial was documentary, not testimonial. In light of the fact that Ms. Hollis has now waited close to seven years for the final resolution of her claim, and the high costs already created by the unusual length of this appeal process, I believe the Court of Appeal followed the proper course in weighing and assessing this evidence in order to achieve a measure of finality in this case; see, e.g., *Davie Shipbuilding Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 F.C. 461, at p. 464 (C.A.); *Nova, An Alberta Corporation v. Guelph Engineering Co.* (1989), 70 Alta. L.R. (2d) 97 (Alta. C.A.), at pp. 110-12.

Turning now to an assessment of the evidence itself, it is my view that the most compelling evidence supporting the Court of Appeal's decision can be found in the product inserts and literature which Dow supplied to doctors shortly before and after Ms. Hollis' surgery. By 1983, when Dr. Birch advised Ms. Hollis to have implantation surgery, Dow had made available to doctors two warnings regarding the risk of rupture of the Silastic implants. The first was a brochure directed at the medical community, dated 1976, and entitled "Suggested Surgical Procedures for Silastic Mammary Prostheses", which provided instructions regarding the use of the Silastic I breast implant and read as follows:

1. This prosthesis should be implanted without any alterations to its original design or fabrication. Meticulous care must be taken to avoid contact of any sharp edges or pointed objects with the prosthesis; any inadvertent cut or puncture will expose the silicone gel and render the prosthesis unusable. Do

preuve suffisante au dossier pour permettre à la Cour d'appel de procéder légitimement et pleinement à une nouvelle appréciation de la question de l'obligation de mise en garde, sans qu'il soit nécessaire de renvoyer le tout en première instance. Même si les juridictions d'appel sont en général, et de façon compréhensible, réticentes à tirer des conclusions de fait sans avoir l'avantage de voir et d'entendre elles-mêmes les témoins, je ne crois pas que la présente espèce soulève des considérations de ce genre puisque l'essentiel de la preuve cruciale présentée au procès était de nature documentaire et non testimoniale. Compte tenu que M^{me} Hollis attend maintenant depuis près de sept ans l'issue définitive de sa cause, et que la longueur inhabituelle des procédures d'appel a déjà engendré des frais élevés, j'estime que la Cour d'appel a choisi la démarche appropriée en pesant et en appréciant la preuve afin d'apporter une solution définitive à cette affaire; voir à titre d'exemples *Davie Shipbuilding Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 C.F. 461, à la p. 464 (C.A.); *Nova, An Alberta Corporation c. Guelph Engineering Co.* (1989), 70 Alta. L.R. (2d) 97 (C.A. Alb.), aux pp. 110 à 112.

Abordant maintenant la question de l'appréciation de la preuve elle-même, je suis d'avis que les éléments de preuve les plus convaincants à l'appui de la décision de la Cour d'appel se retrouvent dans la documentation et les renseignements techniques que Dow a fournis aux médecins peu avant et après l'opération de M^{me} Hollis. En 1983, lorsque le Dr Birch a conseillé à M^{me} Hollis de recourir aux prothèses, Dow avait fait aux médecins deux mises en garde concernant le risque de rupture des prothèses Silastic. La première figurait dans une brochure destinée au corps médical datée de 1976, et intitulée «Suggested Surgical Procedures for Silastic Mammary Prostheses», où l'on donnait les instructions suivantes touchant l'utilisation de la prothèse mammaire Silastic I:

[TRADUCTION]

1. Cette prothèse devrait être implantée sans modification de sa conception ou fabrication originale. Des précautions méticuleuses doivent être prises pour éviter qu'un objet tranchant ou pointu ne vienne en contact avec la prothèse; toute coupure ou perforation accidentelle mettra le gel de silicone à nu et ren-

not implant or attempt to repair and then insert a ruptured mammary prosthesis.

2. When antibiotic therapy and/or steroids (triamcinilone) are indicated, extreme care should be taken to ensure that these are delivered into the surrounding tissue and not inadvertently within the prosthesis.
- . . .
5. Be certain that the patient understands that following implantation, abnormal squeezing or trauma to the breasts could conceivably rupture the implant. [Emphasis added.]

The second warning was a product insert for the Silastic implant, dated November 1979, which outlined potential problems in using the implants in the following terms:

3. If the implant should accidentally rupture during insertion or be nicked with a sharp instrument or suture needle during closure, remove the implant and replace. *Do not try to repair implant or leave in surgical pocket with torn envelope and exposed gel.*

Note

A thorough study of the information provided and the exercise of due care in handling these devices should result in no problems for the surgeon. However, since Dow Corning realizes that accidental rupture of a device can occasionally occur, it is recommended that an extra pair of the same size implants be available at the time of surgery. [Emphasis in original.]

dra la prothèse inutilisable. En cas de rupture, ne pas implanter la prothèse mammaire ou tenter de la réparer pour ensuite l'insérer.

2. Si un traitement aux antibiotiques ou aux stéroïdes (triamcinilone) s'avère indiqué, il faut être très prudent afin que ces substances soient injectées uniquement dans les tissus périprothétiques et non, par mégarde, dans la prothèse.
- . . .
5. S'assurer que la patiente comprenne qu'après l'implantation une pression anormale ou un traumatisme aux seins pourrait entraîner une rupture de la prothèse. [Je souligne.]

La seconde mise en garde était contenue dans la documentation technique jointe à la prothèse Silastic, datée de novembre 1979, où l'on soulignait l'existence potentielle de problèmes dans l'utilisation des prothèses:

[TRADUCTION]

3. S'il devait y avoir rupture accidentelle de l'implant durant l'insertion ou si celui-ci devait être perforé par un instrument tranchant ou une aiguille à suture lors de la fermeture, retirer l'implant et le remplacer. *Ne pas essayer de le réparer et ne pas le laisser dans la loge chirurgicale si l'enveloppe est déchirée et le gel à l'état libre.*

Note

La mise en place des prothèses ne devrait poser aucun problème pour les chirurgiens qui auront pris attentivement connaissance des renseignements fournis et auront pris les soins voulus dans leur manipulation. Toutefois, étant donné qu'une rupture accidentelle peut à l'occasion se produire, Dow Corning recommande de prévoir, au moment de l'intervention, une paire additionnelle de prothèses de même taille. [En italique dans l'original.]

It is significant that the only reference in the 1976 and 1979 warnings to a risk of post-surgical rupture was the statement that "abnormal squeezing or trauma" might rupture the implants. There is no reference in these warnings to the possibility of rupture arising from normal squeezing or non-traumatic, everyday activity. This is significant because, in 1985, Dow began warning physicians of the possibility of rupture due to normal, non-traumatic activity in the product insert for the Silastic II implant, a new breast implant developed

Il est significatif que dans les mises en garde de 1976 et de 1979, la seule mention d'un risque de rupture postopératoire est celle associée à «une pression anormale ou un traumatisme». Aucune indication n'y figure quant à la possibilité d'une rupture résultant d'une pression normale ou d'une activité quotidienne non traumatique. Cela est révélateur parce que, en 1985, Dow a commencé à prévenir les médecins de la possibilité de rupture due à une activité normale non traumatique dans les renseignements techniques inclus avec la pro-

in the early 1980s with a thicker envelope and greater durability than the earlier Silastic I model. The relevant portions of the 1985 insert read as follows:

Rupture of implants has been reported both intra- and post-operatively. Rupture may result from the following . . . excessive stresses or manipulation as may be experienced during normal living experiences including routine and purposeful trauma as in vigorous exercise, athletics, and intimate physical contact . . . or other unknown causes at the site of implantation. . . . The patient should be adequately informed of the possibility of implant rupture with the use of this technique and of the necessity to remove a ruptured implant should that occur. [Emphasis added.]

It continues with a warning about the danger of gel infection:

As reported in the literature, when an implant ruptures gel may be released from the implant envelope despite the cohesive properties of the gel. If left in place, complications such as enlarged lymph nodes, scar formation, inflammation . . . may result.

A limited preliminary study has been reported to the medical community that in the presence of select bacterial infection at the site of a ruptured implant, extravasated gel may be altered by the bacteria with a resultant decrease in cohesivity of the gel. If true, there is greater potential for distant migration of the gel.

In the event that a ruptured prosthesis is suspected, and especially if the area becomes infected, Dow Corning recommends removal of the envelope and gel.

These potential consequences should be understood by the surgeon and explained to the patient prior to implantation.

In the event of a rupture, Dow Corning recommends prompt removal of the envelope and gel. The long term physiological effects of uncontained silicone gel are currently unknown.

Therefore, the patient should not be lead [*sic*] to unrealistic expectations as to the performance or cosmetic

thèse Silastic II, nouvel implant mammaire mis au point au début des années 1980. Cette nouvelle prothèse était constituée d'une enveloppe plus épaisse et devait être plus durable que le précédent modèle Silastic I. Voici les parties pertinentes de la documentation de 1985:

[TRADUCTION] Des cas de rupture ont été signalés tant pendant qu'après l'opération. La rupture peut résulter [. . .] d'une manipulation ou d'un stress excessifs survenant dans le cours de la vie quotidienne, comme de traumatismes normaux ou délibérés associés à des exercices vigoureux, des activités d'athlétisme et des contacts physiques intimes [. . .] ou autres causes inconnues dans la région périprothétique. [. . .] La patiente devrait être adéquatement informée de la possibilité de rupture consécutive à l'utilisation de cette technique et de la nécessité de procéder alors à son extirpation. [Je souligne.]

Suit une mise en garde à propos du danger d'infection par le gel:

[TRADUCTION] Comme le signalent les publications, la rupture de la prothèse peut entraîner l'issue du gel hors de l'enveloppe, et ce malgré les propriétés cohésives du gel. Si l'implant est laissé en place, il y a risque de complications, tels le développement d'une adénopathie, la formation de cicatrices, une réaction inflammatoire . . .

Selon une étude préliminaire limitée diffusée au corps médical, la présence d'une certaine infection bactérienne dans la région de la rupture peut avoir pour effet d'altérer le gel et d'en diminuer la cohésivité. Si les résultats de cette étude se confirment, il y a risque accru de projection du gel à distance.

Dans le cas où l'on soupçonne une rupture de la prothèse, et particulièrement si la région devient infectée, Dow Corning recommande l'enlèvement de l'enveloppe et du gel.

Il importe que le chirurgien soit conscient de ces conséquences possibles et qu'il les explique à la patiente avant l'implantation.

En cas de rupture, Dow Corning recommande le retrait rapide de l'enveloppe et du gel. Les effets physiologiques à long terme de la présence dans l'organisme de gel non confiné ne sont pas connus pour le moment.

Il importe donc de ne pas entretenir chez la patiente d'attentes irréalistes quant au rendement ou aux résultats

results that the surgery and prosthesis can provide. The patient should be informed that the life expectancy of any implant is unpredictable.

36

It is clear from a comparison of the 1985 warning with the earlier warnings that the 1985 warning is far more explicit, both with respect to the potential causes of post-surgical implant rupture and the potential effects. Of particular significance, in my view, is the statement in the 1985 warning that rupture can be caused by "excessive stresses or manipulation as may be experienced during normal living experiences" such as "vigorous exercise, athletics, and intimate physical contact". There is, without question, a substantial difference between "trauma", on the one hand, and the "stresses" and "manipulation" of "normal living experiences", on the other hand. The difference is that, while the earlier warnings implied that rupture would occur only in extreme cases of violent impact, the 1985 warning made it clear that a patient who received an implant would have to consider altering her lifestyle to avoid rupture. The difference between the 1985 warning and the earlier warnings was significant to a woman in Ms. Hollis' position because, subsequent to her surgery, she decided to enrol in a baker's course, which involved regular and heavy upper body movements. While a baker's course may not cause "trauma" to an implant, it would certainly create a risk of "excessive stresses or manipulation". Thus, a more accurate warning could quite reasonably have affected her choice of profession and her resulting exposure to unnecessary risk.

37

This is not to say, of course, that the standard of care to which Dow must be held for its warning practices in 1983 should be measured according to its knowledge of the risks of implant rupture in 1985. In light of the significant differences between the 1985 warning and the earlier warnings, the crucial next question is whether Dow knew or should have known of the risks referred to in the 1985 warning when Ms. Hollis had her implantation surgery in 1983. In my view, there

cosmétiques de l'opération et de la prothèse. La patiente devrait être informée de l'impossibilité de prévoir la durée de vie d'une prothèse.

Comparativement aux mises en garde antérieures, il est manifeste que celle de 1985 est beaucoup plus explicite, en ce qui concerne tant les causes possibles de rupture postopératoire de la prothèse que ses effets potentiels. L'affirmation dans la mise en garde de 1985 que la rupture peut résulter «d'une manipulation ou d'un stress excessifs survenant dans le cours de la vie quotidienne», tels des «exercices vigoureux, des activités d'athlétisme et des contacts physiques intimes», revêt à mon avis une importance particulière. Il existe sans l'ombre d'un doute une différence substantielle entre un «traumatisme», d'une part, et le «stress» et la «manipulation» survenant «dans le cours de la vie quotidienne», d'autre part. Alors que les mises en garde antérieures laissaient entendre que la rupture ne survenait que dans les cas extrêmes d'impact violent, celle de 1985 faisait clairement comprendre que la patiente recevant une prothèse devait envisager de modifier son mode de vie afin d'éviter tout risque de rupture. Pour une femme comme M^{me} Hollis, la différence entre la mise en garde de 1985 et les mises en garde antérieures était importante puisque, subséquentement à l'intervention, elle a décidé de s'inscrire à un cours de boulangerie, ce qui l'obligeait à faire régulièrement des mouvements énergiques de la partie supérieure du corps. Certes, un cours de boulangerie peut ne pas causer de «traumatisme» à une prothèse, mais il créait assurément un risque «de manipulation ou de stress excessifs». On peut donc raisonnablement penser qu'une mise en garde plus adéquate aurait influencé le choix de sa profession et, partant, son exposition à un risque inutile.

Il ne s'ensuit pas, naturellement, que la norme de diligence applicable à Dow quant à sa pratique en matière de mise en garde en 1983 devrait être appréciée en regard de sa connaissance des risques de rupture des prothèses en 1985. Compte tenu des différences importantes entre la mise en garde de 1985 et les mises en garde antérieures, la question cruciale qu'il convient ensuite de poser est celle de savoir si Dow connaissait ou aurait dû connaître les risques évoqués dans la mise en garde de 1985

1995 CanLII 55 (SCC)

was sufficient evidence adduced at trial to establish that Dow did have such knowledge. At trial, evidence was introduced that, between 1976 and 1984, Dow had received 78 field reports from doctors of post-operative "unexplained" ruptures occurring in the Silastic implants. These ruptures were categorized as "unexplained" because they were not attributable to any known causes of rupture, such as trauma or surgical mishap. The number of complaints of implant ruptures Dow received during the period 1975 to 1984 were as follows:

<u>Year</u>	<u>Number of Complaints</u>	<u>Année</u>	<u>Nombre de plaintes</u>
1975	1	1975	1
1976	3	1976	3
1977	6	1977	6
1978	5	1978	5
1979	5	1979	5
1980	8	1980	8
1981	13	1981	13
1982	7	1982	7
1983	13	1983	13
1984	17	1984	17
Total	78	Total	78

From the above table, it is apparent that, by late 1983, Dow had already received between 48 and 61 of the 78 unexplained rupture reports it received before issuing its revised 1985 warning. Counsel for Dow conceded that the nature and quantity of the information available to Dow did not change significantly between late 1983 and early 1985. Thus, although the reports were admitted into evidence at trial for the purpose of establishing their existence and not as to the truth of their contents, the mere fact that Dow had these reports in their possession demonstrates that, in 1983, Dow had notice that ruptures were occurring that were not directly attributable to abnormal squeezing or trauma. Counsel for Dow was unable to explain why it took Dow more than two years to convey the information concerning the unexplained ruptures to either the medical community or the consumers.

lorsque M^{me} Hollis a subi l'implantation chirurgicale en 1983. À mon avis, la preuve présentée au procès était suffisante pour établir que Dow avait une telle connaissance. Il a en effet été introduit en preuve en première instance qu'entre 1976 et 1984, Dow a reçu 78 rapports de médecins concernant des ruptures postopératoires «inexpliquées» de prothèses Silastic. Ces ruptures étaient qualifiées d'«inexpliquées» parce qu'elles n'étaient pas attribuables à l'une ou l'autre des causes connues de rupture, tel un traumatisme ou un accident chirurgical. Voici un tableau du nombre de plaintes de rupture d'implants reçues par Dow entre 1975 et 1984:

Il appert du tableau qui précède qu'à la fin de 1983, Dow avait déjà en main entre 48 et 61 des 78 rapports de cas de rupture inexplicée qu'elle a reçus avant d'émettre sa mise en garde révisée de 1985. L'avocat de Dow a concédé que la nature et la quantité des renseignements dont la compagnie disposait n'ont pas changé de façon significative entre la fin de 1983 et le début de 1985. Ainsi, bien que les rapports aient été admis en preuve au procès dans le but d'établir leur existence et non la véracité de leur contenu, le simple fait que Dow les avait en sa possession démontre qu'en 1983 elle avait noté que certaines ruptures survenues n'étaient pas directement attribuables à une pression anormale ou à un traumatisme. L'avocat de Dow n'a pu expliquer pourquoi la compagnie avait mis plus de deux ans avant de transmettre au corps médical ou aux consommateurs l'information relative aux ruptures inexplicées.

39

A similar lag time can be discerned with respect to Dow's warnings concerning the effects of implant ruptures on the body. The evidence indicates that, prior to 1983, and even as early as 1979, Dow was aware that implant ruptures could cause adverse reactions in the body arising from loose gel. In a 1979 research paper prepared by Dow's research department, the purpose of which was to determine the nature of the particulate matter produced from implants by abrasion, and to investigate possible changes in the lymph nodes and the possible transfer of the particulate material from the implant site to the lymph nodes, the department indicated the following:

The production of particulate matter from orthopedic implants by abrasion, flexion, or other stresses is a well known and common occurrence with most prosthetic materials. The occurrence of particulate matter associated with silicone elastomer prostheses within the tissue capsule surrounding the prostheses is also known to occur.

In late 1977, we were appraised [*sic*] by Dr. A. B. Swanson of two patients, both of whom had borne SILASTIC implants for several years, from whom enlarged axillary lymph nodes had been removed due to suspicion of malignancy.

The department also concluded that loose gel could travel from the implant site to the lymph nodes and could cause negative reactions:

Thus, the intracellular material within the lymph node in all probability, has originated from the prosthetic device and appears to have produced a foreign body granulomatous inflammatory reaction within the lymph node without a significant degree of collagen proliferation. The appearance of large aggregate masses in the outer medullary regions is consistent with transport of the particulate elastomer via the lymphatic system but does not exclude concomitant vascular transport.

In light of the state of Dow's knowledge in 1979, it is significant that none of the Dow warnings before 1985 made reference to adverse reactions to loose gel in the body or the possibility that loose gel could travel away from the implant site. While the 1985 warning referred to the dangers of "enlarged lymph nodes, scar formation, inflamma-

On observe un laps de temps semblable en ce qui a trait aux mises en garde de Dow quant aux effets de la rupture des prothèses sur l'organisme. Il ressort de la preuve que, antérieurement à 1983 et même dès 1979, Dow savait qu'une rupture pouvait causer des réactions indésirables résultant de la diffusion du gel. Dans un rapport rédigé en 1979, le service de recherche de la société tentait de déterminer le type de particules libérées par les implants sous l'effet de l'abrasion et étudiait les changements possibles au niveau des ganglions lymphatiques et la migration éventuelle des particules de l'implant vers ces ganglions. Il indiquait notamment:

[TRADUCTION] La libération de particules par les implants orthopédiques sous l'effet de l'abrasion, de la flexion ou d'autres stress est un fait bien connu que l'on observe fréquemment dans le cas de la plupart des matériaux prothétiques. Il a également été établi que des particules provenant de prothèses en élastomère de silicone peuvent se retrouver à l'intérieur de la capsule fibreuse entourant la prothèse.

À la fin de 1977, le Dr A. B. Swanson a porté à notre connaissance le cas de deux porteuses de prothèses SILASTIC implantées depuis plusieurs années, chez qui on a dû procéder à l'ablation de ganglions axillaires à cause d'une adénopathie potentiellement maligne.

Le service de recherche a également conclu que le gel libéré dans la région périprothétique pouvait gagner les ganglions lymphatiques et entraîner des réactions indésirables:

[TRADUCTION] Par conséquent, le matériel intracellulaire à l'intérieur du ganglion provient fort probablement de la prothèse et semble avoir provoqué à cet endroit une réaction inflammatoire granulomateuse à un corps étranger sans prolifération importante du collagène. La présence de grosses masses compactes dans les régions médullaires externes évoque une diffusion des particules d'élastomère par le système lymphatique mais n'exclut pas une migration vasculaire concomitante.

Vu l'état des connaissances de Dow en 1979, il est significatif qu'aucune de ses mises en garde antérieures à 1985 n'ait mentionné le problème des réactions indésirables attribuables au gel libéré dans l'organisme ou la possibilité de migration du gel hors de la région périprothétique. Alors que la mise en garde de 1985 évoquait les dangers tels

1995 CanLII 55 (SCC)

tion” and the potential, after a rupture, for “distant migration of the gel”, the 1976 and 1979 warnings make no reference to any such potential consequences.

In my view, Dow had a duty to convey its findings concerning both the “unexplained” rupture phenomenon and the possible harm caused by loose gel inside the body to the medical community much sooner than it did. In light of the fact that implants are surgically placed inside the human body, and that any defects in these products will obviously have a highly injurious effect on the user, the onus on Dow to be forthcoming with information was extremely high throughout the relevant period. Despite this fact, for over six years Dow took no action to express its concerns to the medical community. Given Dow’s knowledge of the potential harm caused by loose gel in the body, this lag time is simply unacceptable. The duty to warn is a continuing one and manufacturers of potentially hazardous products have an obligation to keep doctors abreast of developments even if they do not consider those developments to be conclusive. As Robins J.A. noted in *Buchan, supra*, at p. 375:

A manufacturer of prescription drugs occupies the position of an expert in the field; this requires that it be under a continuing duty to keep abreast of scientific developments pertaining to its product through research, adverse reaction reports, scientific literature and other available methods. When additional dangerous or potentially dangerous side-effects from the drug’s use are discovered, the manufacturer must make all reasonable efforts to communicate the information to prescribing physicians. Unless doctors have current, accurate and complete information about a drug’s risks, their ability to exercise the fully informed medical judgment necessary for the proper performance of their vital role in prescribing drugs for patients may be reduced or impaired.

une «adénopathie, la formation de cicatrices, une réaction inflammatoire» et la possibilité, après rupture, de «projection du gel à distance», les mises en garde de 1976 et de 1979 ne faisaient aucune mention de ces conséquences possibles.

À mon avis, Dow avait l’obligation de transmettre au corps médical, beaucoup plus tôt qu’elle ne l’a fait, ses constatations concernant tant le phénomène de la rupture «inexpliquée» que le dommage susceptible d’être causé par la diffusion de gel dans l’organisme. Compte tenu du fait que les prothèses sont implantées chirurgicalement à l’intérieur du corps humain, et que tout défaut de ces produits aura de toute évidence un effet hautement dommageable sur la porteuse, le fardeau qui incombait à Dow quant à la divulgation franche de l’information était extrêmement élevé tout au long de la période pertinente. Malgré cela, pendant plus de six ans, Dow n’a pris aucune mesure pour informer le corps médical de ses préoccupations. Étant donné la connaissance que Dow avait des dommages susceptibles d’être causés par la diffusion de gel dans l’organisme, ce laps de temps est tout simplement inacceptable. L’obligation de mise en garde est une obligation continue et les fabricants de produits potentiellement dangereux ont l’obligation de tenir les médecins au courant de tout élément nouveau, même de ceux qu’ils ne considèrent pas concluants. Comme le juge Robins l’a souligné dans l’arrêt *Buchan*, précité, à la p. 375:

[TRADUCTION] Le fabricant de médicaments de prescription occupe la position d’un expert en la matière; cela exige qu’il soit continuellement soumis à l’obligation de se tenir au courant des développements scientifiques touchant ses produits, au moyen de la recherche, des rapports de réactions indésirables, des publications scientifiques et autres méthodes disponibles. S’il est découvert d’autres effets secondaires dangereux ou potentiellement dangereux associés à l’utilisation d’un médicament, le fabricant doit faire tous les efforts raisonnables pour communiquer cette information aux médecins qui le prescrivent. Sans une information à jour, exacte et complète concernant les risques associés à un médicament, les médecins peuvent voir diminuer ou altérer leur capacité de remplir correctement, par l’exercice d’un jugement médical éclairé, le rôle vital qu’ils jouent dans la prescription des médicaments.

... where medical evidence exists which tends to show a serious danger inherent in the use of a drug, the manufacturer is not entitled to ignore or discount that information in its warning solely because it finds it to be unconvincing; the manufacturer is obliged to be forthright and to tell the whole story.

... lorsqu'il existe une preuve médicale tendant à démontrer qu'un danger grave est inhérent à l'utilisation d'un médicament, le fabricant n'a pas le droit d'écarter cette information ou de ne pas en tenir compte dans sa mise en garde uniquement pour le motif qu'il n'estime pas cette preuve convaincante; il a l'obligation d'être franc et exhaustif.

41

In its submissions to this Court, Dow attempted to justify its recalcitrant warning practices by arguing that the numbers of "unexplained" ruptures were small over the relevant period (the rate of rupture was less than 1/10 of 1 percent) and by arguing that "unexplained" ruptures, being unexplained, are not a distinct category of risk of which they could realistically have warned. In my view, these arguments fail because both are based upon the assumption that Dow only had the obligation to warn once it had reached its own definitive conclusions with respect to the cause and effect of the "unexplained" ruptures. This assumption has no support in the law of Canada. Although the number of ruptures was statistically small over the relevant period, and the cause of the ruptures was unknown, Dow had an obligation to take into account the seriousness of the risk posed by a potential rupture to each user of a Silastic implant. Indeed, it is precisely because the ruptures were "unexplained" that Dow should have been concerned. Certainly, it would not have been onerous for Dow to have included an update in their product inserts to the effect that "unexplained" ruptures had been reported which were not attributable to surgical procedures, and a list of the possible side-effects of such ruptures. As Prowse J.A. observed, at pp. 20-21, of her reasons in the Court of Appeal:

Dans l'argumentation qu'elle a présentée devant notre Cour, Dow s'est efforcée de justifier ses réticences en matière de mise en garde en faisant valoir que le nombre de ruptures «inexpliquées» pendant la période pertinente était faible (moins de 1/10 pour 100) et en soutenant que les ruptures «inexpliquées», de ce seul fait, ne forment pas une catégorie distincte de risque contre laquelle elle aurait pu de façon réaliste faire une mise en garde. À mon avis, ces arguments ne sauraient être retenus parce qu'ils postulent tous deux que Dow n'avait une obligation de mise en garde qu'après avoir tiré ses propres conclusions définitives quant à la cause et à l'effet des ruptures «inexpliquées». Or ce postulat n'a aucun fondement en droit canadien. Bien que le nombre de ruptures ait été statistiquement faible pendant la période pertinente, et que leur cause ait été inconnue, il incombait à Dow de tenir compte de la gravité du risque que présentait pour chacune des porteuses une rupture possible de la prothèse Silastic. D'ailleurs, c'est précisément parce que les ruptures étaient «inexpliquées» que Dow aurait dû s'en préoccuper. À n'en pas douter, il ne lui aurait pas été difficile d'inclure dans la documentation technique une mise à jour faisant état des cas signalés de ruptures «inexpliquées» non attribuables à l'intervention chirurgicale et dressant la liste des effets secondaires possibles de telles ruptures. Ainsi que l'a fait observer le juge Prowse dans les motifs majoritaires de la Cour d'appel (aux pp. 20 et 21):

1995 CanLII 55 (SCC)

Dow was in a much better position to advise of the incidence of rupture than was any individual doctor or even the community of plastic surgeons performing breast implantations, since Dow was the repository for complaints of rupture. This placed a significant onus on Dow to keep the medical community advised of devel-

[TRADUCTION] Dow était beaucoup mieux placée pour parler de l'incidence des ruptures qu'un médecin individuel ou même l'ensemble des plasticiens pratiquant des implantations mammaires puisque c'est elle qui recevait les plaintes à ce sujet. Elle assumait donc la charge importante de tenir le corps médical informé des élé-

opments with respect to its products which could have serious consequences for their patients.

Dow was not required to issue a warning each time a rupture occurred, but it would not be expecting too much to expect it to issue updated information in this regard to the medical community on a yearly basis, or sooner, if the circumstances warranted it.

I conclude, therefore, that the Court of Appeal made no error in ruling that Dow did not discharge its duty to Ms. Hollis by properly warning Dr. Birch concerning the risk of post-surgical implant rupture.

2. *Did Dow's Breach of the Duty to Warn Cause Ms. Hollis' Injury?*

Dow raises two distinct causation issues in this appeal. The first is whether Ms. Hollis would have elected to have the operation if she had been properly warned of the risk by Dr. Birch. Dow submits that a reasonable woman in Ms. Hollis' position would have consented to the surgery despite the risk and, on this basis, argues that its failure to warn was not the proximate cause of Ms. Hollis' injury. The second issue Dow raises is whether Dr. Birch would have warned Ms. Hollis if he had been properly warned by Dow of the risk. Dow submits that Ms. Hollis had the onus of establishing that Dr. Birch would not have warned Ms. Hollis even if fully apprised by Dow of the risk and, once again, argues that its failure to warn cannot be the proximate cause of her injuries. Counsel for Ms. Hollis sought to meet the first issue on a factual basis alone. As to the second issue, however, he contested as well the underpinnings of Dow's argument, which as will appear raises more substantial legal issues. I shall accordingly approach the issues on that basis.

ments nouveaux concernant ses produits susceptibles d'avoir de graves conséquences pour les patientes.

Dow n'était pas tenue d'émettre une mise en garde chaque fois que survenait un cas de rupture, mais il n'aurait pas été exagéré de s'attendre à ce qu'elle distribue l'information à jour au corps médical annuellement ou plus fréquemment selon les circonstances.

J'en arrive donc à la conclusion que la Cour d'appel n'a commis aucune erreur en décidant que Dow ne s'est pas acquittée de l'obligation qu'elle avait envers M^{me} Hollis de donner au Dr Birch une mise en garde adéquate concernant le risque de rupture postopératoire de la prothèse.

2. *Le manquement de Dow à son obligation de mise en garde a-t-il causé le préjudice subi par M^{me} Hollis?*

Dow soulève en l'espèce deux questions distinctes relativement à la causalité. La première consiste à déterminer si M^{me} Hollis aurait choisi de subir l'opération si le Dr Birch l'avait adéquatement prévenue du risque qu'elle courait. Dow soutient qu'une femme raisonnable placée dans la situation de M^{me} Hollis aurait consenti à l'intervention malgré le risque et, sur ce fondement, elle fait valoir que sa mise en garde défaillante n'a pas été la cause immédiate du préjudice qu'elle a subi. La seconde question soulevée par Dow est celle de savoir si le Dr Birch aurait mis M^{me} Hollis en garde si Dow l'avait adéquatement prévenu du risque. Dow soutient qu'il incombait à M^{me} Hollis d'établir que le Dr Birch ne l'aurait pas mise en garde même si la société l'avait pleinement informé du risque et, encore là, elle fait valoir que sa mise en garde défaillante ne peut être la cause immédiate de son préjudice. L'avocat de M^{me} Hollis a tenté de répondre à la première question sur une base factuelle seulement. Pour ce qui est de la seconde question, il a contesté également le fondement de l'argumentation de Dow qui, comme nous le verrons, soulève des questions de droit plus importantes. J'examinerai donc les questions en fonction de ces points de vue.

(a) Would Ms. Hollis Have Consented to the Operation Even if Properly Warned of the Risk?

(i) *The Appropriate Test*

44 In determining whether Ms. Hollis would have consented to the operation had she been properly warned by Dr. Birch of the risk of rupture, Prowse J.A. applied the modified objective test developed by this Court in *Reibl, supra*, which involved a negligence action by a patient against a surgeon for failing to warn him of the risk of paralysis entailed in elective surgery performed by that surgeon. The test applied by Prowse J.A. was as follows: would a reasonable woman in Ms. Hollis' particular circumstances have consented to the surgery if she had known all the material risks? I note, however, that in *Buchan, supra*, at pp. 380-81, Robins J.A. found the *Reibl* test to be inapplicable to products liability cases, and instead applied a subjective test. Robins J.A.'s rationale deserves to be quoted at length:

The considerations applicable to and the responsibilities involved in a doctor-patient relationship differ markedly from those of a manufacturer-consumer relationship. As between doctor and patient, there is a direct and intimate relationship in which the relative advantages and disadvantages of a proposed medical treatment, including the taking of a drug, can be considered, discussed and evaluated. As between drug manufacturer and consumer, the manufacturer is a distant commercial entity that, like manufacturers of other products, promotes its products directly or indirectly to gain consumer sales, sometimes, as in this case, accentuating value while under-emphasizing risks. Manufacturers hold an enormous informational advantage over consumers and, indeed, over most physicians. The information they provide often establishes the boundaries within which a physician determines the risks of possible harm and the benefits to be gained by a patient's use of a drug. Manufacturers, unlike doctors, are not called upon to tailor their warnings to the needs and abilities of the individual patient; and, unlike doctors, they are not

a) Madame Hollis aurait-elle consenti à l'opération même si elle avait été adéquatement mise en garde contre le risque?

(i) *Le critère approprié*

Pour déterminer si M^{me} Hollis aurait consenti à l'opération si le Dr Birch l'avait adéquatement mise en garde contre le risque de rupture, le juge Prowse a appliqué le critère objectif modifié établi par notre Cour dans l'arrêt *Reibl*, précité, qui portait sur l'action en négligence qu'avait intentée un patient contre un chirurgien qui avait omis de l'avertir du risque de paralysie que comportait une chirurgie non urgente pratiquée par ce dernier. Le juge Prowse a appliqué le critère suivant: une femme raisonnable placée dans la situation particulière de M^{me} Hollis aurait-elle consenti à l'opération si elle en avait connu tous les risques importants? Je note toutefois que dans l'arrêt *Buchan*, précité, aux pp. 380 et 381, le juge Robins a estimé que le critère de l'arrêt *Reibl* était inapplicable en matière de responsabilité du fabricant et il a appliqué à la place un critère subjectif. Il convient de reprendre une grande partie de son raisonnement:

[TRADUCTION] Il existe une différence marquée entre les considérations applicables à la relation médecin-patient et les responsabilités qui en découlent, et celles qui s'attachent à la relation fabricant-consommateur. Entre le médecin et le patient, se tisse une relation directe et intime dans le cadre de laquelle les avantages et les désavantages relatifs d'un traitement médical envisagé ou de la prise d'un médicament peuvent être examinés et appréciés. Dans la relation entre fabricant pharmaceutique et consommateur, le fabricant est une entité commerciale distante qui, à l'instar de tout autre fabricant, fait directement ou indirectement la promotion de ses produits dans le but d'en mousser la vente, parfois, comme en l'espèce, en accentuant la valeur tout en minimisant les risques. Les fabricants ont, sur le plan de l'information, un avantage énorme sur les consommateurs et, de fait, sur la plupart des médecins. C'est souvent l'information qu'ils fournissent qui sert à établir le cadre à l'intérieur duquel le médecin détermine les risques et les avantages que présente l'utilisation d'un médicament par son patient. Contrairement aux médecins, les fabricants ne sont pas appelés à adapter leurs mises en garde aux aptitudes et aux besoins particuliers du patient et, contrairement aux médecins,

required to make the type of judgment call that becomes subject to scrutiny in informed consent actions.

When a manufacturer's breach of the duty to warn is found to have influenced a physician's opinion as to the safety of a drug thereby contributing to the physician's non-disclosure of a material risk and the consumer's ingestion of the drug, the manufacturer is not entitled to require the injured consumer to prove that a reasonable consumer in her position would not have taken the drug if properly warned. At this juncture, the case stands on no different footing than the usual products liability case in which there is no question of the intervention of an intermediary, and should be treated as such. The manufacturer has put a product on the market without proper warning. The likelihood that the consumer will take the drug without knowledge of its potential risks is a foreseeable consequence of the breach of the duty to warn. Whether the particular consumer would have taken the drug even with a proper warning is a matter to be decided by the trier of fact on all of the relevant evidence.

In my opinion, it was open to the trial judge, viewing the evidence as he did, to credit the plaintiff's testimony that she would not have taken the pill had she been told of the danger of stroke, and to determine the causation issue accordingly. Whether a so-called reasonable woman in the plaintiff's position would have done likewise is beside the point.

Robins J.A. also addressed the argument that the imposition of a subjective standard would place an undue burden on drug manufacturers. He rejected this argument for the following reason, at p. 381:

The suggestion that the determination of this causation issue other than by way of an objective test would place an undue burden on drug manufacturers is answered by noting that drug manufacturers are in a position to escape all liability by the simple expedient of providing a clear and forthright warning of the dangers inherent in the use of their products of which they know or ought to know. In my opinion, it is sound in principle and in policy to adopt an approach which facilitates

ils ne sont pas tenus de poser le type de jugement personnel qui peut faire l'objet d'un examen dans le cadre d'actions fondées sur l'absence de consentement éclairé.

Lorsqu'on conclut que le manquement par un fabricant à son obligation de mise en garde a influencé l'opinion d'un médecin quant à l'innocuité d'un médicament, contribuant ainsi à la non-divulgence d'un risque important par le médecin et à la prise du médicament par la consommatrice, le fabricant ne peut exiger de celle-ci qu'elle prouve qu'une consommatrice raisonnable placée dans sa situation n'aurait pas pris le médicament si on l'avait adéquatement mise en garde. Sur ce point, l'affaire n'est pas différente des affaires ordinaires de responsabilité du fabricant où la question de l'intervention d'un intermédiaire ne se pose pas, et elle devrait être traitée comme telle. Le fabricant a mis un produit sur le marché sans mise en garde adéquate. La probabilité que la consommatrice prenne le médicament sans en connaître les risques potentiels est une conséquence prévisible du manquement à l'obligation de mise en garde. La question de savoir si une consommatrice donnée aurait pris le médicament même après avoir reçu une mise en garde adéquate relève du juge des faits, lequel en décidera en tenant compte de tous les éléments de preuve pertinents.

À mon avis, il était loisible au juge de première instance, ayant pris connaissance de la preuve, d'ajouter foi au témoignage de la demanderesse selon lequel elle n'aurait pas pris la pilule si elle avait été mise au courant du danger d'accident cérébro-vasculaire, et de trancher en conséquence la question de la causalité. La question de savoir si une femme dite raisonnable dans la situation de la demanderesse aurait agi de la même manière n'est pas pertinente.

Le juge Robins a également examiné l'argument voulant que l'adoption d'une norme subjective imposerait une charge trop lourde aux fabricants pharmaceutiques. Il a rejeté ce moyen pour le motif suivant, à la p. 381:

[TRADUCTION] On peut répondre à l'argument suivant lequel l'adoption d'un critère autre qu'objectif imposerait une charge indue aux fabricants pharmaceutiques en soulignant que ceux-ci ont la possibilité de s'exonérer de toute responsabilité par un simple expédient, savoir une mise en garde claire et franche concernant les dangers inhérents à l'utilisation de leurs produits qu'ils connaissent ou devraient connaître. À mon avis, il est sage, sur le plan des principes et de l'intérêt public, d'adopter

meaningful consumer choice and promotes marketplace honesty by encouraging full disclosure. This is preferable to invoking evidentiary burdens that serve to exonerate negligent manufacturers as well as manufacturers who would rather risk liability than provide information which might prejudicially affect their volume of sales.

45

In my view, the rationale given by Robins J.A. for a subjective test is compelling and justifies the adoption of the subjective test in cases of this nature. The most serious concern raised by the application of a subjective test is that the plaintiff, with the benefit of hindsight, will always claim that she would not have used the product if she had been properly warned. In *Reibl, supra*, at pp. 897-99, Laskin C.J. elaborated upon this concern in the following terms:

An alternative to the subjective test is an objective one, that is, what would a reasonable person in the patient's position have done if there had been proper disclosure of attendant risks. The case for the objective standard has been tersely put in the following passage from a comment in (1973), 48 N.Y.U.L. Rev. 548, at p. 550, entitled "Informed Consent — A Proposed Standard for Medical Disclosure":

Since proximate causation exists only if disclosure would have resulted in the patient's foregoing the proposed treatment, a standard must be developed to determine whether the patient would have decided against the treatment had he been informed of its risks. Two possible standards exist: whether, if informed, the particular patient would have foregone treatment (subjective view); or whether the average prudent person in plaintiff's position, informed of all material risks, would have foregone treatment (objective view). The objective standard is preferable, since the subjective standard has a gross defect: it depends on the plaintiff's testimony as to his state of mind, thereby exposing the physician to the patient's hindsight and bitterness.

It could hardly be expected that the patient who is suing would admit that he would have agreed to have the surgery, even knowing all the accompanying risks. His suit

une approche qui favorise le choix éclairé du consommateur et l'honnêteté commerciale en encourageant la divulgation complète. Cela vaut mieux que d'invoquer des fardeaux de la preuve qui servent à exonérer les fabricants négligents de même que ceux qui préfèrent risquer d'engager leur responsabilité plutôt que de fournir des renseignements susceptibles d'être préjudiciables au volume de leurs ventes.

À mon avis, le raisonnement que suit le juge Robins pour retenir un critère subjectif est convaincant et justifie son adoption dans les affaires de ce type. La plus importante préoccupation que soulève l'application de ce critère est que la demanderesse, avec le recul, prétendra toujours qu'elle n'aurait pas utilisé le produit si on l'avait mise en garde de manière adéquate. Dans l'arrêt *Reibl*, précité, le juge en chef Laskin a commenté cette préoccupation dans les termes suivants, aux pp. 897 et 898:

L'alternative au critère subjectif est le critère objectif, c'est-à-dire ce qu'une personne raisonnable dans la situation du patient aurait fait si les risques que comporte l'opération avaient été bien divulgués. Les arguments en faveur de la norme objective ont été énoncés avec concision dans le passage suivant tiré d'un commentaire paru à (1973), 48 N.Y.U.L. Rev. 548, à la p. 550, intitulé «Informed Consent — A Proposed Standard for Medical Disclosure»:

[TRADUCTION] Puisque la causalité directe n'existe que si la divulgation avait amené le patient à refuser le traitement envisagé, il faut élaborer une norme pour déterminer si le patient aurait refusé de subir le traitement si on l'avait informé des risques. Deux normes possibles existent: ce patient donné aurait-il refusé le traitement s'il avait été renseigné (considération subjective)?; ou une personne prudente placée dans la situation du demandeur, connaissant tous les risques importants, aurait-elle refusé le traitement (considération objective)? La norme objective est préférable puisque la norme subjective présente un défaut flagrant: elle est subordonnée au témoignage du demandeur quant à son état d'esprit, exposant le médecin à l'analyse rétrospective du patient et à sa rancœur.

On peut difficilement s'attendre à ce que le patient qui intente une poursuite admette qu'il aurait consenti à l'opération même en connaissant tous les risques qu'elle

would indicate that, having suffered serious disablement because of the surgery, he is convinced that he would not have permitted it if there had been proper disclosure of the risks, balanced by the risks of refusing the surgery.

Although the concern raised by Laskin C.J. is valid and should continue to be applied in a doctor-patient relationship, in a suit against a manufacturer for failure to warn this concern can be adequately addressed at the trial level through cross-examination and through a proper weighing by the trial judge of the relevant testimony. While this difference between the type of proof required in the two kinds of actions may seem anomalous, it is amply justified having regard to the different circumstances in which the relevant duties arise, and the consequent difference in the nature of these duties. As Robins J.A. intimated in *Buchan*, the duty of the doctor is to give the best medical advice and service he or she can give to a particular patient in a specific context. It is by no means coterminous with that of the manufacturer of products used in rendering that service. The manufacturer, on the other hand, can be expected to act in a more self-interested manner. In the case of a manufacturer, therefore, there is a greater likelihood that the value of a product will be overemphasized and the risk underemphasized. It is, therefore, highly desirable from a policy perspective to hold the manufacturer to a strict standard of warning consumers of dangerous side effects to these products. There is no reason, as in the case of a doctor, to modify the usual approach to causation followed in other tortious actions. Indeed the imbalance of resources and information between the manufacturer and the patient, and even the doctor, weighs in the opposite direction. Moreover, it is important to remember that many product liability cases of this nature will arise in a context where no negligence can be attributed to a doctor. It would appear ill-advised, then, to distort the rule that is appropriate for claims against a manufacturer simply because of an apparent anomaly that results in cases where a doctor is also alleged to have been negligent.

comportait. Sa poursuite tend à indiquer, que gravement handicapé suite à l'opération, il est convaincu qu'il n'y aurait pas consenti si on lui avait bien divulgué les risques de l'opération comparés aux risques que présentait le refus de la subir.

Bien que la préoccupation du juge en chef Laskin soit valable et qu'on doive continuer à l'appliquer à la relation patient-médecin, il est possible, dans le cas d'une poursuite contre un fabricant pour défaut de mise en garde, d'y répondre adéquatement en première instance par voie de contre-interrogatoire et par la juste appréciation par le juge des témoignages pertinents. Bien que cette différence entre le genre de preuve requise dans les deux types d'action puisse sembler inusitée, elle est amplement justifiée eu égard aux circonstances différentes dans lesquelles naissent les obligations pertinentes et à la différence qui en découle quant à la nature de ces obligations. Comme l'indique le juge Robins dans *Buchan*, le devoir du médecin est de donner à son patient, dans un contexte donné, les meilleurs conseils et services médicaux possibles. Il ne coïncide aucunement avec celui du fabricant des produits utilisés dans la prestation de ces services. On peut s'attendre à ce que le fabricant, pour sa part, agisse de façon plus intéressée. Dans son cas, il y a donc une plus grande probabilité que la valeur du produit soit exagérée et les risques minimisés. Il est donc hautement souhaitable, sur le plan des principes, de lui appliquer une norme stricte en ce qui concerne les mises en garde contre les effets secondaires dangereux de ces produits. Il n'y a aucune raison, comme dans le cas du médecin, de modifier la conception de la causalité généralement appliquée en matière de responsabilité délictuelle. En fait, l'inégalité des ressources et de l'information entre le fabricant et le patient, voire le médecin, pointe dans la direction opposée. En outre, il importe de rappeler que nombre d'affaires de cette nature prendront naissance dans un contexte où aucune négligence ne peut être imputée au médecin. Il semblerait donc peu judicieux de déroger à la règle applicable aux demandes visant un fabricant simplement parce qu'il en résulte une apparente anomalie dans les cas où la négligence du médecin est également alléguée.

(ii) *The Application of the Test to the Facts of the Case at Bar*

47

In my view, there was sufficient evidence adduced at trial to satisfy the subjective *Buchan* test. Ms. Hollis testified quite clearly at trial that, had she had been properly warned by Dr. Birch of the risk of rupture, she would not have had the surgery. She stated:

Q. And what, if anything, would you have done if you had been advised that that was a risk of the procedure?

A. I would not have had the procedure.

Q. Why would that be?

A. Well, when I held that implant in my hand, I gave it back very quickly and it did bother me to hold it. Had I known that that gel could have escaped the bag in some way, I know I wouldn't have had the surgery.

No adverse findings were made either at trial or on appeal with respect to the credibility of Ms. Hollis' testimony.

48

Moreover, there was ample evidence adduced at trial to lend credence to Ms. Hollis' claim that she would not have had the surgery if properly warned. At trial, two plastic surgeons gave testimony concerning whether a reasonable woman in Ms. Hollis' position would have consented to the surgery if properly warned. Dow's witness was Dr. Warren, a plastic surgeon specializing in breast prosthesis implantation, who testified that "the vast majority" of women who seek breast implants "seem to come in 'pre-sold'" on the idea of getting an implant. According to Dr. Warren, when the women are "pre-sold" they are not generally deterred by warnings concerning the risk of rupture. He stated:

Q. And they have obviously gone ahead and had the operation?

A. There is the occasional patient who, when they hear of these complications, decides it's not for them but

(ii) *L'application du critère aux faits de l'es-pèce*

À mon avis, il y avait une preuve suffisante au procès pour satisfaire au critère subjectif de l'arrêt *Buchan*. Madame Hollis a dit très clairement à l'audience que, si le Dr Birch l'avait suffisamment mise en garde contre le risque de rupture, elle ne se serait pas fait opérer. Elle s'est exprimée ainsi:

[TRADUCTION]

Q. Et qu'auriez-vous fait si l'on vous avait avertie que l'intervention comportait ce risque?

R. Je n'aurais pas subi l'intervention.

Q. Et pourquoi?

R. Bien, lorsque j'ai tenu la prothèse dans ma main, je l'ai remise très rapidement; je n'ai pas aimé l'avoir dans ma main. Si j'avais su que le gel pouvait s'échapper de quelque façon de l'enveloppe, je sais que je n'aurais pas accepté de subir l'intervention.

Aucune conclusion défavorable n'a été tirée au procès ou en appel quant à la crédibilité du témoignage de M^{me} Hollis.

Qui plus est, il y avait amplement d'éléments de preuve au procès pour ajouter foi à l'affirmation de M^{me} Hollis qu'elle n'aurait pas subi l'intervention si elle avait été adéquatement mise en garde. Deux plasticiens sont venus témoigner sur la question de savoir si une femme raisonnable dans la situation de M^{me} Hollis aurait consenti à l'intervention après avoir reçu une mise en garde adéquate. Le Dr Warren, plasticien spécialisé dans l'implantation de prothèses mammaires, qui a témoigné pour la société Dow, a déclaré que «la grande majorité» des femmes qui veulent se faire implanter des prothèses mammaires «semblent «déjà vendues»» à l'idée d'avoir une prothèse. Selon le Dr Warren, les mises en garde concernant le risque de rupture n'ont généralement pas d'effet dissuasif sur les femmes «déjà vendues» à l'idée:

[TRADUCTION]

Q. Et elles sont évidemment allées de l'avant et ont subi l'opération?

R. Il arrive à l'occasion qu'une patiente, après avoir été prévenue de ces complications, décide que ce n'est

certainly the vast majority — if I can use this word — seem to come in “presold” and they go ahead.

Dr. Birch called Dr. Thompson as a witness. Dr. Thompson is a plastic surgeon who, in the course of his practice, does breast prosthesis implantation. Under cross-examination, Dr. Thompson testified that the decision whether to have implant surgery following a proper warning will depend in large part upon the level of risk aversion to which each individual patient is susceptible. He stated:

Q In your experience with patients, is it apparent to you that some patients are risk takers and others are not risk takers?

A Yes.

Q Some people think nothing at all of accepting the risk of death under anaesthesia to have breast implants, when you think about it, is that correct?

A Yes.

Q And other people would single out that risk, as an example, as too great a risk to bother having breast implants?

A Yes. Yes.

Q And those judgments are different between virtually everyone in the population?

A Yes.

Q And both views are reasonable?

A Yes.

In my view, there was ample evidence on the record to demonstrate that Ms. Hollis did not fall into the category of “pre-sold” women described by Dr. Warren. On the contrary, the evidence indicates that Ms. Hollis was not a risk taker and that she did not even consider having breast surgery until after her general practitioner, Dr. Mills, referred her for that purpose to Dr. Birch, a plastic surgeon who had been treating her for acne scarring on her cheeks. Ms. Hollis testified that, prior to her first physical exam in 1983, she had not been interested in having plastic surgery on her breasts. She stated:

pas pour elle. Mais certainement, la grande majorité des femmes — si je peux m’exprimer ainsi — semblent «déjà vendues» et elles vont de l’avant.

Le Dr Birch a cité comme témoin le Dr Thompson, plasticien qui, dans le cours de sa pratique, effectue des implantations de prothèses mammaires. En contre-interrogatoire, le Dr Thompson a déclaré que, après une mise en garde adéquate, la décision de subir l’implantation chirurgicale dépend en grande partie du niveau de risque que chaque patiente est prête à accepter. Il a dit:

[TRADUCTION]

Q D’après votre expérience avec les patientes, vous apparaît-il manifeste que certaines sont du type à prendre des risques et d’autres ne le sont pas?

R Oui.

Q Certaines personnes n’hésitent pas à prendre le risque de mourir sous anesthésie pour se faire implanter des prothèses mammaires; en y réfléchissant, est-ce exact?

R Oui.

Q Tandis que d’autres personnes vont considérer que ce risque, par exemple, est trop élevé pour se faire implanter des prothèses mammaires.

R Oui. Oui.

Q Et ces jugements varient pratiquement pour chaque personne?

R Oui.

Q Et les deux façons de voir sont raisonnables?

R Oui.

À mon avis, les éléments de preuve au dossier établissaient amplement que M^{me} Hollis n’appartenait pas à la catégorie des femmes «déjà vendues» décrite par le Dr Warren. Au contraire, la preuve indique que M^{me} Hollis n’était pas le genre de personne à prendre des risques et qu’elle n’avait même jamais songé à subir une intervention aux seins avant que son médecin généraliste, le Dr Mills, la renvoie à ce sujet au Dr Birch, un plasticien qui l’avait traitée pour des marques d’acné sur les joues. Madame Hollis a déclaré en témoignage que, avant son premier examen physique en 1983, l’idée d’une mammoplastie ne l’avait jamais intéressée:

A. I knew my breasts were not attractive. I might say that I became more conscious of it or self-conscious of it in my later teens.

A. I never really thought of getting them fixed. I just thought they were unattractive. I never thought of having anything done to them.

Ms. Hollis also testified that, prior to her second referral to Dr. Birch, she had never seen a doctor specifically about correcting her condition. She stated:

A. Well, it was my real first complete physical, meaning a breast examination as well, and I was nervous about it. I was nervous that I would have to show him my breast, so before — I had a robe on and before Dr. Mills did the examination, I told him that I was self-conscious of my breasts and thought that they maybe just weren't right. And he did the examination and covered the breasts back up with the robe. And then he did say they aren't right.

A. Well, he suggested that, because I had already seen Dr. Birch about the acne pitting, that I return to him about my breasts. My right nipple was elongated as well. It almost looked like it was one and a half — to me it looked that way.

And he said, if nothing else, Dr. Birch might be able to do something with the nipple or the nipple could have something done.

At trial, Dow's lawyers cross-examined Ms. Hollis persistently concerning whether she was ashamed of her breasts, whether she thought they were abnormal and whether she thought they would affect her ability to get married. Ms. Hollis admitted that she knew her breasts did not fit the "ideal" concept of an attractive breast but insisted that she was not ashamed of them. She testified:

[TRADUCTION]

R. Je savais que mes seins n'étaient pas attrayants. Je dirais que j'en ai pris conscience ou que j'ai développé une gêne à ce sujet à la fin de mon adolescence.

R. Je n'ai jamais pensé à subir une intervention. Je pensais simplement que mes seins n'étaient pas attrayants. Je n'ai jamais pensé que je pourrais faire quelque chose à ce sujet.

Madame Hollis a également témoigné que, avant sa seconde rencontre avec le Dr Birch, elle n'avait jamais consulté un médecin spécialement à ce sujet:

[TRADUCTION]

R. Bien, c'était mon premier véritable examen physique complet, c'est-à-dire avec un examen des seins, et j'étais nerveuse. L'idée d'avoir à lui montrer mes seins me rendait nerveuse et donc avant — je portais un peignoir et avant que le Dr Mills ne fasse l'examen, je lui ai dit que j'étais gênée par mes seins et que peut-être ils n'étaient pas corrects. Il a fait l'examen et a remis le peignoir en place. Et alors il a dit qu'effectivement ils n'étaient pas corrects.

R. Bien, il a suggéré que je retourne voir le Dr Birch, que j'avais déjà consulté à propos de marques d'acné, au sujet de mes seins. Mon mamelon droit était allongé. Il paraissait une fois et demi plus long — du moins pour moi.

Et il a dit que le Dr Birch pourrait peut-être, au moins, faire quelque chose pour le mamelon ou qu'on pourrait le corriger.

Au procès, les avocats de Dow ont contre-interrogé M^{me} Hollis avec persistance pour savoir si elle avait honte de ses seins, si elle pensait qu'ils étaient anormaux et si elle croyait que cela pourrait compromettre ses chances de se marier. Madame Hollis a reconnu qu'elle savait que ses seins ne correspondaient pas au modèle «idéal» de la poitrine attrayante, mais elle a insisté pour dire qu'elle n'en avait pas honte:

Q. And you were concerned about what effect your appearance at that time would have on your prospects of marriage, weren't you?

A. I hadn't thought of them in that way, to that extent. I thought they were unattractive breasts and that I would live with them.

A. I looked at it more that the breasts would not be something I would have given a lot of thought to had I been in love with someone and wanted to marry. I would think that they would have been fine, even though they were unattractive.

Ms. Hollis also testified that, prior to the surgery, the appearance of her breasts had no significant effect on her social life. Her concerns about their appearance did not affect the way she wore clothing or her relationships with other people. Indeed, when asked if she had breast implant surgery to help her poor self-image, Ms. Hollis testified that her low self-esteem at that time was attributable to other factors. She stated:

Q. I mean, you did have a poor self-image of yourself at that point, didn't you?

A. I don't know if you would say poor, you know. I didn't have a wonderful self-image of myself, but, again, I'm not sure if it was simply because of my breasts.

Q. Well, that was the major ingredient, if there were other factors?

A. I don't know if I could even agree to that at that time.

The veracity of Ms. Hollis' testimony concerning this question was borne out by Dr. Birch's testimony. Dr. Birch testified that, when he originally saw Ms. Hollis to examine the acne scarring on her face, they had no discussion with respect to breast problems or a desire on her part to have breast surgery. Dr. Birch testified that it was only when Dr. Mills referred her back to him a second time that he examined her breasts. Prior to that second examination, Dr. Mills spoke to Dr. Birch, explained to him that Ms. Hollis was very shy, and

[TRANSDUCTION]

Q. Et vous vous inquiétiez de l'effet que votre apparence à cette époque aurait sur vos perspectives de mariage, n'est-ce pas?

R. Je n'y avais pas songé de cette façon, sous cet angle. Je pensais qu'ils n'étaient pas attrayants mais que je pouvais vivre comme cela.

R. Je considérais davantage que ce n'était pas une chose à laquelle j'aurais attaché beaucoup d'importance si j'avais été amoureuse et si j'avais voulu me marier. Je pensais qu'ils auraient été corrects, même s'ils n'étaient pas attrayants.

Madame Hollis a également déclaré qu'avant l'opération l'apparence de sa poitrine n'avait eu aucun effet significatif sur sa vie sociale. La préoccupation qu'elle avait à ce sujet n'avait pas modifié sa façon de se vêtir ou ses relations avec son entourage. En fait, lorsqu'on lui a demandé si elle avait subi une implantation mammaire pour rehausser l'estime qu'elle avait d'elle-même, elle a répondu que sa faible estime de soi à cette époque était due à d'autres facteurs:

[TRANSDUCTION]

Q. Vous aviez effectivement alors une mauvaise image de vous-même, n'est-ce pas?

R. Je ne sais pas si on peut dire mauvaise. Je n'avais pas une image merveilleuse de moi-même mais, encore une fois, je ne suis pas certaine que c'était uniquement à cause de ma poitrine.

Q. Eh bien, c'était le facteur principal, s'il y en avait d'autres?

R. Je ne sais pas si j'aurais même été d'accord avec cela à cette époque.

La véracité du témoignage de M^{me} Hollis sur cette question est renforcée par le témoignage du D^r Birch. Celui-ci a déclaré que lorsqu'il a vu à l'origine M^{me} Hollis pour examiner les marques d'acné sur son visage, il n'a pas été question de problèmes de poitrine ou d'un désir de sa part d'avoir une opération aux seins. Il a dit que ce n'est que lorsque le D^r Mills l'a renvoyée à lui une seconde fois qu'il a examiné ses seins. Avant ce second examen, le D^r Mills a parlé au D^r Birch pour lui expliquer que M^{me} Hollis était très timide

told him to be gentle with her. Dr. Birch also testified that Ms. Hollis was very tentative about approaching the whole issue of the condition of her breasts. He stated:

Q Now, what was Miss Hollis' reaction or manner of presentation to you in your office on that occasion, that July 28th visit?

A Well, she was as Dr. Mills had described her to be, a quiet, shy person who didn't seem to me to have easily approached this whole question of the problem she was having with her breasts. It seemed to be a very important problem to her, but she was extremely reticent in being examined so that it almost created some difficulty in carrying out an examination at first

Dr. Birch testified that Ms. Hollis was more shy than the average woman with respect to exposing her naked body. He stated:

. . . I probably examine an average of five women a day that way and so I have some idea of what average characteristics of women's behavior in that regard are and she was not within the average at all.

Dr. Birch testified under cross-examination that the majority of his patients who have breast implants are pleased with the results. However, he felt that Ms. Hollis' case could not be compared to cases of purely cosmetic surgery in which women may be very keen to keep implants even though they may have experienced problems with them. He stated:

Q And the remainder that have — that have problems with the result, is it fair to say that those people will go to lengths to attempt to keep the breast prosthesis in their body?

A Yes, in general I think that that's a true statement. They become happy with the increased volume. Now, we're not talking about cases like Miss Hollis, we're talking usually about cases that are just routine breast enlargement procedures.

I, therefore, conclude that Ms. Hollis would not have opted for the surgery had she known of all the attendant risks.

et lui recommander d'être très délicat avec elle. Le Dr Birch a également déclaré que Mme Hollis paraissait très incertaine devant toute cette question de l'état de sa poitrine. Il a dit:

[TRADUCTION]

Q Maintenant, quelle a été la réaction de Mme Hollis ou sa façon de se présenter dans votre bureau à cette occasion, lors de cette visite du 28 juillet?

R Eh bien, elle était comme le Dr Mills me l'avait décrite, une personne réservée, timide, qui ne me paraissait pas avoir facilement envisagé toute cette question du problème de sa poitrine. Cela semblait être un problème très important pour elle, mais elle était extrêmement réticente à l'idée d'être examinée, ce qui a failli créer certaines difficultés au moment même de l'examen

Le Dr Birch a témoigné que Mme Hollis était plus gênée que la moyenne des femmes devant la perspective d'être nue:

[TRADUCTION] . . . j'examine probablement en moyenne cinq femmes par jour de cette façon; j'ai donc une certaine idée du comportement moyen des femmes à cet égard et elle n'était pas du tout dans la moyenne.

En contre-interrogatoire, le Dr Birch a déclaré que la majorité de ses patientes porteuses de prothèses mammaires sont satisfaites des résultats. Cependant, il a estimé que le cas de Mme Hollis ne pouvait se comparer aux cas des femmes ayant subi une chirurgie purement esthétique et qui sont souvent très désireuses de garder les prothèses même après avoir eu des problèmes:

[TRADUCTION]

Q Et les autres qui ont — qui ont des problèmes, est-il exact de dire que ces personnes feront tout ce qu'elles peuvent pour tenter de garder les prothèses mammaires?

R Oui, en général je crois que c'est exact. Elles sont heureuses de l'augmentation de volume. Maintenant, il ne s'agit pas de cas comme celui de Mme Hollis, il s'agit habituellement de simples cas d'augmentation mammaire.

Par conséquent, je conclus que Mme Hollis n'aurait pas opté pour l'opération si elle avait connu tous les risques que celle-ci comportait.

(b) Would Dr. Birch's Conduct Have Been the Same Whether or Not Dow Was in Breach of the Duty to Warn?

The second causation issue raised by Dow is whether Dr. Birch would have warned Ms. Hollis of the risk of rupture if Dow had properly warned Dr. Birch about that risk. Dow argues that there is no direct causal link between its breach of the duty to warn and Ms. Hollis' injury because, in 1983, Dr. Birch was aware of the risk of implant rupture but did not make a habit of warning his patients about that risk. In support of this argument, Dow relies on Dr. Birch's testimony at trial that, in 1983, he was warning only 20% to 30% of his patients of implant rupture, and that, in determining the nature and scope of his warnings to patients, he relied more on the articles he read in medical journals than on manufacturers' warnings.

It is right to say, however, that the trial judge found that in 1983 the average plastic surgeon in British Columbia did not in fact know about the possibility that rupture of Silastic implants could be a factor of any significance. This finding is supported and amplified by the fact that after Dow began circulating its more extensive 1985 warning and knowledge of the risk of rupture in the medical community became more prevalent, Dr. Birch adapted his practice accordingly, and by 1989 he was warning all his patients of the risk of rupture.

I do not propose to enter further into or assess these factors. I say this because, while Dow is correct in submitting that there was some ambiguity at trial concerning Dr. Birch's warning practices in 1983, Dow's argument is based upon the assumption that to succeed in her claim against Dow Ms. Hollis must prove that Dr. Birch would have warned her if Dow had properly warned Dr. Birch. I do not think this assumption is well founded. Ms. Hollis, it will be remembered, demonstrated that Dow had breached its duty to warn her of the risk of rupture, that she would not have undergone the medical procedure if she had been fully informed

b) Le comportement du Dr Birch aurait-il été le même indépendamment du manquement de Dow à son obligation de mise en garde?

La seconde question soulevée par Dow relativement à la causalité est celle de savoir si le Dr Birch aurait mis M^{me} Hollis en garde relativement au risque de rupture si Dow l'avait adéquatement prévenu de ce risque. Dow soutient qu'il n'y a pas de lien de causalité direct entre son manquement à l'obligation de mise en garde et le préjudice subi par M^{me} Hollis parce qu'en 1983 le Dr Birch était au courant du risque de rupture de la prothèse mais n'avait pas pris l'habitude d'en informer ses patientes. À l'appui de ce moyen, Dow invoque le témoignage du Dr Birch au procès selon lequel, en 1983, il n'avertissait qu'entre 20 à 30 pour 100 de ses patientes des risques de rupture, et que, en décidant de la nature et de la portée de ses mises en garde, il se fondait davantage sur les articles qu'il lisait dans des revues médicales que sur les mises en garde du fabricant.

Il y a lieu de dire toutefois que le juge de première instance a conclu que, dans les faits, le plasticien moyen en Colombie-Britannique ne connaissait pas, en 1983, l'importance du risque de rupture de la prothèse Silastic. Cette conclusion est étayée et renforcée par le fait que, après que Dow eut commencé en 1985 à faire circuler une mise en garde plus détaillée et que la connaissance du risque de rupture se fut davantage répandue au sein du corps médical, le Dr Birch a adapté sa pratique en conséquence et que, en 1989, il avertissait toutes ses patientes du risque de rupture.

Je n'ai pas l'intention d'aller plus loin dans l'analyse de ces facteurs. Et cela parce que, bien qu'elle ait raison de souligner l'ambiguïté apparue au procès concernant la pratique suivie en 1983 par le Dr Birch en matière de mise en garde, Dow fonde son argument sur le postulat que, pour avoir gain de cause contre elle, M^{me} Hollis doit prouver que le Dr Birch l'aurait mise en garde s'il avait lui-même été adéquatement mis en garde par Dow. Je ne crois pas que ce postulat soit bien fondé. Madame Hollis, rappelons-le, a établi que Dow a manqué à son obligation de la mettre en garde contre le risque de rupture, qu'elle n'aurait pas subi

of the risks, and that she suffered injury from the rupture. Had Dr. Birch been adequately warned but had not passed on the information to Ms. Hollis, Dow would, it is true, have been absolved of liability by virtue of the learned intermediary doctrine. But I fail to see how one can reason from this that, for Dow to be liable, Ms. Hollis must now establish that Dr. Birch would have informed her if he had known. To require her to do so would be to ask her to prove a hypothetical situation relating to her doctor's conduct, one, moreover, brought about by Dow's failure to perform its duty. While the legal and persuasive onus in a negligence case generally falls on the plaintiff, I do not see how this can require the plaintiff to prove a hypothetical situation of this kind.

l'intervention si elle avait été pleinement informée des risques, et que la rupture lui a causé un préjudice. Si le Dr Birch avait reçu une mise en garde adéquate mais ne l'avait pas transmise à M^{me} Hollis, Dow aurait certes été exonérée de toute responsabilité conformément à la théorie de l'intermédiaire compétent. Mais je ne vois pas comment on peut en déduire que pour engager la responsabilité de Dow, M^{me} Hollis doit maintenant établir que le Dr Birch l'aurait informée s'il avait été lui-même mis au courant. L'obliger à établir cette preuve serait lui demander de faire la preuve d'une situation hypothétique relativement au comportement de son médecin et, qui plus est, d'une situation résultant du manquement de Dow à son obligation. Si, dans une affaire de négligence, la charge ultime et de persuasion incombe généralement au demandeur, je ne vois pas comment cela peut obliger le demandeur à prouver une situation hypothétique de ce genre.

1995 CanLII 55 (SCC)

56 The reasoning in this Court's decision in *Cook v. Lewis*, [1951] S.C.R. 830, is helpful in this context. In that case, the plaintiff was shot by one of two members of a hunting party. The jury had found that the plaintiff had been shot by one of the two hunters, and that both of the hunters had been negligent in shooting in the plaintiff's direction, but were unable to say which hunter's bullet had actually hit the plaintiff. On this basis, the jury exculpated both defendants from negligence. This Court set aside the jury finding and ruled that, once the plaintiff had proved that he had been shot by one of the defendants, the onus was on the defendants to establish absence of negligence. Unless they could exculpate themselves both would be liable. In a concurring judgment setting forth his reasons for reversing the burden of proof, Rand J. made the following remarks, at pp. 832-33, that serve to illuminate the present discussion:

Le raisonnement qu'a suivi notre Cour dans *Cook c. Lewis*, [1951] R.C.S. 830, apporte un éclairage utile dans le présent contexte. Dans cette affaire, le demandeur avait été atteint d'un coup tiré par l'un de deux membres d'un groupe de chasseurs. Tout en concluant que l'un des deux chasseurs avait tiré sur le demandeur et que les deux chasseurs avaient été négligents en tirant dans sa direction, le jury a été incapable de déterminer lequel des deux avait tiré le coup qui avait atteint le demandeur. Il a donc exonéré les deux défendeurs de l'allégation de négligence. Notre Cour a infirmé ce verdict et conclu que, une fois que le demandeur a prouvé que l'un des deux défendeurs avait tiré sur lui, c'était à ces derniers qu'incombait le fardeau d'établir l'absence de négligence. À moins qu'ils ne parviennent à se disculper, les deux seraient tenus responsables. Dans des motifs concordants où il justifie l'inversion du fardeau de la preuve, le juge Rand a fait, aux pp. 832 et 833, des remarques qui éclairent la présente analyse:

What, then, the culpable actor has done by his initial negligent act is, first, to have set in motion a dangerous force which embraces the injured person within the scope of its probable mischief; and next, in conjunction with circumstances which he must be held to contem-

[TRADUCTION] Par sa négligence initiale, l'auteur coupable a donc d'abord mis en branle une force dangereuse, exposant la personne blessée au risque du méfait probable; puis, en conjonction avec des circonstances qu'il doit avoir envisagées, il a rendu plus difficile, voire

plate, to have made more difficult if not impossible the means of proving the possible damaging results of his own act or the similar results of the act of another. He has violated not only the victim's substantive right to security, but he has also culpably impaired the latter's remedial right of establishing liability. By confusing his act with environmental conditions, he has, in effect, destroyed the victim's power of proof.

The legal consequence of that is, I should say, that the onus is then shifted to the wrongdoer to exculpate himself; it becomes in fact a question of proof between him and the other and innocent member of the alternatives, the burden of which he must bear. The onus attaches to culpability, and if both acts bear that taint, the onus or prima facie transmission of responsibility attaches to both, and the question of the sole responsibility of one is a matter between them. [Emphasis added.]

In my view, a close analogy can be drawn between *Cook* and the case at bar. The facts on the record demonstrate that Ms. Hollis was inadequately warned of the possibility that the breast implants manufactured by Dow and surgically implanted by Dr. Birch could rupture. While the victim's power of proof has not been destroyed in the same sense as in the hunting party case, it has been seriously undermined in that the plaintiff is, on Dow's contention, called upon to prove what a doctor would have done in a hypothetical situation. It must be kept in mind that the governing principle in a case of this nature is informed consent, namely, the right of the patient to be fully informed by the manufacturer of all material risks associated with the use of a medical product. It is clear from the record that Ms. Hollis' right to informed consent was not respected in this case. We know that Dow's failure to warn was a cause of her injury; whether Dr. Birch's actions in the hypothetical situation posited by Dow might also have been a cause is not a matter for Ms. Hollis to prove. Ms. Hollis, who was in a position of great informational inequality with respect to both the manufacturer and the doctor, played no part in creating the set of causal conditions leading to her injury. Justice dictates that she should not be penalized for the fact that had the manufacturer

impossible, l'établissement de la preuve des résultats dommageables possibles de son acte ou des résultats similaires de l'acte d'autrui. Non seulement il a violé le droit substantiel de la victime à la sécurité, mais il a également porté de façon blâmable atteinte à son droit d'obtenir réparation en établissant la responsabilité. En confondant son acte avec les conditions environnantes, il a de fait détruit les moyens de preuve à la disposition de la victime.

La conséquence juridique, dois-je dire, est que le fardeau passe alors à l'auteur du délit, qui doit se disculper; cela devient en fait une question de preuve entre les codéfendeurs, celui qui est responsable et celui qui ne l'est pas, le fardeau de cette preuve reposant sur l'auteur du délit. Le fardeau de la preuve est relié à la culpabilité, et si les agissements des deux défendeurs sont empreints de culpabilité, ils assument tous deux le fardeau de cette preuve et sont *prima facie* tous deux responsables; il leur appartient de déterminer si l'un d'eux est exclusivement responsable du préjudice. [Je souligne.]

À mon avis, il existe une analogie étroite entre l'arrêt *Cook* et la présente affaire. Les faits au dossier démontrent que M^{me} Hollis n'a pas été adéquatement mise en garde contre la possibilité que les prothèses mammaires fabriquées par Dow et implantées chirurgicalement par le D^r Birch puissent se rompre. Si les moyens de preuve à la disposition de la victime n'ont pas été détruits de la même manière que dans l'affaire de la partie de chasse, ils ont été gravement affaiblis en ce que la demanderesse est, selon la prétention de Dow, appelée à démontrer ce qu'un médecin aurait fait dans une situation hypothétique. Il ne faut pas oublier que le principe directeur dans une affaire de ce type est le consentement éclairé, c'est-à-dire le droit du patient d'être pleinement informé par le fabricant de tous les risques importants associés à l'utilisation d'un produit médical. Or il ressort clairement du dossier que le droit de M^{me} Hollis au consentement éclairé n'a pas été respecté en l'espèce. Nous savons que le manquement de Dow à son obligation de mise en garde a été une cause de préjudice qu'elle a subi; que les agissements du D^r Birch dans la situation hypothétique posée par Dow puissent également avoir été une cause, ce n'est pas à elle de l'établir. En position de grande inégalité sur le plan de l'information par rapport tant au fabricant qu'au médecin, M^{me} Hollis n'a

actually met its duty to warn, the doctor still might have been at fault.

58 I observe that the Ontario Court of Appeal in *obiter* in *Buchan, supra*, has adopted a somewhat similar approach to causal analysis in cases of this nature. There Robins J.A. had this to say, at p. 377:

Once the breach of duty to warn prescribing physicians has been established, I think it fair and reasonable to presume that the inadequacy of the warning was a contributing cause of the ingestion of the drug. It ought not to be incumbent on a plaintiff to prove as part of her case what her doctor might or might not have done had he been adequately warned. One can assume that a doctor would not ignore a proper warning or fail to disclose a material risk or otherwise act negligently. Even if the evidence were to indicate that the doctor was negligent, the manufacturer would not be shielded from liability if such negligence were a foreseeable consequence of the breach of duty to warn. The presumption may, of course, be rebutted if the defendant comes forth with evidence that despite the inadequacy of the warning the doctor's conduct toward his patient would have been the same whether or not the manufacturer was in breach of the duty. [Emphasis added.]

59 In the last sentence of this statement, Robins J.A. refers to the possibility that the manufacturer might be able to adduce evidence that the doctor's conduct might have been the same whether or not the manufacturer was in breach of its duty. I should say that whatever effect this may have regarding the apportionment of liability between the doctor and the manufacturer in the event that the doctor is also found to be negligent, it in no way absolves the manufacturer from liability to the plaintiff, except in cases where some extraneous conduct by the doctor would have made the failure to give adequate warning irrelevant. But that is not this case. In sum, in a case like the present, I see no reason why in establishing the liability of the manufacturer the law should adopt a rule requiring

aucunement contribué à créer la série de conditions causales ayant mené au préjudice. L'intérêt de la justice commande qu'elle ne soit pas pénalisée pour le fait que si le fabricant avait effectivement rempli son obligation de mise en garde, le médecin aurait encore pu être en faute.

Je note que, de manière incidente dans l'arrêt *Buchan*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario a adopté une démarche assez similaire en matière d'analyse causale dans des affaires de cette nature. Le juge Robins a dit dans cet arrêt, à la p. 377:

[TRADUCTION] Une fois établi le manquement à l'obligation de mettre en garde les médecins traitants, j'estime qu'il est juste et raisonnable de présumer que le caractère inadéquat de la mise en garde a contribué à la prise du médicament. Ce n'est pas à la demanderesse qu'il doit incomber de faire la preuve de ce que le médecin aurait ou n'aurait pas fait eût-il été adéquatement mis en garde. On peut présumer qu'un médecin ne ferait pas fi d'une mise en garde adéquate ou n'omettrait pas de divulguer un risque important ou ne ferait pas preuve de négligence de quelque autre façon. Même si la preuve indiquait que le médecin a fait preuve de négligence, le fabricant ne serait pas à l'abri de toute responsabilité si cette négligence était une conséquence prévisible du manquement à l'obligation de mise en garde. La présomption peut, naturellement, être réfutée si le défendeur apporte la preuve qu'en dépit du caractère inadéquat de la mise en garde, le comportement du médecin envers son patient aurait été le même, que le fabricant ait manqué ou non à son obligation. [Je souligne.]

Dans la dernière phrase de son énoncé, le juge Robins évoque la possibilité que le fabricant soit en mesure d'établir que le comportement du médecin aurait pu être identique, que le fabricant ait manqué ou non à son obligation. Je dois dire qu'indépendamment de l'effet de cette preuve sur le partage de la responsabilité entre le médecin et le fabricant dans l'éventualité où l'on retiendrait également la négligence du médecin, elle n'exonère d'aucune façon le fabricant de sa responsabilité envers la demanderesse, sauf dans les cas où quelque autre comportement du médecin aurait rendu non pertinente l'absence de mise en garde. Mais ce n'est pas le cas en l'espèce. En somme, dans une affaire comme celle-ci, je ne vois aucune raison pourquoi, en établissant la responsabilité du

the plaintiff to delve into what the doctor might have done.

Simply put, I do not think a manufacturer should be able to escape liability for failing to give a warning it was under a duty to give, by simply presenting evidence tending to establish that even if the doctor had been given the warning, he or she would not have passed it on to the patient, let alone putting an onus on the plaintiff to do so. Adopting such a rule would, in some cases, run the risk of leaving the plaintiff with no compensation for her injuries. She would not be able to recover against a doctor who had not been negligent with respect to the information that he or she did have; yet she also would not be able to recover against a manufacturer who, despite having failed in its duty to warn, could escape liability on the basis that, had the doctor been appropriately warned, he or she still would not have passed the information on to the plaintiff. Our tort law should not be held to contemplate such an anomalous result.

As I see it, the plaintiff's claim against the manufacturer should be dealt with in accordance with the following rationale. The ultimate duty of the manufacturer is to warn the plaintiff adequately. For practical reasons, the law permits it to acquit itself of that duty by warning an informed intermediary. Having failed to warn the intermediary, the manufacturer has failed in its duty to warn the plaintiff who ultimately suffered injury by using the product. The fact that the manufacturer would have been absolved had it followed the route of informing the plaintiff through the learned intermediary should not absolve it of its duty to the plaintiff because of the possibility, even the probability, that the learned intermediary would not have advised her had the manufacturer issued it. The learned intermediary rule provides a means by which the manufacturer can discharge its duty to give adequate information of the risks to the plaintiff by informing the intermediary, but if it fails to do so it cannot raise as a defence that the

fabricant, il faudrait adopter en droit une règle obligeant la demanderesse à tenter de déterminer ce que le médecin aurait peut-être pu faire.

En termes simples, j'estime qu'un fabricant ayant omis la mise en garde qu'il avait l'obligation de faire ne devrait pas pouvoir se dégager de sa responsabilité simplement par une preuve tendant à établir que même si le médecin avait reçu la mise en garde, il ne l'aurait pas transmise à son patient, et encore moins en imposant cette charge à la demanderesse. L'adoption d'une telle règle entraînerait, dans certains cas, le risque que la demanderesse ne soit pas indemnisée pour le préjudice subi. Elle n'aurait aucun recours contre un médecin qui n'aurait pas fait preuve de négligence en ce qui concerne les renseignements qu'il avait effectivement à sa disposition, et elle n'aurait non plus aucun recours contre un fabricant qui, même s'il a manqué à son obligation de mise en garde, pourrait échapper à sa responsabilité en faisant valoir que, si le médecin avait été adéquatement mis en garde, il n'aurait pas transmis l'information à la demanderesse. Notre droit de la responsabilité délictuelle ne devrait pas être interprété comme envisageant un résultat aussi inusité.

À mon sens, on devrait examiner la réclamation du demandeur contre le fabricant suivant le raisonnement que voici: l'obligation ultime du fabricant est de mettre adéquatement en garde le demandeur. Pour des raisons d'ordre pratique, la loi lui permet de s'acquitter de cette obligation en mettant en garde un intermédiaire compétent. Ayant omis de mettre l'intermédiaire en garde, le fabricant a failli à son obligation à l'égard de la demanderesse qui a finalement subi le préjudice en utilisant le produit. Que le fabricant eût été exonéré s'il s'était servi de l'intermédiaire compétent pour informer la demanderesse ne devrait pas le dégager de son obligation envers celle-ci sous prétexte qu'il est possible, voire probable, que cet intermédiaire compétent n'aurait pas transmis l'information ainsi reçue. La règle de l'intermédiaire compétent permet au fabricant de s'acquitter de son obligation d'informer adéquatement le demandeur des risques qu'il court en informant l'intermédiaire, mais s'il ne le fait pas, il ne peut pas invoquer en défense la possibi-

intermediary could have ignored this information. I observe that a number of courts in the United States have reached a similar conclusion. In *McCue v. Norwich Pharmacal Co.*, 453 F.2d 1033 (1st Cir. 1972), at p. 1035, for example, the Court of Appeal for the First Circuit stated:

Even if a physician's carelessness may have taken a form not specifically anticipated, defendant should not escape liability so long as its failure to give an adequate warning may have contributed thereto . . . [H]aving put a dangerous drug on the market without adequate warning defendant cannot be heard to say that the physician might have disregarded a proper one. [Emphasis added.]

See also *Sterling*, *supra*, and *Hamilton v. Hardy*, 549 P.2d 1099 (Colo. C.A. 1976).

Conclusion

62 On the basis of the foregoing, it is my view that Dow breached its duty to warn Dr. Birch concerning the risks of post-surgical rupture in the Silastic implant and because of this failure to warn is liable to Ms. Hollis for her injuries. Accordingly, I would dismiss the appeal.

63 Ms. Hollis is entitled to her costs throughout.

The reasons of Sopinka and McLachlin JJ. were delivered by

64 SOPINKA J. (dissenting) — I agree with Justice La Forest in his analysis of the principles relating to the duty to warn and in particular that the learned intermediary principles apply as he proposes. I respectfully disagree, however, with his analysis and application of the principles relating to causation. In my view the so-called subjective test is inappropriate to determine whether Ms. Hollis would have consented to the operation if properly warned. In addition, I cannot agree that Ms. Hollis need not prove that any warning received by Dr. Birch would have been passed along by the doctor to his patients. Finally, I disagree that this Court is in a position to resolve

lité que l'intermédiaire pourrait ne pas avoir tenu compte de cette information. Je note que plusieurs tribunaux américains sont arrivés à une conclusion similaire. Ainsi, dans *McCue c. Norwich Pharmacal Co.*, 453 F.2d 1033 (1st Cir. 1972), à la p. 1035, la Court of Appeal for the First Circuit a dit:

[TRADUCTION] Même si l'imprudence d'un médecin a pu prendre une forme qui n'avait pas été expressément prévue, le défendeur ne devrait pas échapper à la responsabilité dans la mesure où son omission de faire une mise en garde adéquate a pu y contribuer. [. . .] [A]yant mis sur le marché un médicament dangereux sans mise en garde adéquate, le défendeur ne saurait prétendre que le médecin aurait pu ne pas tenir compte d'une mise en garde appropriée. [Je souligne.]

Voir également *Sterling*, précité, et *Hamilton c. Hardy*, 549 P.2d 1099 (Colo. C.A. 1976).

Conclusion

Compte tenu de ce qui précède, je suis d'avis que Dow a manqué à son obligation de mettre le Dr Birch en garde contre les risques de rupture postopératoire de la prothèse Silastic et que, en raison de ce manquement, elle est responsable envers M^{me} Hollis du préjudice subi. En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Madame Hollis a droit à ses dépens dans toutes les cours.

Version française des motifs des juges Sopinka et McLachlin rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident) — Je suis d'accord avec l'analyse que le juge La Forest fait des principes relatifs à l'obligation de mise en garde, et je reconnais tout particulièrement que les principes relatifs à l'«intermédiaire compétent» s'appliquent comme il le propose. Cependant, en toute déférence, je ne souscris ni à son analyse ni à son application des principes de la causalité. À mon avis, le critère dit subjectif ne permet pas de déterminer si M^{me} Hollis aurait consenti à l'opération si elle avait été adéquatement mise en garde. De plus, je ne saurais accepter que M^{me} Hollis n'a pas à établir que le Dr Birch aurait transmis à ses patientes toute mise en garde reçue. Enfin, je ne souscris pas

factual issues which were not addressed at trial and which are vital to a determination of the liability of Dow. In my opinion a new trial is necessary to resolve these issues by reason of:

(1) the settled practice of appellate courts not to make findings of fact that were not made at trial in the circumstances of this case;

(2) the finding of fact with respect to whether Ms. Hollis would not have consented to the operation if properly warned will trump this issue in the new trial relating to the liability of Dr. Birch;

(3) a finding of liability of Dow in this Court will make it extremely difficult or impossible for the trial judge to assess the degrees of fault of Dow and Dr. Birch.

Analysis

Causation

The Test

In his reasons, La Forest J. adopts a subjective test to determine whether Ms. Hollis would have consented to the operation if properly warned. In this regard, he adopts the reasoning of Robins J.A. in *Buchan v. Ortho Pharmaceutical (Canada) Ltd.* (1986), 12 O.A.C. 361. In reviewing the evidence to determine if there "was sufficient evidence adduced at trial to satisfy the subjective *Buchan* test" (para. 47), however, he refers to the evidence of experts which is only relevant in applying a reasonable woman test. He concludes, at para. 52, that "Ms. Hollis would not have opted for the surgery".

In determining that Ms. Hollis would not have opted to undergo the implantation, my colleague refers to the evidence of experts in the field of

à l'opinion selon laquelle notre Cour est en mesure de résoudre des questions de fait que n'a pas examinées le tribunal de première instance, mais qui revêtent une importance primordiale dans la détermination de la responsabilité de Dow. À mon avis, ces questions de fait devront être tranchées dans le cadre d'un nouveau procès car:

(1) il est bien établi qu'une cour d'appel ne peut tirer de conclusions de fait qui ne l'ont pas été en première instance dans les circonstances de l'espèce;

(2) la conclusion de fait quant à savoir si M^{me} Hollis n'aurait pas consenti à l'opération si elle avait reçu une mise en garde adéquate aura pour effet d'éclipser l'examen de cette question au cours du nouveau procès concernant la responsabilité du D^r Birch;

(3) si notre Cour conclut à la responsabilité de Dow, il sera extrêmement difficile, voire impossible, pour le juge de première instance de déterminer les degrés de faute de Dow et du D^r Birch.

Analyse

La causalité

Le critère

Dans ses motifs, le juge La Forest adopte un critère subjectif pour déterminer si M^{me} Hollis aurait consenti à l'opération si elle avait reçu une mise en garde adéquate. À cet égard, il adopte le raisonnement du juge Robins dans l'arrêt *Buchan c. Ortho Pharmaceutical (Canada) Ltd.* (1986), 12 O.A.C. 361. Cependant, dans l'examen de la preuve pour déterminer s'il «y avait une preuve suffisante au procès pour satisfaire au critère subjectif de l'arrêt *Buchan*» (par. 47), il parle du témoignage des experts qui n'est pertinent que dans l'application du critère relatif à la situation d'une femme raisonnable. Il conclut, au par. 52, que «M^{me} Hollis n'aurait pas opté pour l'opération».

Lorsqu'il détermine que M^{me} Hollis n'aurait pas opté pour l'implantation, mon collègue se réfère au témoignage d'experts dans le domaine de l'implan-

breast implant surgery. In support of his position, La Forest J. (at para. 48) relies on the evidence of two plastic surgeons who “gave testimony concerning whether a reasonable woman in Ms. Hollis’ position would have consented to the surgery if properly warned”. The *Buchan* subjective test, however, places no reliance on evidence as to what a reasonable woman would do. The exposition of the subjective test which my colleague adopts is set out in the following passage from *Buchan*, at p. 381, part of which is reproduced in La Forest J.’s decision:

In my opinion, it was open to the trial judge, viewing the evidence as he did, to credit the plaintiff’s testimony that she would not have taken the pill had she been told of the danger of stroke, and to determine the causation issue accordingly. Whether a so-called reasonable woman in the plaintiff’s position would have done likewise is beside the point. The selection of a method of preventing unwanted pregnancy in the case of a healthy woman is a matter, not of medical treatment, but of personal choice; and it is not unreasonable that notice of a serious potential hazard to users of oral contraceptives could influence her selection of another method of birth control. So long as the court is satisfied that the plaintiff herself would not have used the drug if properly informed of the risks, this causation issue should be concluded in her favour regardless of what other women might have done. [Emphasis added.]

67 The *Buchan* subjective approach fails to take into account the inherent unreliability of the plaintiff’s self-serving assertion. It is not simply a question as to whether the plaintiff is believed. The plaintiff may be perfectly sincere in stating that in hindsight she believed that she would not have consented to the operation. This is not a statement of fact that, if accepted, concludes the matter. It is an opinion about what the plaintiff would have done in respect of a situation that did not occur. As such, the opinion may be honestly given without being accepted. In evaluating the opinion, the trier of fact must discount its probity not only by reason of its self-serving nature, but also by reason of the

tation chirurgicale de prothèses mammaires. À l’appui de sa position, le juge La Forest se fonde (au par. 48) sur le témoignage de deux plasticiens qui «sont venus témoigner sur la question de savoir si une femme raisonnable dans la situation de M^{me} Hollis aurait consenti à l’intervention après avoir reçu une mise en garde adéquate». Cependant, le critère subjectif de l’arrêt *Buchan* ne repose aucunement sur une preuve de ce qu’une femme raisonnable ferait. Le critère subjectif adopté par mon collègue est expliqué dans l’extrait de l’arrêt *Buchan*, à la p. 381, dont une partie est reproduite dans ses motifs:

[TRADUCTION] À mon avis, il était loisible au juge de première instance, ayant pris connaissance de la preuve, d’ajouter foi au témoignage de la demanderesse selon lequel elle n’aurait pas pris la pilule si elle avait été mise au courant du danger d’accident cérébro-vasculaire, et de trancher en conséquence la question de la causalité. La question de savoir si une femme dite raisonnable dans la situation de la demanderesse aurait agi de la même manière n’est pas pertinente. Le choix d’une méthode de prévention des grossesses indésirées dans le cas d’une femme en bonne santé est une question qui ne relève pas de la médecine mais d’un choix personnel, et il n’est pas déraisonnable de penser qu’une mise en garde à propos d’un danger potentiel grave pour les usagers de contraceptifs oraux pourrait influencer son choix d’une autre méthode de contraception. Dans la mesure où le tribunal est convaincu que la demanderesse n’aurait pas quant à elle utilisé le médicament si elle avait été suffisamment informée des risques, la question de la causalité devrait être tranchée en sa faveur, indépendamment de ce que d’autres femmes auraient pu faire. [Je souligne.]

Le critère subjectif de l’arrêt *Buchan* ne tient pas compte du manque de fiabilité inhérente de toute déclaration intéressée de la demanderesse. Il ne s’agit pas simplement de savoir si l’on croit la demanderesse. Celle-ci peut être tout à fait sincère lorsqu’elle affirme, avec le recul, qu’elle n’aurait pas consenti à l’opération. Il ne s’agit pas d’une déclaration de fait qui, si elle est admise, tranche la question. Il s’agit d’une opinion de ce que la demanderesse aurait fait dans une situation qui ne s’est pas produite. L’opinion peut donc être donnée honnêtement, sans pour autant être admise. Dans l’appréciation de cette opinion, le juge des faits doit accorder moins d’importance à sa probité

fact that it is likely to be coloured by the trauma occasioned by the failed procedure. For this reason, the most reliable approach in determining what would in fact have occurred is to test the plaintiff's assertion by reference to objective evidence as to what a reasonable person would have done. The matter is aptly summarized by the Supreme Court of California in *Cobbs v. Grant*, 502 P.2d 1 (1972). At pp. 11-12, they held:

The patient-plaintiff may testify on this subject but the issue extends beyond his credibility. Since at the time of trial the uncommunicated hazard has materialized, it would be surprising if the patient-plaintiff did not claim that had he been informed of the dangers he would have declined treatment. Subjectively he may believe so, with the 20/20 vision of hindsight, but we doubt that justice will be served by placing the physician in jeopardy of the patient's bitterness and disillusionment. Thus an objective test is preferable: i. e., what would a prudent person in the patient's position have decided if adequately informed of all significant perils.

This was the test adopted by this Court in *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880, which was followed by Prowse J.A. for the majority in the Court of Appeal. In *Reibl*, Laskin C.J. stated, at p. 898:

It could hardly be expected that the patient who is suing would admit that he would have agreed to have the surgery, even knowing all the accompanying risks. His suit would indicate that, having suffered serious disablement because of the surgery, he is convinced that he would not have permitted it if there had been proper disclosure of the risks, balanced by the risks of refusing the surgery. Yet, to apply a subjective test to causation would, correlatively, put a premium on hindsight, even more of a premium than would be put on medical evidence in assessing causation by an objective standard. [Emphasis added.]

Laskin C.J. went on, however, to stress at p. 900 that the patient's testimony is essential but "it must be objectively assessed in terms of reasonableness".

non seulement à cause du caractère intéressé qu'elle revêt, mais aussi parce qu'elle risque d'être influencée par le traumatisme occasionné par l'intervention manquée. C'est pourquoi la méthode la plus fiable pour déterminer ce qui se serait vraiment produit consiste à examiner l'affirmation de la demanderesse en fonction d'une preuve matérielle de ce qu'une personne raisonnable aurait fait. La Cour suprême de la Californie résume fort pertinemment ce point dans l'affaire *Cobbs c. Grant*, 502 P.2d 1 (1972), aux pp. 11 et 12:

[TRADUCTION] Le patient demandeur peut témoigner sur ce point, mais la question va au-delà de sa crédibilité. Puisqu'au moment du procès le risque non communiqué s'est matérialisé, il serait étonnant que le demandeur ne soutienne pas qu'il aurait refusé le traitement s'il avait été informé des risques. Subjectivement, c'est ce qu'il peut croire avec le recul; cependant, nous doutons que les intérêts de la justice soient servis si l'on place le médecin à la merci de l'amertume et de la désillusion du patient. C'est pourquoi il est préférable d'adopter un critère objectif: ce qu'une personne diligente dans la position du patient aurait décidé si elle avait été adéquatement avertie de tous les risques importants.

C'est le critère que notre Cour a adopté dans l'arrêt *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880, et qu'a suivi le juge Prowse, s'exprimant au nom de la Cour d'appel à la majorité. Dans cet arrêt, le juge en chef Laskin affirme à la p. 898:

On peut difficilement s'attendre à ce que le patient qui intente une poursuite admette qu'il aurait consenti à l'opération même en connaissant tous les risques qu'elle comportait. Sa poursuite tend à indiquer, que gravement handicapé suite à l'opération, il est convaincu qu'il n'y aurait pas consenti si on lui avait bien divulgué les risques de l'opération comparés aux risques que présentait le refus de la subir. Cependant, l'application d'un critère subjectif à la causalité aurait pour effet corrélatif d'accorder un avantage à l'examen en rétrospective, un avantage encore plus grand que celui dont bénéficierait la preuve médicale si on évaluait la causalité selon une norme objective. [Je souligne.]

Cependant, le juge en chef Laskin a ensuite fait ressortir, à la p. 900, que le témoignage du patient est essentiel, mais qu'«il faut l'évaluer objectivement en fonction de ce qui est raisonnable».

68 In Laskin C.J.'s view, this was the most reliable way to answer the question as to what would have occurred. This answers the concern of Robins J.A. that the plaintiff's choice must be respected. The *Reibl* approach is a more reliable method of determining what that choice would have been. The subjective test places too much of a premium on the plaintiff's present belief as to what it would have been. Assuming that it is in fact the *Buchan* subjective test that my colleague advocates, expert medical evidence as to what a reasonable woman would do is, to use the words of Robins J.A. at p. 381, "beside the point". La Forest J.'s apparent need to bolster Ms. Hollis' testimony by reference to such expert evidence clearly demonstrates the inherent weakness of the *Buchan* subjective test. As a result of this weakness, I would reject the subjective test in favour of the approach adopted in *Reibl*.

69 Moreover, I see no reason why the test for determining the same issue should be different for the physician and the manufacturer. With respect to both, the question for the plaintiff is the same. How would the plaintiff have responded if properly warned by the physician? Is the trial judge to apply two different tests to determine the same question? If so, this could conceivably result in a finding that, *vis-à-vis* the physician, the patient would have consented, and *vis-à-vis* the manufacturer, she would not. Indeed, in the new trial which has been directed by the Court of Appeal with respect to Dr. Birch, the trial judge is obliged to apply the *Reibl* test and may very well find that Ms. Hollis would have agreed to the implant if properly warned.

70 I fail to understand how a different test for the physician and the manufacturer, which, my colleague acknowledges, seems anomalous, can be redeemed on the basis that a stricter standard can be expected of the manufacturer. This ignores the fact we are dealing with a situation in which the manufacturer's duty to the plaintiff is discharged

De l'avis du juge en chef Laskin, c'était la méthode la plus fiable pour répondre à la question de savoir ce qui se serait produit. Cela répond à la préoccupation du juge Robins quant au respect qu'il faut accorder au choix d'un demandeur. Le critère suivi dans l'arrêt *Reibl* est une méthode plus fiable pour déterminer quel aurait été ce choix. Le critère subjectif accorde un avantage trop grand à la croyance actuelle du demandeur quant à ce qu'aurait été son choix. En supposant que c'est bien le critère subjectif de l'arrêt *Buchan* que préconise mon collègue, le témoignage d'experts en médecine relativement à ce que ferait une femme raisonnable «n'est pas pertinent», pour reprendre les termes du juge Robins, à la p. 381. La nécessité que semble ressentir le juge La Forest d'étayer le témoignage de M^{me} Hollis par ces témoignages d'experts démontre clairement les faiblesses inhérentes du critère subjectif de l'arrêt *Buchan*. Vu ces faiblesses, il y a lieu, à mon avis, de rejeter le critère subjectif en faveur de la démarche adoptée dans l'arrêt *Reibl*.

Qui plus est, je ne vois aucun motif d'appliquer, relativement à une même question, un critère différent pour le médecin et pour le fabricant. Pour la demanderesse, la question est la même à l'égard de ces deux personnes. Quelle aurait été sa réponse si le médecin l'avait adéquatement mise en garde? Le juge de première instance doit-il appliquer deux critères différents pour trancher la même question? Dans l'affirmative, on pourrait fort bien arriver à la conclusion que la patiente aurait donné son consentement au médecin, mais pas au fabricant. En fait, au cours du nouveau procès dont la Cour d'appel a ordonné la tenue relativement au Dr Birch, le juge de première instance sera tenu d'appliquer le critère de l'arrêt *Reibl* et pourrait bien conclure que M^{me} Hollis aurait consenti à l'implantation si elle avait été adéquatement mise en garde.

Je ne comprends pas comment on peut justifier l'existence d'un critère différent pour le médecin et le fabricant, ce qui, comme le reconnaît mon collègue, semble inusité, en faisant valoir que l'on peut s'attendre à ce que la norme soit plus sévère pour le fabricant. Cela ne tient aucunement compte du fait que nous sommes en présence d'une situa-

by informing the physician of risks. The physician is expected to pass this on to the patient. If the risk is one about which the plaintiff ought to be warned, it can hardly be suggested that the physician can water down the warning because a lower standard applies to the physician. One could, perhaps, talk about a different standard when comparing the respective duties to warn when the learned intermediary rule does not apply and both the physician and manufacturer have a duty to warn the plaintiff directly. However, when the duties of the manufacturer and the physician to warn the plaintiff are to be discharged by virtue of the information received from the manufacturer being passed on to the plaintiff and both the physician and manufacturer are sued in one action for breach of that duty, there is no room for the application of a different standard. Indeed, the issue of causation has nothing to do with the standard of disclosure. In resolving this issue, the Court attempts to determine what the plaintiff's response would have been on the assumption that the appropriate warning has been given in accordance with the appropriate standard. The debate concerns the bases on which that response should be measured, not about the standard of disclosure.

But, whether the subjective or objective test is adopted, it is a difficult question of fact which should be determined at trial and not on appeal. I will return to this later in these reasons.

Burden of Proof

In determining the second causation issue of whether Dr. Birch would have warned Ms. Hollis of the risk of rupture if Dow had properly warned Dr. Birch about that risk, La Forest J. proposes to eliminate the fundamental requirement of tort law that the plaintiff establish causation in order to prove the defendant's liability. Once Ms. Hollis demonstrated that Dow had breached its duty to warn of the risk of rupture, La Forest J. would hold that the plaintiff's burden of proving her case had

tion où le fabricant s'acquitte de l'obligation qu'il a envers la demanderesse en informant le médecin des risques en cause. On s'attend à ce que le médecin transmette ces renseignements à la patiente. S'il s'agit d'un risque contre lequel la demanderesse devrait être mise en garde, on peut difficilement soutenir que le médecin peut édulcorer la mise en garde parce qu'une norme moins sévère s'applique à lui. Peut-être pourrait-on parler d'une norme différente lorsque l'on compare les obligations respectives de mise en garde dans le cas où la règle de l'intermédiaire compétent ne s'applique pas et où le médecin et le fabricant ont tous deux l'obligation d'avertir directement la demanderesse. Cependant, lorsque l'obligation de mise en garde que le médecin et le fabricant ont envers la demanderesse doit être exécutée par la communication à la demanderesse des renseignements reçus du fabricant, et qu'une action pour manquement à cette obligation est intentée à la fois contre le médecin et le fabricant, une norme différente ne saurait être appliquée. En effet, la question de la causalité n'a aucun rapport avec la norme applicable en matière de divulgation. Pour résoudre cette question, le tribunal tente de déterminer quelle aurait été la réponse de la demanderesse dans l'hypothèse où elle aurait été adéquatement mise en garde conformément à la norme applicable. Le débat porte sur le fondement devant servir à l'examen de cette réponse, et non sur la norme applicable en matière de divulgation.

Cependant, qu'un critère subjectif ou objectif soit adopté, il s'agit d'une question de fait difficile qui doit être tranchée en première instance et non en appel. Je reviendrai plus loin sur ce point.

Le fardeau de la preuve

Dans l'examen de la seconde question relative à la causalité, savoir si le Dr Birch aurait averti M^{me} Hollis du risque de rupture si Dow l'avait adéquatement prévenu de ce risque, le juge La Forest propose d'éliminer l'exigence fondamentale en matière de responsabilité délictuelle, selon laquelle le demandeur doit établir la causalité pour prouver la responsabilité du défendeur. Une fois établi par M^{me} Hollis le manquement de Dow à son obligation de mise en garde contre le risque de rupture, le

been discharged, and that any possibility that Dr. Birch would have failed to pass on any warning is nothing more than a question of apportionment. This approach runs counter to well established tort principles. Simply put, in order to establish liability, the plaintiff must show not only a breach of duty by the defendant, but also that the breach in question was the cause of the plaintiff's injury.

juge La Forest est d'avis que la demanderesse a prouvé ses prétentions, et que toute possibilité que le Dr Birch aurait omis de transmettre une mise en garde reçue ne constituerait rien de plus qu'une question de partage de responsabilité. Cette analyse va à l'encontre des principes de responsabilité délictuelle reconnus. En bref, pour établir la responsabilité, le demandeur doit démontrer non seulement que le défendeur a manqué à son obligation, mais aussi que ce manquement a été la cause du préjudice qu'il a subi.

73 In the instant case, this burden applies to require the plaintiff to show that her injuries would not have occurred had Dow discharged its duty to warn Dr. Birch of any dangers inherent in the implants. In other words, Ms. Hollis must show that her doctor would have warned her of any dangers that had been brought to his attention and that if warned she would have refused the operation. Absent this form of proof, it cannot be said with any degree of certainty that the failure of Dow to warn physicians was the cause of the unfortunate injuries suffered by Ms. Hollis.

En l'espèce, la demanderesse a donc le fardeau de démontrer qu'elle n'aurait pas subi de préjudice si Dow s'était acquittée de son obligation de mettre en garde le Dr Birch contre tout risque inhérent des prothèses. En d'autres termes, M^{me} Hollis doit établir que son médecin l'aurait mise en garde contre les risques dont il aurait été informé et qu'elle aurait refusé l'opération si elle avait été mise en garde. Sans cette preuve, on ne peut affirmer avec certitude que l'omission de mise en garde des médecins par Dow a été la cause du malencontreux préjudice dont M^{me} Hollis a été victime.

74 Professor John G. Fleming, in *The Law of Torts* (8th ed. 1992), at p. 143, explains the necessity of a factual finding of a cause and effect relationship between the defendant's breach of duty and the plaintiff's injury as follows:

Dans son ouvrage intitulé: *The Law of Torts* (8^e éd. 1992), à la p. 143, le professeur John G. Fleming explique la nécessité d'établir un rapport factuel de cause à effet entre le manquement du défendeur et le préjudice subi par le demandeur:

If such a causal relation does not exist, that puts an end to the plaintiff's case: to impose liability for loss to which the defendant's conduct has not *in fact* contributed would be incompatible with the principle of individual responsibility on which the law of torts has been traditionally based. [Emphasis in original.]

[TRADUCTION] En l'absence de ce lien de causalité, on ne peut donner suite à la plainte du demandeur; en effet, il serait contraire au principe de responsabilité personnelle sur lequel repose traditionnellement le droit de la responsabilité délictuelle, de tenir le défendeur responsable d'une perte à laquelle sa conduite n'a aucunement contribué *dans les faits*. [En italique dans l'original.]

75 If Dr. Birch would not have passed on information from Dow to Ms. Hollis, Dow's failure to provide the warning cannot be said to have contributed to Ms. Hollis' injury. Liability cannot be based on failure to take measures which would have no effect and be pointless.

Dans le cas où le Dr Birch n'aurait pas transmis à M^{me} Hollis les renseignements reçus de Dow, on ne peut dire que Dow, en omettant de faire la mise en garde, a contribué au préjudice de M^{me} Hollis. On ne peut fonder la responsabilité sur l'omission de prendre des mesures qui n'auraient aucun effet et seraient inutiles.

76 The absence of cause cannot be finessed by sweeping it under the apportionment rug as suggested by my colleague. A finding of causation is a

On ne peut faire abstraction de l'absence de causalité en l'escamotant sous la question du partage de la responsabilité comme le propose mon col-

prerequisite to apportionment. Apportionment is authorized only in the circumstances mandated by the *Negligence Act*, R.S.B.C. 1979, c. 298, where the damage or loss is caused by the fault of two or more persons.

My colleague refers to a number of cases, such as *Cook v. Lewis*, [1951] S.C.R. 830, *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, and *Buchan, supra*, which either reversed or relaxed the ordinary burden which rests on the plaintiff to prove causation. Those cases do not support treating causation as irrelevant. Indeed, they start with the premise that causation is a fundamental principle and address whether the plaintiff's ordinary burden should be eased. Not only is the requirement that causation be established fundamental to the law of torts, but, as well, the principle that the burden of proof of causation generally rests with the plaintiff is also well entrenched. The House of Lords in *McGhee v. National Coal Board*, [1973] 1 S.L.T.R. 14, toyed with the notion that the burden should be reversed in certain circumstances. On further consideration, however, this approach was firmly rejected in *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, [1988] A.C. 1074. In none of the foregoing cases was it suggested that the problem could be avoided by treating the issue of causation as irrelevant. I propose, however, to discuss the cases to which my colleague refers because they either do not support the reversal of the burden of proof or, if they did, that would not resolve the issue of causation in this case.

My colleague refers to the judgment of this Court in *Cook v. Lewis, supra*. In that appeal, the plaintiff hunter had been shot in the face by bird-shot. Two defendants admitted to having discharged their guns in the vicinity of the plaintiff at almost the same time, but not at the same bird. In that case, this Court determined that the plaintiff's need to prove causation could be obviated by reversing the ordinary burden of proof in certain situations. According to the Court in *Cook*, the

lègue. Il faut établir la causalité avant de départager la responsabilité. Le partage n'est autorisé que dans les circonstances prévues par la *Negligence Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 298, lorsque le préjudice ou la perte est causé par la faute d'au moins deux personnes.

Mon collègue mentionne un certain nombre d'arrêts, comme *Cook c. Lewis*, [1951] R.C.S. 830, *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311 et *Buchan, précité*, qui ont inversé ou assoupli le fardeau de la preuve qui incombe habituellement au demandeur en matière de causalité. Ces arrêts ne justifient aucunement de considérer la causalité comme non pertinente. En fait, ils partent de l'hypothèse que la causalité est un principe fondamental et examinent s'il y a lieu d'assouplir le fardeau de la preuve habituel du demandeur. Non seulement l'établissement de la causalité est une exigence fondamentale du droit de la responsabilité délictuelle, mais encore le principe que le fardeau de la preuve incombe généralement au demandeur est consacré. Dans l'arrêt *McGhee c. National Coal Board*, [1973] 1 S.L.T.R. 14, la Chambre des lords a envisagé l'idée d'inverser le fardeau dans certaines circonstances. Cependant, après un examen plus poussé, elle a fermement rejeté cette possibilité dans l'arrêt *Wilsher c. Essex Area Health Authority*, [1988] A.C. 1074. Dans aucun de ces arrêts, n'a-t-on prétendu que l'on pourrait éviter le problème en considérant comme non pertinente la question de la causalité. Je me propose cependant d'examiner les arrêts auxquels renvoie mon collègue parce que, soit ils n'appuient pas l'inversion du fardeau de la preuve soit, s'ils l'appuient, cela ne permettrait pas de résoudre la question de la causalité en l'espèce.

Mon collègue renvoie à l'arrêt *Cook c. Lewis, précité*, de notre Cour. Dans cette affaire, le chasseur demandeur avait été atteint d'une décharge de plombs au visage. Deux défendeurs ont avoué qu'ils avaient, presque simultanément, déchargé leur arme à proximité du demandeur, mais qu'ils ne visaient pas le même oiseau. Dans cet arrêt, notre Cour a affirmé que dans certaines situations la nécessité que le demandeur établisse la causalité pouvait être écartée par l'inversion du fardeau de

reversal of the burden was appropriate in that case because the defendants had essentially removed the means of proof of causation from the plaintiff. As Rand J. stated, at p. 832:

What, then, the culpable actor has done by his initial negligent act is, first, to have set in motion a dangerous force which embraces the injured person within the scope of its probable mischief; and next, in conjunction with circumstances which he must be held to contemplate, to have made more difficult if not impossible the means of proving the possible damaging results of his own act or the similar results of the act of another. He has violated not only the victim's substantive right to security, but he has also culpably impaired the latter's remedial right of establishing liability. By confusing his act with environmental conditions, he has, in effect, destroyed the victim's power of proof. [Emphasis added.]

Since the "negligent actor ha[d] culpably participated in the proof-destroying fact", the burden of proof was reversed (at p. 835), and the plaintiff was relieved of the need to prove direct causation.

Similarly, this Court in *Snell v. Farrell, supra*, at p. 321, expressed the view that the burden on the plaintiff could be reversed where the subject matter of the alleged tortious conduct lies "particularly within the knowledge" of the defendant. In *Snell*, the defendant surgeon had removed a cataract from the patient plaintiff's eye and the patient had later lost her sight in that eye as a result of optic nerve atrophy. The defendant doctor, knowing what he had done, was in a significantly better position to determine what had occurred. In the reasons for judgment for a unanimous Court, the grounds for reversing the burden of proof with respect to causation were stated at pp. 326-27:

If I were convinced that defendants who have a substantial connection to the injury were escaping liability because plaintiffs cannot prove causation under currently applied principles, I would not hesitate to adopt one of these alternatives. In my opinion, however, properly applied, the principles relating to causation are adequate to the task. Adoption of either of the proposed alternatives would have the effect of compensating plaintiffs where a substantial connection between the

la preuve habituel. Selon notre Cour, l'inversion du fardeau de la preuve était approprié dans cette affaire parce que les défendeurs avaient essentiellement enlevé au demandeur tout moyen d'établir la causalité. Le juge Rand affirme à la p. 832:

[TRADUCTION] Par sa négligence initiale, l'auteur coupable a donc d'abord mis en branle une force dangereuse, exposant la personne blessée au risque du méfait probable; puis, en conjonction avec des circonstances que l'on doit présumer qu'il a envisagées, il a rendu plus difficile, voire impossible, l'établissement de la preuve des résultats dommageables possibles de son acte ou des résultats similaires de l'acte d'autrui. Non seulement il a violé le droit substantiel de la victime à la sécurité, mais il a également porté de façon blâmable atteinte à son droit d'obtenir réparation en établissant la responsabilité. En confondant son acte avec les conditions environnantes, il a de fait détruit les moyens de preuve à la disposition de la victime. [Je souligne.]

Puisque [TRADUCTION] «l'auteur négligent a[avait] de façon blâmable participé au fait qui a donné lieu à la destruction de la preuve» (p. 835), le fardeau de la preuve était inversé et le demandeur n'a pas eu à établir une causalité directe.

De même, dans l'arrêt *Snell c. Farrell*, précité, à la p. 321, notre Cour a affirmé qu'il pouvait y avoir inversion du fardeau de la preuve imposé au demandeur lorsque le défendeur «possède une connaissance particulière» de l'objet de la conduite délictueuse alléguée. Dans cet arrêt, le chirurgien défendeur avait enlevé une cataracte d'un œil de la patiente demanderesse, qui avait par la suite perdu la vision dans cet œil en raison d'une atrophie du nerf optique. Le médecin défendeur, sachant ce qu'il avait fait, était dans une bien meilleure position pour déterminer ce qui s'était produit. Dans des motifs unanimes, notre Cour expose les motifs de l'inversion du fardeau de la preuve relativement au lien de causalité aux pp. 326 et 327:

Si j'étais convaincu que des défendeurs qui ont un lien important avec le préjudice subi échappaient à toute responsabilité parce que les demandeurs sont dans l'impossibilité de démontrer l'existence du lien de causalité en vertu des principes qui sont actuellement appliqués, je n'hésiterais pas à adopter une de ces solutions. Toutefois, j'estime que, s'ils sont bien appliqués, les principes relatifs à la causalité fonctionnent adéquatement. L'adoption de l'une ou l'autre des solutions proposées

injury and the defendant's conduct is absent. Reversing the burden of proof may be justified where two defendants negligently fire in the direction of the plaintiff and then by their tortious conduct destroy the means of proof at his disposal. In such a case it is clear that the injury was not caused by neutral conduct. It is quite a different matter to compensate a plaintiff by reversing the burden of proof for an injury that may very well be due to factors unconnected to the defendant and not the fault of anyone.

As a result, the burden of proof is properly reversed where the defendant has somehow participated in destroying the means of proving the case against it or where the defendant somehow controls the relevant evidence. Only within this limited sphere of cases is the plaintiff partially relieved of the burden of proving causation. In this case, there is neither any suggestion of a tortious destruction of the means of proof nor does the evidence lie peculiarly in the control of the defendant Dow. On the contrary, the issue in question is largely dependent on the evidence of Dr. Birch. Both Ms. Hollis and Dow have equal access to the evidence of Dr. Birch. Indeed, in this situation, the physician is likely to be inclined to favour his patient, the plaintiff. It is not in the interests of the physician to assert that he would not have passed on a warning that the manufacturer was duty-bound to give him for the benefit of the plaintiff. As the means of proving causation remains available to the plaintiff, it would be inconsistent with *Snell* to reverse the burden of proof. As a result, the burden of proving causation remains on the plaintiff in this case. In order to discharge the burden in question, the plaintiff must adduce evidence that her doctor would have warned her of any dangers associated with breast implants had those dangers been brought to his attention by the defendant.

An alternative method of obviating the plaintiff's burden of proof was suggested by the Court of Appeal in *Buchan*. In that case, the court expressed the view that a "rebuttable presumption" exists such that a plaintiff in Ms. Hollis' position

aurait pour effet d'indemniser le demandeur en l'absence d'un rapport important entre le préjudice subi et la conduite du défendeur. Le renversement du fardeau de la preuve peut être justifié lorsque deux défendeurs ont, par négligence, fait feu dans la direction du demandeur et lorsque leur conduite délictueuse élimine ensuite les moyens de preuve dont il dispose. Dans un tel cas, il est clair que le préjudice n'a pas été causé par une conduite neutre. Il en va tout à fait différemment pour ce qui est d'indemniser un demandeur par le renversement du fardeau de la preuve en ce qui a trait à un préjudice qui peut très bien découler de facteurs qui ne sont pas reliés au défendeur et qui ne résultent de la faute de personne.

En conséquence, il peut y avoir inversion du fardeau de la preuve lorsque le défendeur a d'une certaine façon participé à la destruction des moyens de prouver la plainte contre lui, ou que le défendeur exerce un certain contrôle sur les éléments de preuve pertinents. Ce n'est que dans ce domaine restreint de cas que le demandeur est partiellement dégagé du fardeau de prouver la causalité. En l'espèce, on n'a pas prétendu qu'il y avait eu destruction délictueuse des moyens de preuve et la preuve ne repose pas sur des faits dont seule la défenderesse Dow serait au courant. Au contraire, la question en litige repose en grande partie sur le témoignage du Dr Birch. Madame Hollis et Dow ont tous deux un accès égal au témoignage du Dr Birch. En fait, dans cette situation, le médecin aurait vraisemblablement tendance à favoriser sa patiente, la demanderesse. Il n'est pas dans l'intérêt du médecin d'affirmer qu'il n'aurait pas transmis une mise en garde que le fabricant était tenu de lui donner à l'intention de la demanderesse. Comme la demanderesse possède les moyens de prouver la causalité, il serait incompatible avec l'arrêt *Snell* de procéder à une inversion du fardeau de la preuve. En conséquence, il appartient en l'espèce à la demanderesse de prouver la causalité. Pour s'acquitter de ce fardeau, elle doit établir que son médecin l'aurait mise en garde contre les risques reliés aux prothèses mammaires, si la défenderesse l'en avait informé.

Dans l'arrêt *Buchan*, la Cour d'appel a proposé une autre façon de dégager le demandeur du fardeau de la preuve. Dans cette affaire, la cour a affirmé qu'il existe une [TRADUCTION] «présomption réfutable» de sorte qu'une demanderesse dans

need not establish all elements of causation. According to the court, at p. 377:

Once the breach of duty to warn prescribing physicians has been established, I think it fair and reasonable to presume that the inadequacy of the warning was a contributing cause of the ingestion of the drug. It ought not to be incumbent on a plaintiff to prove as part of her case what her doctor might or might not have done had he been adequately warned. One can assume that a doctor would not ignore a proper warning or fail to disclose a material risk or otherwise act negligently. Even if the evidence were to indicate that the doctor was negligent, the manufacturer would not be shielded from liability if such negligence were a foreseeable consequence of the breach of duty to warn. The presumption may, of course, be rebutted if the defendant comes forth with evidence that despite the inadequacy of the warning the doctor's conduct toward his patient would have been the same whether or not the manufacturer was in breach of the duty.

Based on this approach, the plaintiff need not prove that her doctor would have warned her of any dangers unless the defendant presents some evidence tending to show that the doctor may not have in fact passed along the appropriate warning. The burden on the defendant is discharged where sufficient evidence is adduced to raise the issue of causation. This is an "evidential" burden of proof, which has been described by Professor Tapper in *Cross on Evidence* (7th ed. 1990), at p. 113, as:

... the obligation to show, if called upon to do so, that there is sufficient evidence to raise an issue as to the existence or non-existence of a fact in issue, due regard being had to the standard of proof demanded of the party under such obligation.

Thus, the rebuttable presumption referred to in *Buchan* merely requires the defendant to furnish sufficient proof to raise a question of whether or not the "learned intermediary" would have passed a warning along had one been provided by the manufacturer. Where this nominal burden has been discharged, the ultimate burden of proving causation remains on the plaintiff, requiring her to show

la position de M^{me} Hollis n'a pas besoin d'établir tous les éléments de la causalité. La cour affirme, à la p. 377:

[TRADUCTION] Une fois établi le manquement à l'obligation de mettre en garde les médecins traitants, j'estime qu'il est juste et raisonnable de présumer que le caractère inadéquat de la mise en garde a contribué à la prise du médicament. Il ne devrait pas incomber à la demanderesse de faire la preuve de ce que le médecin aurait ou n'aurait pas fait eût-il été adéquatement mis en garde. On peut présumer qu'un médecin ne ferait pas fi d'une mise en garde adéquate ou n'omettrait pas de divulguer un risque important ou ne ferait pas preuve de négligence de quelque autre façon. Même si la preuve indiquait que le médecin a fait preuve de négligence, le fabricant ne serait pas à l'abri de toute responsabilité si cette négligence était une conséquence prévisible du manquement à l'obligation de mise en garde. La présomption peut, naturellement, être réfutée si le défendeur apporte la preuve que, en dépit du caractère inadéquat de la mise en garde, le comportement du médecin envers son patient aurait été le même, que le fabricant ait manqué ou non à son obligation.

Si l'on se fonde sur cette analyse, la demanderesse n'a pas à prouver que son médecin l'aurait informée des risques, sauf si le défendeur présente certains éléments de preuve tendant à démontrer que le médecin n'aurait peut-être pas en réalité transmis la mise en garde adéquate. Le défendeur s'acquitte du fardeau qui lui incombe lorsqu'il présente une preuve suffisante pour soulever la question de la causalité. Il s'agit du «fardeau de présentation» que, dans *Cross on Evidence* (7^e éd. 1990), à la p. 113, le professeur Tapper décrit comme étant

[TRADUCTION] ... l'obligation d'établir, au besoin, qu'il existe une preuve suffisante pour soulever une question quant à l'existence ou à l'inexistence d'un fait en litige, et ce, compte tenu de la norme de preuve exigée de la partie à qui incombe cette obligation.

En conséquence, la présomption réfutable dont il est fait mention dans l'arrêt *Buchan* impose simplement au défendeur l'obligation de présenter une preuve suffisante pour que soit soulevée une question visant à déterminer si l'«intermédiaire compétent» aurait transmis une mise en garde s'il l'avait reçue du fabricant. Une fois que le défendeur s'est acquitté de ce fardeau de base, le fardeau ultime

that any warnings received by Dr. Birch would have been passed along.

If the burden of proof were reversed as proposed in *Cook v. Lewis*, it would not operate against the defendant if there was sufficient evidence to raise the issue of causation. In that event, the trier of fact would be obliged to weigh the evidence. The burden of proof would only be applied if the trier of fact were unable to come to a determinate conclusion. See *Cross on Evidence, supra*, at pp. 112-13, and *McCormick on Evidence* (3rd ed. 1984), at p. 947.

Whether one applies the presumption in *Buchan* or reverses the burden of proof as in *Cook v. Lewis*, I am of the view that there was abundant evidence in this case to raise the issue and it was conflicting. My colleague has reviewed some of this evidence. I agree with Bouck J.'s finding that the possibility of rupture of gel-filled implants, including the risk of rupture owing to trauma or abnormal squeezing, was not well known to the medical community in July-October 1983 when Ms. Hollis consulted Dr. Birch and he performed the surgery. The only apparent warning received by Dr. Birch concerned ruptures resulting from abnormal trauma, and contained the following statement:

5. Be certain that the patient understands that following implantation, abnormal squeezing or trauma to the breasts could conceivably rupture the implant.

Dr. Birch failed to warn Ms. Hollis and it was not his habit to warn patients of the risk of rupture due to trauma or abnormal squeezing because he did not regard it as a common occurrence. In this regard, he relied primarily on medical literature and not the manufacturer's literature. He testified as follows:

d'établir la causalité continue d'incomber à la demanderesse, qui doit démontrer que le Dr Birch aurait transmis toute mise en garde qu'il aurait reçue.

Inverser le fardeau de la preuve, comme le propose l'arrêt *Cook c. Lewis*, ne jouerait pas contre le défendeur s'il y avait une preuve suffisante pour soulever la question de la causalité. Le juge des faits serait alors tenu de faire l'appréciation de la preuve. Il n'y aurait application du fardeau de la preuve que si le juge des faits n'était pas en mesure d'arriver à une conclusion déterminante. Voir *Cross on Evidence, op. cit.*, aux pp. 112 et 113, et *McCormick on Evidence* (3^e éd. 1984), à la p. 947.

Qu'il y ait application de la présomption formulée dans *Buchan* ou inversion du fardeau de la preuve comme dans *Cook c. Lewis*, je suis d'avis qu'il existait en l'espèce amplement d'éléments de preuve pour soulever la question et qu'ils étaient contradictoires. Mon collègue a examiné une certaine partie de cette preuve. À l'instar du juge Bouck, je reconnais que la possibilité de rupture des prothèses remplies de gel, y compris le risque de rupture due à un traumatisme ou à une pression anormale, n'était pas bien connue du corps médical entre juillet et octobre 1983, c'est-à-dire à l'époque où M^{me} Hollis a consulté le Dr Birch et où ce dernier a procédé à l'intervention. La seule mise en garde apparemment reçue par le Dr Birch portait sur les ruptures attribuables à un traumatisme anormal, et comportait l'énoncé suivant:

[TRADUCTION]

5. S'assurer que la patiente comprenne qu'après l'implantation une pression anormale ou un traumatisme aux seins pourrait entraîner une rupture de la prothèse.

Le Dr Birch a omis d'avertir M^{me} Hollis et il n'avait pas l'habitude de mettre ses patientes en garde contre le risque de rupture due à un traumatisme ou à une pression anormale parce qu'il ne considérait pas ce risque comme une chose courante. À cet égard, il se fondait principalement sur les publications médicales et non pas sur la documentation du fabricant. Voici un extrait de son témoignage:

Q. I'm going to point number five, do you see that? It says:

"Be certain that the patient understands that following implantation, abnormal squeezing or trauma to the breast could conceivably rupture the implant."

Doctor, do —

A. Yes.

Q. — you see that. Now, doctor, you don't rely on the manufacturers' literature, though, with respect to these particular products, do you?

A. No. I rely more on the medical literature.

[TRADUCTION]

Q. Je vais vous indiquer le numéro cinq, le voyez-vous? Je vous le lis:

«S'assurer que la patiente comprenne qu'après l'implantation une pression anormale ou un traumatisme aux seins pourrait entraîner une rupture de la prothèse.»

Docteur, vous . . .

R. Oui.

Q. — vous voyez cela. Cependant, docteur, vous ne vous fiez pas à la documentation du fabricant relativement à ces produits particuliers, n'est-ce pas?

R. Non. Je me fie davantage aux publications médicales.

L'avocat de M^{me} Hollis attache beaucoup d'importance à la mise en garde donnée en 1985 comme preuve du type d'avertissement que Dow avait une obligation de donner en 1983. Mon collègue considère cela comme un indice probant du type de mise en garde qui aurait dû être donné. Il existe au dossier une preuve forte établissant que le D^r Birch n'aurait pas nécessairement transmis la mise en garde même s'il l'avait reçue en 1983. En octobre 1987, deux ans après avoir reçu la mise en garde de Dow, le D^r Birch n'avait pas encore pris l'habitude de transmettre ces renseignements à ses patientes. Lors de l'interrogatoire préalable en octobre 1987, il a rendu le témoignage suivant:

[TRADUCTION]

Q Est-ce que vous faites cela régulièrement maintenant, discuter du risque de rupture de la prothèse?

R Non, pas habituellement.

Si, en 1989, il prévenait toutes ses patientes du risque de rupture, il n'a pas été en mesure, au procès, de dire [TRADUCTION] «[à] quel moment il a commencé à le faire dans plus de 50 pour 100 des cas». Cela est compatible avec son témoignage suivant lequel il se fiait davantage à l'état de la science médicale et aux publications médicales qu'à la documentation des fabricants. Le juge de première instance aurait très bien pu accepter cette preuve s'il avait examiné ce point. À mon avis, si mon collègue avait considéré cette preuve, il n'au-

85

Counsel for Ms. Hollis relies heavily on the 1985 warning as evidence of the type of warning that Dow had a duty to give in 1983. My colleague accepts this as significant evidence as to the type of warning that should have been given. There is cogent evidence in the record that if this warning had been given to Dr. Birch in 1983, he would not necessarily have passed it on. In October 1987, two years after Dr. Birch had received the 1985 warning referred to above, it was still not his practice to pass the warning on to patients. Examined for discovery in October 1987, he gave the following evidence:

Q Is that your practice now to do that, to discuss the possibility of rupture of prosthesis?

A Not usually.

86

While by 1989 he was warning all his patients of the risk of rupture, at trial he could not say "[w]hen it became more than 50 per cent". This is consistent with his testimony that he relied more upon the state of medical knowledge and medical literature than upon manufacturers' literature. This evidence might very well have been accepted by the trial judge if he had considered this issue. In my view, if my colleague had referred to this evi-

dence, he could not have concluded but that there was ample evidence to raise the issue.

Accordingly, if this issue had been addressed at trial, the trial judge would have been obliged to weigh the evidence in order to resolve the conflict. The burden of proof would play no part in this determination. Only if the evidence were so evenly balanced that a determinate conclusion could not be reached would resort to the legal burden of proof have been necessary. The weighing of conflicting evidence is vital in the resolution of any factual issue in respect of which the evidence is in conflict. This did not occur at trial here. Prowse J.A., in her majority judgment, did not weigh the evidence because she concluded that Dow had a duty to warn Ms. Hollis directly. As a result, this aspect of causation did not arise. My colleague does not weigh the evidence because he largely dispenses with the need to prove causation. The result is that this fundamental step in the trial process which is so important in resolving factual disputes will have been by-passed if a new trial is not directed. I now turn to address that issue more specifically.

A New Trial is Necessary

The issue in this case is not the right of an appellate court to review findings of fact made at trial or what standard governs such review. The issue is what approach should a court of appeal adopt when disposing of an appeal on a legal basis that was not dealt with or resolved at trial, where crucial findings of fact concerning that issue were not made by the trial judge. In the former case, the trial judge has addressed the factual question with which the appellate court should not interfere or substitute its own decision unless the appellate court can identify why the trial judge's conclusions are clearly wrong. The parties, however, have had the factual issue considered. The claim to a new trial in such circumstances is less compelling by reason of the fact that the factual issues have been weighed at trial. If the court of appeal can identify where the trial judge was clearly wrong, there is

rait pu que conclure qu'il y avait amplement d'éléments de preuve pour soulever la question.

En conséquence, s'il avait examiné ce point, le juge de première instance aurait été tenu de faire l'appréciation de la preuve pour résoudre le conflit. Le fardeau de la preuve ne jouerait pas dans cette détermination. Ce n'est que si le tribunal avait conclu que les éléments de preuve s'équilibraient si bien qu'il ne pouvait arriver à une conclusion définitive qu'il lui aurait été nécessaire de recourir au fardeau ultime de la preuve. L'appréciation des éléments de preuve contradictoires est essentielle pour résoudre toute question de fait qui comporte de tels éléments. Cette situation ne s'est pas produite en l'espèce. Le juge Prowse, s'exprimant au nom de la majorité, n'a pas fait l'appréciation de la preuve parce qu'elle a conclu que Dow avait une obligation d'avertir directement M^{me} Hollis. En conséquence, cet aspect de la causalité ne s'est pas présenté. Mon collègue ne fait pas l'appréciation de la preuve parce qu'il écarte en grande partie la nécessité d'établir la causalité. Alors, si l'on n'ordonne pas la tenue d'un nouveau procès, on aura contourné cette étape fondamentale du procès, qui est si importante pour régler des débats sur des questions de fait. J'examine maintenant cette question plus spécifiquement.

Nécessité d'un nouveau procès

En l'espèce, la question ne porte pas sur le droit d'une cour d'appel de réviser les conclusions de fait tirées en première instance ni sur le critère qui régit cette révision. La question vise à déterminer la position qu'une cour d'appel doit adopter dans les cas où elle est appelée à trancher un appel fondé sur une question de droit qui n'a été ni examinée ni tranchée en première instance et où le juge de première instance n'a pas tiré de conclusions de fait importantes sur cette question. Dans le premier cas, le juge de première instance a rendu une décision sur une question de fait, que la cour d'appel ne devrait pas modifier ni remplacer par la sienne sauf si elle peut établir pourquoi elle est manifestement erronée. Cependant, les parties ont fait examiner la question de fait. Dans ces circonstances, la demande d'un nouveau procès se justifie moins parce qu'il y a eu appréciation des questions

less concern that the parties are deprived of the advantage of having had at least one assessment of the facts. The appellate court can correct clear error with the background of that assessment. Nevertheless, findings of credibility and conflicts in the evidence that are dependent on the advantages of seeing and hearing the witness are generally exceptions to the exercise of the power of an appellate court to substitute its findings for those of the trial judge. This applies even if the conflict is between expert witnesses. Moreover, even when an appellate court exercises the power to interfere with the findings, the usual order is to direct a new trial if the nature of the evidence is such that there is an advantage in hearing and seeing the witnesses.

de fait lors du procès. Si la cour d'appel peut cerner les erreurs manifestes commises par le juge de première instance, il est moins inquiétant que les parties soient privées de l'avantage d'au moins une appréciation des faits. La cour d'appel peut corriger des erreurs manifestes à partir de l'appréciation qui a été faite. Néanmoins, le cas de conclusions en matière de crédibilité et celui de contradictions dans la preuve, intimement liés à l'avantage de voir et d'entendre les témoins, constituent généralement des exceptions à l'exercice du pouvoir de la cour d'appel de remplacer les conclusions du juge de première instance par les siennes. Cette règle s'applique même si ce sont des témoins experts qui se contredisent. Par surcroît, même si la cour d'appel exerce son pouvoir de modifier les conclusions rendues en première instance, elle ordonnera habituellement la tenue d'un nouveau procès si la preuve est de telle nature qu'il serait avantageux de voir et d'entendre les témoins.

1995 CanLII 55 (SCC)

89 In contrast, in a case in which a trial judge fails to make factual findings which are essential to resolve an issue, a court of appeal is extremely reluctant to assume the role of the trial judge. In such circumstances, it is more hazardous to venture an opinion that the trial judge would not have had an advantage when there has been no demonstration as to how the trial judge availed himself or herself of the advantage. More importantly, there is considerable support for the view that the party affected is entitled to a new trial virtually as of right. In *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228, this Court reversed the Court of Appeal which had affirmed the judgment at trial dismissing the plaintiff's action. The trial judge classified certain practices of the government agency as policy rather than operational and therefore exempt from liability. Although these practices and their deficiencies were fully explored in the evidence presented at trial, this Court nevertheless ordered a new trial. Speaking for the majority, Cory J. stated, at pp. 1246-47:

Par contre, dans le cas où un juge de première instance omet de tirer des conclusions de fait essentielles au règlement d'une question, la cour d'appel hésitera grandement à assumer le rôle du juge de première instance. Dans ces circonstances, il est plus risqué d'avancer que le juge de première instance n'aurait pas bénéficié d'un avantage si l'on n'a pas établi comment il a justement profité de l'avantage qu'il avait. Fait encore plus important, beaucoup s'entendent pour dire que la partie lésée a droit à un nouveau procès pratiquement de plein droit. Dans *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228, notre Cour a infirmé l'arrêt de la Cour d'appel, qui avait confirmé la décision rendue en première instance de rejeter l'action du demandeur. Le juge de première instance avait dit que certaines pratiques de l'organisme gouvernemental en cause relevaient de questions de politique plutôt que du domaine opérationnel et n'engageaient donc pas sa responsabilité. Bien que ces pratiques et leurs lacunes aient été pleinement examinées dans le cadre de la présentation de la preuve au procès, notre Cour a néanmoins ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le juge Cory, s'exprimant au nom de la majorité, a affirmé aux pp. 1246 et 1247:

At trial the conclusion was reached that the number and frequency of inspections, of scaling and other remedial measures were matters of policy; as a result no findings of fact were made on the issues bearing on the standard of care. Since the matter was one of operation the respondent was not immune from suit and the negligence issue had to be canvassed in its entirety. The appellant was therefore entitled to a finding of fact on these questions and a new trial should be directed to accomplish this.

To proceed in this way is fair to both the government agency and the litigant. Once a duty of care that is not exempted has been established the trial will determine whether the government agency has met the requisite standard of care. At that stage the system and manner of inspection may be reviewed. However, the review will be undertaken bearing in mind the budgetary restraints imposed and the availability of personnel and equipment to carry out such an inspection.

Similarly, in *Koschman v. Hay* (1977), 17 O.R. (2d) 557 (C.A.), in an appeal in which the trial judge had failed to resolve conflicts in the evidence, Lacourcière J.A. stated, at p. 558:

The vital importance of reasons for judgment in such cases cannot be over-emphasized. This Court cannot decide issues of fact on the bald record. The parties are entitled to the findings of the trial Judge on disputed evidence, and an appellate Court cannot properly exercise its function without them. I refer to a decision of this Court in *DeJussel et al. v. Hajzer*, [1948] O.W.N. 468, and to *Wright and Wright v. Ruckstuhl*, [1955] O.W.N. 32, [1955] 2 D.L.R. 77, where Chief Justice Pickup, speaking for the Court, expressed this principle in no uncertain terms. This Court has never departed from that principle. We are, therefore, unanimously forced to conclude that the assessment of the plaintiffs' damages must be sent back for a new trial.

La Forest J. in *Chan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 3 S.C.R. 593, identifies the difficulty which an appellate

En première instance, on a conclu que le nombre et la fréquence des inspections, du décapage et des autres mesures de redressement étaient des questions de politique, de sorte qu'aucune conclusion de fait n'a été tirée à l'égard de la norme de diligence. Puisque l'affaire relevait du domaine opérationnel, l'intimée n'était pas à l'abri des poursuites et la question de la négligence aurait dû être examinée dans sa totalité. L'appelant était donc en droit d'obtenir une conclusion de fait sur ces questions et un nouveau procès devrait être ordonné à cette fin.

Cette manière d'aborder la question est équitable tant pour l'organisme gouvernemental que pour le poursuivant. L'existence d'une obligation de diligence et l'absence d'exemption ayant été établies, le procès permettra de déterminer si l'organisme gouvernemental a respecté la norme de diligence requise. À ce stade, le système et les méthodes d'inspection pourront faire l'objet d'un examen, compte tenu cependant des restrictions budgétaires imposées et du personnel et de l'équipement disponibles pour effectuer une telle inspection.

De la même façon, dans *Koschman c. Hay* (1977), 17 O.R. (2d) 557 (C.A.), un appel dans lequel le juge de première instance avait omis de résoudre les contradictions dans la preuve, le juge Lacourcière a affirmé, à la p. 558:

[TRADUCTION] On ne saurait mettre trop d'accent sur l'importance primordiale qu'ont les motifs de jugement dans de tels cas. Notre cour ne peut trancher des questions de fait si le dossier ne renferme rien à l'appui. Les parties ont le droit de connaître les conclusions du juge de première instance relativement à la preuve contestée, et une cour d'appel ne peut s'acquitter convenablement de ses fonctions en l'absence de ces conclusions. Sur ce point, je me réfère à l'arrêt de notre cour *DeJussel et al. c. Hajzer*, [1948] O.W.N. 468, et à *Wright and Wright c. Ruckstuhl*, [1955] O.W.N. 32, [1955] 2 D.L.R. 77, dans lequel le juge en chef Pickup, s'exprimant au nom de la cour, a exprimé ce principe en termes on ne peut plus clairs. Notre cour n'y a jamais dérogé. Nous sommes par conséquent forcés à l'unanimité de conclure qu'il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès relativement à l'appréciation des dommages-intérêts des demandeurs.

Dans l'arrêt *Chan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 3 R.C.S. 593, le juge La Forest cerne la difficulté qu'aura la cour

court faces in assessing factual issues when the trier of fact has failed to do so. He states, at para. 45:

A reviewing court must, in assessing a Board's factual decision, attempt to put itself in its position. This can pose serious difficulties where the Board has made no finding on a critical issue but has simply disposed of the matter on the basis of a legal finding.

d'appel à apprécier des questions de fait lorsque le juge des faits ne les a pas appréciées lui-même. Il affirme au par. 45:

La cour chargée d'examiner le bien-fondé de la décision d'un tribunal de la Commission doit s'efforcer de se mettre à la place de celui-ci lorsqu'elle apprécie ses conclusions de fait. Cela peut s'avérer difficile dans les cas où le tribunal n'a tiré aucune conclusion sur un élément fondamental, et qu'il a tout simplement tranché l'affaire en s'appuyant sur un fondement d'ordre juridique.

92 Courts have departed from this established practice in exceptional circumstances in which the appellate court is able to conclude that it is in as good a position to resolve the issue as the trial judge. In such circumstances, there is no special advantage in remitting the matter back to the trial judge, and the party affected is not prejudiced thereby. A material consideration is that a final resolution of the case will avoid a new trial.

Les cours d'appel n'ont dérogé à cette pratique bien établie que dans des circonstances exceptionnelles où elles peuvent conclure qu'elles sont en aussi bonne position que le juge de première instance pour trancher la question. Dans ces cas, il n'y a pas d'avantage spécial à renvoyer la question au juge de première instance, et la partie concernée n'en subit pas de préjudice. Une considération importante est que le règlement final de l'affaire évitera la tenue d'un nouveau procès.

93 Circumstances that permit the conclusion to be drawn that the appellate court is in as good a position as the trial judge and that no advantage is lost include:

- (i) the trial judge has made the necessary findings albeit in respect of a different legal issue, or it can be safely assumed from findings actually made that but for the error of law the necessary findings would have been made;
- (ii) the evidence is not in dispute or conflict and no issue of credibility is involved;
- (iii) special circumstances exist in which the parties urge the appellate court to make necessary findings of fact.

Voici certaines des circonstances qui permettent à une cour d'appel de conclure qu'elle est en aussi bonne position que le juge de première instance pour trancher la question et qu'aucun avantage n'est perdu:

- (i) le juge de première instance a tiré les conclusions nécessaires, mais relativement à une question de droit différente, ou encore on peut supposer sans risque, à partir des conclusions effectivement tirées, que le juge de première instance aurait tiré les conclusions nécessaires n'eût été l'erreur de droit;
- (ii) les éléments de preuve ne sont pas contestés ni contradictoires et aucune question de crédibilité n'a été soulevée;
- (iii) il existe des circonstances spéciales qui font que les parties exhortent la cour d'appel à tirer les conclusions de fait nécessaires.

See *Snell v. Farrell*, *supra*; *Davie Shipbuilding Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 F.C. 461 (C.A.); *Jardine v. Northern Co-operative Timber and Mill Association*, [1945] 1 W.W.R. 533 (B.C.C.A.); *Nova, An Alberta Corporation v. Guelph Engineering Co.* (1989), 70 Alta. L.R. (2d) 97.

Voir *Snell c. Farrell*, précité; *Davie Shipbuilding Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 C.F. 461 (C.A.); *Jardine c. Northern Co-operative Timber and Mill Association*, [1945] 1 W.W.R. 533 (C.A.C.-B.); *Nova, An Alberta Corporation c. Guelph Engineering Co.* (1989), 70 Alta. L.R. (2d) 97.

Cases in which this power has been exercised have stressed that it should only be resorted to in “unique” circumstances (*Nova*, at p. 112) and with extreme care to ensure that “such a course will . . . do complete justice between the parties” (*Glow v. Paquin*, [1932] 1 W.W.R. 737 (Man. C.A.), at p. 742). As a result, the preferred course of action is to order a new trial. See *Patterson v. Township of Aldborough* (1913), 11 D.L.R. 437 (Ont. C.A.); *Colautti Construction Ltd. v. City of Ottawa* (1984), 9 D.L.R. (4th) 265 (Ont. C.A.); *Bank of Nova Scotia v. Dunphy Leasing Enterprises Ltd.* (1991), 83 Alta. L.R. (2d) 289 (C.A.); *Fitz Randolph v. Fitz Randolph* (1918), 41 D.L.R. 739 (N.B.C.A.).

No circumstances are present which would bring this case within the above criteria and we are clearly not in as good a position as the trial judge to make the requisite findings. My colleague addresses this issue (at para. 33) only in relation to the finding of a duty to warn and justifies our addressing the issue on the basis that the “bulk of the critical evidence adduced at trial was documentary, not testimonial”. This is not, however, the only factual issue which was not addressed at trial. We have two additional factual issues in respect of which there were no findings at trial:

- (i) Would Ms. Hollis have consented to the operation even if properly warned?
- (ii) Would Dr. Birch’s conduct have been the same whether or not Dow was in breach of the duty to warn?

With respect to the first issue, notwithstanding that it was not dealt with by the trial judge, my colleague concludes (at para. 47) that “there was sufficient evidence adduced at trial to satisfy the subjective *Buchan* test”. La Forest J. recognizes the concern expressed by Laskin C.J. that this test places too high a premium on the self-serving evidence of the plaintiff. In his view (at para. 46), however, this concern is adequately addressed “through cross-examination and through a proper

Dans les décisions où ce pouvoir a été exercé, les tribunaux font ressortir que l’on ne devrait y avoir recours que dans des circonstances [TRADUCTION] «uniques» (*Nova*, à la p. 112) et avec une grande circonspection de façon à ce [TRADUCTION] «qu’une telle mesure [. . .] rende complètement justice aux parties» (*Glow c. Paquin*, [1932] 1 W.W.R. 737 (C.A. Man.), à la p. 742). C’est pourquoi on préférera ordonner la tenue d’un nouveau procès. Voir *Patterson c. Township of Aldborough* (1913), 11 D.L.R. 437 (C.A. Ont.); *Colautti Construction Ltd. c. City of Ottawa* (1984), 9 D.L.R. (4th) 265 (C.A. Ont.); *Bank of Nova Scotia c. Dunphy Leasing Enterprises Ltd.* (1991), 83 Alta. L.R. (2d) 289 (C.A.); *Fitz Randolph c. Fitz Randolph* (1918), 41 D.L.R. 739 (C.A.N.-B.).

Il n’existe en l’espèce aucune circonstance de la nature de celles qui ont été énumérées et nous ne sommes clairement pas en aussi bonne position que le juge de première instance pour tirer les conclusions requises. Mon collègue n’examine cette question (au par. 33) que relativement à l’obligation de mise en garde et justifie notre examen de la question sur le fondement que «l’essentiel de la preuve cruciale présentée au procès était de nature documentaire et non testimoniale». Ce n’est toutefois pas la seule question de fait qui n’a pas été examinée lors du procès. Nous sommes saisis de deux autres questions de fait sur lesquelles le tribunal de première instance n’a pas tiré de conclusion:

- (i) Madame Hollis aurait-elle consenti à l’opération même si elle avait reçu une mise en garde adéquate?
- (ii) Le comportement du Dr Birch aurait-il été le même, que Dow ait ou non manqué à son obligation de mise en garde?

En ce qui concerne la première question, même si le juge de première instance ne l’a pas examinée, mon collègue conclut (au par. 47) qu’«il y avait une preuve suffisante au procès pour satisfaire au critère subjectif de l’arrêt *Buchan*». Le juge La Forest reconnaît la préoccupation exprimée par le juge en chef Laskin selon laquelle ce critère accorde un trop grand avantage au témoignage intéressé de la demanderesse. Cependant, à son avis (au par. 46), on peut répondre adéquate-

weighing by the trial judge of the relevant testimony". I do not understand how the concern of Laskin C.J. is addressed when the evidence was not weighed by the trial judge and is dealt with on the basis of the subjective *Buchan* test for the first time in this Court. The hallmark of this test as explained in *Buchan* is acceptance of the evidence of the plaintiff on the assertion that she would not have consented to the operation. Ms. Hollis was asked at trial what she would have done if advised of "all of those complications". She replied: "I would not have had the surgery". If, as explained by Robins J.A. in *Buchan*, the entire issue turns on whether the trial judge gives credit to this statement and the evidence of expert witnesses as to what other reasonable women would do is not relevant, then it is vital that the trial judge make a specific finding as to the credibility of this statement. The fact that in this case the trial judge made no adverse finding with respect to this statement and accepted her evidence on other issues cannot be a substitute for a finding on this crucial issue. Indeed, the trial judge made no comment with respect to Ms. Hollis' credibility or demeanour as a witness in general. A trial judge or jury is perfectly at liberty to accept part of a witness's evidence and reject other parts. We do not know whether he would have done so in this case.

ment à cette préoccupation «en première instance par voie de contre-interrogatoire et par la juste appréciation par le juge des témoignages pertinents». Je ne vois pas comment on répond à la préoccupation soulevée par le juge en chef Laskin s'il n'y a pas eu appréciation de la preuve en première instance et si cette preuve est examinée pour la première fois devant notre Cour sur le fondement du critère subjectif de l'arrêt *Buchan*. La caractéristique de ce critère, selon l'arrêt *Buchan*, est l'acceptation du témoignage de la demanderesse relativement à l'affirmation qu'elle n'aurait pas consenti à l'intervention. En première instance, on a demandé à M^{me} Hollis ce qu'elle aurait fait si elle avait été prévenue de [TRADUCTION] «toutes les complications». Elle a répondu: [TRADUCTION] «Je n'aurais pas subi l'intervention». Comme le juge Robins l'a expliqué dans l'arrêt *Buchan*, si toute la question est de savoir si le juge de première instance donne foi à cette déclaration et si la déposition des témoins experts relativement à ce que d'autres femmes raisonnables feraient n'est pas pertinente, il est alors essentiel que le juge du procès tire une conclusion spécifique sur la crédibilité de la déclaration. Le fait que le juge de première instance n'a pas tiré de conclusion défavorable relativement à la déclaration de M^{me} Hollis et qu'il a accepté son témoignage sur d'autres questions ne saurait remplacer une conclusion sur cette question cruciale. En fait, le juge de première instance n'a fait aucun commentaire relativement à la crédibilité ou au comportement de M^{me} Hollis comme témoin en général. Il est tout à fait loisible au juge de première instance ou au jury d'accepter une partie du témoignage d'une personne et d'en rejeter d'autres. Nous ne savons pas si c'est ce qui se serait produit en l'espèce.

1995 CanLII 55 (SCC)

97 On the other hand, if the testimony of experts was relevant, five plastic surgeons testified that many women were not deterred by possible complications. This evidence conflicted with the evidence of Ms. Hollis and could only be resolved at trial.

Par contre, si le témoignage des experts était pertinent, il faut signaler que cinq plasticiens ont affirmé que de nombreuses femmes n'étaient pas dissuadées par les complications possibles. Ces témoignages sont en contradiction avec celui de M^{me} Hollis et ce n'est qu'en première instance que l'on peut en faire l'appréciation.

98 My colleague resolves the second causation issue (namely, whether or not Dr. Birch would

Mon collègue résout la seconde question de la causalité (savoir si le Dr Birch aurait ou non trans-

have passed any warnings along), by effectively deciding that this aspect of causation does not arise. As explained above, my colleague's approach flies in the face of well established legal principles by eliminating the need for the plaintiff to show that her injuries would not have occurred had Dow warned the "learned intermediary". Clearly, the issue of causation must be resolved. In the absence of a finding in this Court that evidence was lacking to raise the issues or that a weighing of the evidence cannot resolve the matter, a new trial should be ordered for the purpose of enabling the trial judge to carry out this function.

Apart from the foregoing, there are three additional reasons for ordering a new trial in this case.

First, there will be a new trial in any event with respect to Dr. Birch, and the judgment of this Court will not put an end to the litigation.

Second, the issue as to whether Ms. Hollis would have proceeded with the implant if properly warned is an issue in the new trial ordered in respect of Dr. Birch. That order is not in issue here. Dr. Birch is entitled to raise the issue of causation. If this Court determines that issue and decides that on the evidence Ms. Hollis would have refused consent, I cannot see how a trial judge could decide otherwise. If he did, such inconsistent findings would not enhance the image of justice.

Finally, under the *Negligence Act*, where damage or loss is caused by the fault of two or more persons, liability for the damage must be apportioned in accordance with the degrees of fault. In accordance with s. 2 of the *Negligence Act*, the trial judge will have to determine the degree to which Dr. Birch was at fault. This involves a comparison of the degrees of fault of Dow and Dr. Birch. Such a comparison is at worst impossible and at best extremely difficult without hearing and weighing the evidence of negligence with respect to each defendant. It is, therefore, the practice to

mis les mises en garde) en décidant en fait que cet aspect de la causalité ne se pose pas. Comme je l'ai déjà expliqué, l'analyse de mon collègue va contre les principes de droit bien établis en éliminant la nécessité que la demanderesse démontre qu'elle n'aurait pas subi de préjudice si Dow avait informé l'«intermédiaire compétent». Il faut de toute évidence trancher la question de la causalité. Faute d'une conclusion par notre Cour qu'il n'y avait pas de preuve permettant de soulever ces questions ou qu'une appréciation de la preuve ne peut trancher l'affaire, il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour que le juge de première instance puisse s'acquitter de cette tâche.

Outre ce qui précède, il y a trois autres motifs pour lesquels il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès en l'espèce.

Premièrement, il y aura de toute façon un nouveau procès concernant le Dr Birch et l'arrêt de notre Cour ne mettra pas un terme au litige.

Deuxièmement, la question de savoir si M^{me} Hollis aurait accepté l'implantation si elle avait été adéquatement prévenue est une question qui sera débattue au cours du nouveau procès ordonné relativement au Dr Birch. Cette ordonnance n'est pas contestée en l'espèce. Le Dr Birch a le droit de soulever la question de la causalité. Si notre Cour tranche cette question et décide, sur le fondement de la preuve, que M^{me} Hollis aurait refusé l'opération, je ne vois pas comment un juge de première instance pourrait arriver à une conclusion contraire. S'il le faisait, de telles conclusions incompatibles ne rehausseraient pas l'image de la justice.

Enfin, en vertu de la *Negligence Act*, dans le cas où le préjudice ou la perte est imputable à la faute d'au moins deux personnes, il faut départager la responsabilité conformément au degré de faute. Conformément à l'art. 2 de la *Negligence Act*, le juge de première instance devra déterminer le degré de faute du Dr Birch. À cette fin, il devra établir une comparaison entre le degré de faute de Dow et celui du Dr Birch. Une telle comparaison est, au pis, impossible et, au mieux, extrêmement difficile s'il n'y a ni présentation ni appréciation d'une preuve de négligence relativement à chacun

have a joint trial which includes as parties all those alleged to be at fault for having caused the damage or loss claimed. It is in keeping with the intent and purpose of the *Negligence Act* that all parties alleged to be at fault should be before the trial judge at the end of the case. See *McCarroll v. Powell*, [1955] 4 D.L.R. 631 (Ont. C.A.), at pp. 635-36; *Hunt v. MacLeod Construction Co.*, [1958] S.C.R. 737. The problem that I foresee for the trial judge is that the evidence with respect to Dow's breach of duty will have to be tendered but presumably in the absence of Dow as a party. The trial judge will not, however, be free to evaluate this evidence free of the opinion of this Court. For example, the trial judge might be of the view that on the evidence before him or her no fault is established. Yet he or she must find some fault because this Court has determined that Dow was at fault. Moreover, unless Dow is able to re-inject itself into the proceedings, its degree of fault will be determined *ex parte*.

des défendeurs. Il est donc courant de tenir un procès conjoint contre toutes les parties qui pourraient être en faute relativement au préjudice ou à la perte subis. En conséquence, conformément à l'objet de la *Negligence Act*, toutes les parties susceptibles d'être en faute devraient en fin de compte se retrouver devant le juge de première instance. Voir *McCarroll c. Powell*, [1955] 4 D.L.R. 631 (C.A. Ont.), aux pp. 635 et 636; *Hunt c. MacLeod Construction Co.*, [1958] R.C.S. 737. Le problème auquel le juge de première instance sera confronté, à mon avis, est que la preuve relativement au manquement de Dow devra être présentée, mais vraisemblablement sans Dow comme partie à l'instance. Cependant, il ou elle ne sera pas loisible au juge de première instance de faire l'appréciation de cette preuve sans tenir compte de l'opinion de notre Cour. Par exemple, le juge de première instance pourrait considérer, à partir de la preuve, qu'aucune faute n'a été démontrée. Cependant, il ou elle devra conclure à l'existence d'une faute puisque notre Cour a déterminé que Dow était en faute. Qui plus est, à moins que Dow ne soit en mesure de redevenir partie au litige, son degré de faute sera déterminé *ex parte*.

103 Accordingly, I would allow the appeal and direct a new trial as proposed by Southin J.A. dissenting on this issue.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès comme l'a proposé le juge Southin, qui était dissidente sur cette question.

Appeal dismissed with costs to the respondent Susan Hollis, SOPINKA and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Pourvoi rejeté avec dépens à l'intimée Susan Hollis, les juges SOPINKA et MCLACHLIN sont dissidents.

Solicitors for the appellant: Clark, Wilson, Vancouver.

Procureurs de l'appelante: Clark, Wilson, Vancouver.

Solicitors for the respondent Susan Hollis: Lang, Michener, Vancouver.

Procureurs de l'intimée Susan Hollis: Lang, Michener, Vancouver.

Solicitors for the respondent John Robert Birch: Harper, Grey, Easton, Vancouver.

Procureurs de l'intimé John Robert Birch: Harper, Grey, Easton, Vancouver.

TAB 3

Ontario Supreme Court
Menegon v. Phillip Services Corp.
Date: 1999-08-27

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

In the Matter of the Courts of Justice Act, R.S.O. 1990 c. C-43, as Amended

In the Matter of a Plan of Compromise or Arrangement of Philip Services Corp. and the Applicants Listed on Schedule "A"

Application Under the Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36

Joseph Menegon, Plaintiff and Philip Services Corp., Salomon Brothers Canada Inc., Merrill Lynch Canada Inc., CIBC Wood Gundy Securities Inc., Midland Walwyn Capital Inc., First Marathon Securities Limited, Gordon Capital Corporation, RBC Dominion Securities Inc., TD Securities Inc., and Deloitte & Touche, Defendants

Ontario Superior Court of Justice [Commercial List] Blair J.

Judgment: August 27, 1999

Docket: 99-CL-3442, 4166CP/98

David R. Byers, Sean Dunphy and Colleen Stanley, for Philip Services Corp. et al.

John McDonald, for the Class Proceedings Plaintiffs.

J.L. McDougall, Q.C. and B.R. Leonard, for Deloitte & Touche.

B. Zarnett, for Merrill Lynch Canada Inc., Midland Walwyn Capital Inc.,

First Marathon Securities Limited, Gordon Capital Corporation and Salomon Brothers Canada Inc. ("The Underwriters").

Hilary Clarke, for Royal Bank of Canada.

Pamela Huff and Susan Grundy, for Lenders under the Credit Agreement.

Joseph Groia and Subrata Bhattacharjee, for certain Directors.

E.A. Sellers, for CIBC as Account Intermediary.

Steven Graff, for PHH Vehicle Leasing.

Blair J. :

I—Facts

Background

[1] The issues raised on these Motions touch upon difficult areas in the burgeoning field of cross-border insolvencies.

[2] Philip Services Corp. is the ultimate parent company of a network of approximately 200 directly and indirectly owned subsidiaries in Canada, the United States and elsewhere. The operations of this international conglomerate of companies are service oriented, with a primary focus on what are referred to as “Metals Services” and “Industrial Services”. The former involves the collection, processing and recycling of scrap metal for steel mills and for the foundry and automotive industries. The latter entails providing such things as cleaning and maintenance services, waste collection and transportation, emergency response services and tank cleaning for major industries (“outsourcing services”), and providing “by-products recovery services”, with heavy emphasis on chemicals and fuel and polyurethane recycling, for the same industries.

[3] The Philips conglomerate—with consolidated revenues in 1998 of U.S. \$2 billion, but a consolidated, net loss of U.S. \$1,587 billion for the period ending December 31, 1998—has fallen into insolvent circumstances. On June 25, 1999, Philip Services Corp. and its Canadian subsidiaries sought and obtained the protection of this Court under the provisions of the CCAA to enable them to attempt to restructure their affairs. On the same date, Philip Service Corp. and its primary subsidiary for its U.S. operations, Philip Services (Delaware) Inc., together with other U.S. subsidiaries, filed for Chapter 11 protection under the *U.S. Bankruptcy Code* in United States Bankruptcy Court (District of Delaware). On July 12, 1999, a “Disclosure Statement and a Plan of Reorganization” was filed in the U.S. Bankruptcy Proceedings (“the U.S. Plan”). On July 15th, a Plan of Compromise and Arrangement was filed in the CCAA Proceedings (“the Canadian Plan”).

[4] As the parties and counsel have done, I shall refer to Philip Services Corp. as “Philip” and to Philip Services (Delaware) Inc. as “PSI”. I shall refer to the conglomerate as a whole as “Consolidated Philip”.

[5] Philip is an Ontario corporation with head offices in Hamilton, Ontario. It is a public company with stock trading on the Toronto Stock Exchange, the Montreal Exchange, and the

New York Stock Exchange. Although trading is suspended at the present time, the bulk of trading occurred on the New York Stock Exchange. Eighty-two percent of Philip's issued and outstanding shares are owned by U.S. residents. Moreover, it appears, the majority of Philip's operating assets, and of its operations, are located in the United States. Consolidated Philip carries on business at more than 260 locations, and employs more than 12,000 employees, primarily in North America. Its customer list includes more than 40,000 industrial and commercial customers world-wide. In Canada, there are 94 locations, about 2,000 employees, and annual revenues in the neighbourhood of U.S. \$333 million.

[6] Philip expanded very rapidly in the past few years—perhaps too rapidly, as it turns out. Consolidated Philip grew by more than 40 new businesses acquisitions in 1996 and 1997. Associated with this expansion was the negotiation of a U.S. \$1.5 billion Credit Agreement between Philip and PSI as borrowers and a syndicate of more than 40 lenders (the "Lenders"). Under the Credit Agreement Philip guaranteed the borrowings of PSI, and PSI guaranteed the borrowings of Philip. In addition, certain subsidiaries of Philip and PSI guaranteed all of the liabilities of Philip and PSI to the lenders, and the guarantees from the subsidiaries were secured by general agreements and specific assignments of assets. In short, the Lenders have security over virtually all of the assets of Consolidated Philip. Moreover, subject to certain specific exceptions, it is first security.

[7] During this same period of expansion, Philip raised about U.S. \$362 million through a public offering in the U.S. and Canada. Seventy-five percent of these shares were sold in the U.S. As events transpired, these public offerings have led to a series of class actions against Philip both in the U.S. and in Canada. They arose out of certain discrepancies between copper inventory as shown on the books and records of Philip and actual inventory on hand, which were revealed in audits in early 1998. Publicity surrounding the discrepancies led to a drop in the price of Philip shares, which led to various class actions. Eventually, it was determined that Philip's liabilities had been understated by approximately U.S. 35 million. As a result, it was required to file an Amended Form 10-K with the U.S. Securities and Exchange Commission restating its financial results for 1997 to show an additional loss of \$35 million. It was also required to revise the amount of pre-tax special and non-recurring charges for that same year.

[8] It is said that the unsettling effects of the financial irregularities and the class action proceedings, in conjunction with a general uncertainty in the markets serviced by Consolidated Philip, caused Philip's earnings to drop dramatically. It could not refinance its long-term debt under the Credit Agreement. Its trade credit was curtailed. It lost contracts and, because its bonding capacity was impaired, it was further hampered in its ability to win new contracts. In spite of concerted efforts over a period of nearly a year, Philip was not able to re-finance its debt or to restructure its affairs outside of the court restructuring context. Cash conservation measures in late 1998 led to defaults under the Credit Agreement. Debt restructuring negotiations with *the Lenders* since that time led ultimately to the parallel insolvency proceedings in Canada and the U.S. to which I have referred above.

The Class Proceedings

[9] Developments in the class action proceedings are what have led specifically to the Motions which are presently before this Court.

[10] In February and March of 1998 various class actions were filed in the United States against Philip, certain of its past and present directors and officers, the underwriters of the Company's November 1997 public offering, and the Company's auditors (Deloitte & Touche)¹. The actions, now consolidated, alleged that Philip's financial disclosure for various time periods between 1995 and 1997 contained material misstatements or omissions in violation of U.S. federal securities laws.

[11] In May, 1998, a class proceeding was also commenced in Ontario, under the *Class Proceedings Act, 1992* ("the CPA Proceeding"). The plaintiff is Joseph Menegon, a retired school teacher living in Hamilton, who had purchased 300 common shares of Philip on the TSE in November, 1998. The CPA Proceedings is an action for misrepresentation, negligent misrepresentation and rescission relating to the purchase of shares of Philip by people in Canada between February 28 and May 7, 1998. The defendants are Philip, the various Underwriters, and Deloitte & Touche.

[12] At the instance of Philip and Deloitte & Touche, however, a motion was brought for an order dismissing the U.S. Class Action on the grounds that the United States Court was not the proper Court for the disposition of the claims, but that the Ontario Court was. This motion

was successful and on May 4, 1999 the U.S. Class Action was dismissed. A motion to reconsider was also dismissed. Although the U.S. Class Action plaintiffs have appealed, the present status of those proceedings is that they have been dismissed.

[13] Nonetheless, the U.S. claims persist, and there have been negotiations between counsel for the U.S. and Canadian Class Action plaintiffs and Philip since early 1999 with a view to arriving at a settlement of the class action claims against Philip. Because of the nature of these claims, and the potential quantum of any judgments that might be obtained, a resolution of the Class Action proceedings, according to Philip, is an essential element of any successful restructuring. On June 23, 1999, the parties to the negotiations entered into a Memorandum of Understanding which outlined a proposed settlement between Philip and the U.S. Class Action and CPA Proceedings plaintiffs.

[14] Philip and the CPA Proceeding plaintiff now seek certification of the CPA Proceeding and approval of the Settlement by the Court. Philip, separately, seeks approval of this Court under the CCAA to enter into the proposed Settlement. These motions have triggered the series of matters that are now to be disposed of. Deloitte & Touche not only opposes the Motions, but seeks separate declaratory relief on its own part touching upon the Settlement itself and as well the overall “fairness” and “reasonableness” of the proposed Canadian Plan. I shall return to the specifics of the competing Motions and the relief sought shortly. First, however, some brief reference to the controversial aspects of the Canadian and U.S. Plans, and to the terms of the Settlement, is required.

The Controversial Aspects of the Plans, and the Settlement

[15] The principle terms and conditions of the U.S. and Canadian Plans, as they presently stand, were hammered out in a “Lock-Up Agreement” entered into in April, 1999 and later amended on June 21st, between Philip (as Canadian borrower), PSI (as U.S. borrower), and a Steering Committee representing the Lenders. There were also negotiations with certain of Philip’s major unsecured creditors and with counsel for the U.S. and Canadian class action plaintiffs. The Lock-Up Agreement is variously described as the result of “heavy” negotiations and “very hard bargaining”. No doubt that is indeed the case.

¹ These various actions were eventually consolidated and transferred to the United States District Court, Southern District of New York, by order dated June 2, 1998.

[16] The amended Lock-Up Agreement provides in substance that the Lenders will become the holders of 91% of the equity in the newly restructured Philip, and that they will as well receive U.S. \$300 million of senior secured debt (now reduced to \$250 million through asset sales) and \$100 million of secured “payment in kind” notes. Under the U.S. Plan the remaining 9% of the equity in the restructured Philip is to be made available to other stakeholders, on the following basis: 5% (plus U.S. \$60 million in junior notes) is to be for the compromised unsecured creditors; 2% for the existing shareholders; 1.5% for the Canadian and U.S. class action plaintiffs; and, 0.5% for the holders of other securities claims. The formula is conditional upon cross-approvals of the U.S. and Canadian Plans.

[17] From Philip’s perspective the Plans filed in both the U.S. and in Canada are interdependent and form a single Plan from a “business point of view”. The general concept of the overall plan is that each class of stakeholders in the Consolidated Philip with similar characteristics are to be treated similarly whether they are located in the U.S. or in Canada. With this in mind, and having regard to the need for a coordinated restructuring of claims and interests against Philip, PSI, and the Canadian and U.S. subsidiaries, the Plans provide that,

a) creditors with claims against *Philip’s Canadian subsidiaries but not against Philip itself* are to file their claims in the CCAA proceedings in Canada, and are to be dealt with in the Canadian Plan; and,

b) creditors with claims *against Philip* or its U.S. subsidiaries are to have their claims processed in the U.S. proceedings and are to be dealt with in the U.S. Plan.

[18] The result of this is that the claims of *Philip’s* creditors, whether Canadian or U.S., are to be dealt with under the U.S. Plan and governed by Chapter 11 of the *U.S. Bankruptcy Code*. This includes the claims of Deloitte & Touche and of the Underwriters, and of certain former officers and directors, for contribution and indemnity in relation to the U.S. and Canadian class proceedings. It also includes the claims of certain creditors, such as Royal Bank of Canada, in relation to personal property leases.

[19] Not surprisingly, those so affected take umbrage at this treatment. They submit that it contravenes the provisions of the CCAA and their substantive rights under Canadian law, and should not be countenanced. It renders the Canadian Plan unfair and unreasonable, in their submission, and should not be sanctioned. Philip argues, on the other hand, that matters

relating to whether or not the Plan is fair and reasonable are matters to be dealt with at the sanctioning hearing, when the Plan is brought before the Court for approval after it has received the earlier approval of the Company's creditors. Counsel for Philip—supported by counsel for the Lenders and counsel for the Canadian class action plaintiff—submits that it is premature at this stage to consider such contentions. Counsel for Deloitte & Touche and for the Underwriters and for Royal Bank counter this argument, however, by asserting that the certification and approval of the Settlement as sought raises the very same issues and that they are so “inextricably linked” that they must be dealt with together. In an earlier endorsement, I agreed with this latter submission. It fails now to consider the two matters together.

The Proposed Settlement

[20] Under the proposed Settlement the Canadian and U.S. class action plaintiffs are to receive 1.5% of the common shares of a restructured Philip, as noted above. The shares are to be distributed *pro rata* amongst the Canadian and U.S. plaintiffs. There is to be, in addition, an amount of up to U.S. \$575,000 for costs of counsel for the U.S. and Canadian class action plaintiffs. The Settlement is embodied in the U.S. Plan as “Allowed Class 8B Claims”. It includes the right of persons caught by the class proceedings to opt out; however, any member of the class who elects to opt out of the proposed settlement is also to be dealt with in the U.S. Plan as a Class 8B claimant.

[21] The proposed Settlement is conditional upon its being approved by the Courts in Canada and in the U.S. and, according to Philip, upon the successful implementation of both the Canadian and the U.S. Plan. Philip has made it clear that it and its professional advisors do not believe that a restructuring of Philip can be accomplished without resolution of the class action claims in Canada and the U.S. Philip, counsel in the Canadian class action, and the Lenders all argue that in the event of liquidation, the plaintiffs will get nothing because—even if they are successful on liability—they will have no chance of recovering a damage award against the insolvent Philip. The Settlement is also recommended by Ernst & Young, the court appointed Monitor for Philip in the CCAA proceedings.

[22] What, then, are the specific issues that the Court is asked to determine on the pending Motions?

II—The Issues Raised

[23] The following Motions, as summarized, are before the Court:

- 1) A Motion by Philip pursuant to the CCAA for authorization and direction to enter into the proposed Settlement of the proceeding pending against it under the *Class Proceeding Act*;
- 2) A joint Motion by Philip and Mr. Menegon, the representative plaintiff in the CPA Proceedings, for certification of the class proceeding as against the defendant Philip only, and for approval of the Settlement Agreement together with directions regarding notification of members of the proposed class;
- 3) A cross-Motion by Deloitte & Touche—one of Philip's co-defendants in the CPA Proceedings, supported by the other co-defendant Underwriters—for declaratory relief in the nature of an order:
 - a) declaring, pursuant to s. 5.1(3) of the CCAA and s. 97 of the *Courts of Justice Act* that the Canadian Plan is not fair and reasonable in the circumstances, having regard to those provisions in the Canadian Plan which compromise the ability of Deloitte & Touche to claim contribution and indemnity against Philip and certain of its directors, officers and employees;
 - b) precluding the compromise of the Deloitte & Touche claims and amending both the Canadian Plan and the U.S. Plan so that Deloitte & Touche's rights are to be determined under the Canadian Plan alone, and in accordance with Canadian law and without unfairly prejudicing its rights.
- 4) A Motion by Royal Bank of Canada for an order,
 - a) declaring that the claim of Royal Bank against Philip under certain leases shall be determined with reference to Canadian law and in the Canadian proceedings;
 - b) declaring that the Canadian Plan is not fair and reasonable because it seeks to compromise the Bank's claims in the U.S. Plan, thus adversely affecting the Bank's rights and circumventing Philip's obligations under Canadian law;
 - c) amending the Canadian Plan so that the Bank's claim is not dealt with in the U.S. Plan; and,

d) amending sub-paragraph 14(d) of the initial Order granted in the CCAA proceeding on June 25, 1999—which presently permits Philip to terminate any and all arrangements entered into by them—by providing that the sub-paragraph does not apply to leases of personal property; and, finally,

5) A Motion on behalf of certain former officers and directors of Philip seeking to have the Canadian Plan and the U.S. Plan declared not fair and reasonable in the circumstances, having regard to those provisions,

a) which attempt to compromise or otherwise limit the ability of the Moving Parties to claim contribution and indemnity from Philip without compensation whatsoever;

b) which call for releases to be provided to current directors and officers of Philip, but not to former directors and officers;

c) which deprive the Moving Parties of their rights as creditors to vote on the Canadian Plan.

III—Law and Analysis

The Class Proceedings

[24] There is little difference in substance between the joint Motion of Philip and the Canadian class action plaintiff under the *Class Proceedings Act*, and that of Philip alone, under the CCAA. Both ultimately seek approval and implementation of the proposed Settlement. However, the CCAA proceeding provides the context in which this approval is sought and, indeed—as I have already mentioned—Philip and others are of the view that a successful restructuring of Consolidated Philip is not possible without the implementation of the proposed Settlement, and that the converse is also true. Thus, there *is* a close link between the two, and in my opinion the issue of settlement approval cannot be viewed in isolation from the CCAA/restructuring environment in the context of which it was developed.

Certification

[25] I have little hesitation in certifying—and do certify—the CPA Proceeding as a class proceeding pursuant to subsection 5(1) of the *Class Proceedings Act*, as requested. That is, the proceeding is certified as a class proceeding as against the defendant Philip only and for settlement purposes only. It is without prejudice to any arguments the other defendants to the

CPA Proceedings may wish to make in opposition to any element of the plaintiff's claim, including, but not limited to, certification of a class as against them.

[26] For those purposes, however, I am satisfied that the tests set out in subsection 5(1) have been met. The statement of claim discloses a cause of action based upon faulty disclosure. There is an identifiable class, as articulated in the materials, and a common issue, as therein very broadly defined². A class proceeding makes sense, and is the preferable procedure for the resolution of the common issue in the circumstances, and Mr. Menegon constitutes a representative plaintiff as called for in the subsection. An Ontario Court has jurisdiction pursuant to the *Class Proceedings Act* to certify a Canada-wide opt out class where the action has a "real and substantial" connection to Ontario, as is the case here: see, *Carom v. Bre-X Minerals Ltd.*, February 11, 1999, unreported, Court file No. 99-02614 (Ont. Gen. Div.) [reported at 43 O.R. (3d) 441]; *Nantais v. Telectronics Proprietary (Canada) Ltd.*, (1995), 25 O.R. (3d) 331 (Ont. Gen. Div.), leave to appeal refused (1995), 25 O.R. (3d) 331 at 347 (Ont. Gen. Div.).

Approval and Notice

[27] I have concluded, however, that Notice should be given at this time to the members of the class as certified, in accordance with the provisions of section 17 of the *Class Proceedings Act*, but that the proposed Settlement ought not to be approved at this time and at this stage of the restructuring proceedings.

[28] This conclusion is based not so much on the issue of whether notification under the *Act* may be given jointly for certification *and* approval, and not so much of the question of the merits of the proposed Settlement as between the class action plaintiffs and Philip. The former issue has not yet been settled, but need not be determined in this case. The latter is supported by the recommendations of the Monitor and seasoned U.S. representative counsel, and by the "reality check" that if there is no settlement it is unlikely that the class action plaintiffs will ever recover anything from Philip.

[29] Rather, my conclusion is based upon my sense that it is *premature* to approve a settlement of the U.S. and Canadian class action proceedings at this stage of the restructuring process. Philip and the Lenders have made it clear that the settlement of those

claims forms a central underpinning to the ability of Consolidated Philip to reorganize successfully. But the reverberations of the class actions extend to more than merely the relations between Philip and the class action plaintiffs. They affect the relations between Philip and the co-defendants in the proceedings, and between the class action plaintiffs and the co-defendants as well. The class action plaintiffs and the co-defendants are all unsecured claimants of Philip in the restructuring process—the claims of the co-defendants for contribution and indemnity against Philip and its former officers and directors arise out of the same “nucleus of operative facts”³ as the claims of the class action plaintiffs against Philip; and one follows from the other. It has frequently been noted that the full name of the CCAA is “An Act to facilitate compromises and arrangements between companies and their creditors”. In the bare-knuckled ring of commercial restructuring negotiations, this cannot be accomplished if one group of unsecured claimants is given an unwarranted advantage over another.

[30] To grant approval to the proposed Settlement of the class action plaintiffs with Philip at this stage would in effect immunize both those plaintiffs and Philip from the need to have regard to the co-defendants in resolving their dispute. It may well be that a plaintiff in an action with multi-party defendants can settle unilaterally with one of those defendants without creating other repercussions in the lawsuit. It may also be, however, that such a settlement cannot be effected without taking into account some aspects of the “other party” issues—things such as the impact of the settlement on the co-defendants’ claims for contribution and indemnity, including the quantum of or a cap on recovery and questions of releases, to take only some examples.

[31] For instance, Philip is contractually bound under the terms of its Underwriting Agreement with the Underwriters to indemnify and hold the Underwriters harmless against all claims based on allegations of untrue statements or alleged untrue statements in a prospectus. More to the point, Philip *is not entitled without the consent of the Underwriters*, under the terms of the same Agreement, *to settle* any action in which such claims are made against it and unless the settlement includes an unconditional release in favour of the Underwriters. Approval of the proposed Settlement at this stage of the restructuring proceedings would deprive the Underwriters of that contractual right. What is significant at this point is not the attempt to

² The common issue is very broadly and vaguely defined, and while such a definition has received approval in other cases, I do not mean to be taken as having approved such a definition for any purposes other than those of this particular case.

compromise the claim, including the contractual right to the release, but rather the loss of the bargaining chip on the part of the Underwriters in the process as a result of the *unilateral* settlement as between Philip and the plaintiffs.

[32] Philip, the Lenders, and counsel for the class action plaintiffs have mounted an adamant chorus that if the proposed Settlement is not approved the U.S. and Canadian class action plaintiffs will get nothing because Philip will be liquidated and, in addition, that there is simply no room for the class action plaintiffs to receive anything more than the 1.5% share distribution in the restructured Philip which is currently on the table. The Lenders point out that they are fully secured and that they need not leave available even that 1.5% interest (not to mention the 9% equity interest which they have agreed to leave available to other stakeholders generally). These pronouncements may well reflect the final reality of the situation. However, I am somewhat less inclined to accept them at face value than the parties are to make them, particularly at this stage of the proceedings. It would not be the first time in restructuring negotiations where an adamant chorus turned into a more harmonious melody before the end of the day. Only the final moments of the process will tell the tale. In the meantime, as many negotiating options as possible should be kept open as amongst claimants of equal status in the restructuring, in my view.

[33] I do not say that this proposed Settlement, in its present or some other form, will not ultimately be approved. It is simply premature at this stage in the restructuring process to give it that imprimatur, in my opinion—if the imprimatur is to be given—for the reasons I have articulated. Accordingly, the question of approval of the proposed Settlement is adjourned to a date to be fixed which is more contemporaneous with the sanctioning hearing. In the meantime, Notice of certification and of the *pending* motion for approval is to be sent to all members of the class.

The Fairness Issues Regarding the Canadian Plan.

[34] Much of the foregoing reasoning applies to the conclusions I have reached with respect to the issues raised by Deloitte & Touche and others respecting the Canadian Plan and its nexus with the proposed Settlement.

³ To use the phrase adopted by the parties.

[35] The claim of the plaintiffs in the CPA Proceedings as against Deloitte & Touche and the Underwriters includes a claim for the difference between the value received by the plaintiffs as a result of the settlement and their actual loss. If the Settlement and the Canadian and U.S. Plans are approved, however, these co-defendants will lose their rights to claim contribution and indemnity from Philip in the class action. This, in itself, is not a reason for impugning the fairness and reasonableness of the Plans, because the ability to compromise claims against it is essential to the ability of a debtor corporation to restructure its affairs. Nonetheless, where the proposed structure of the reorganization affects the substantive rights of claimants in a fashion which treats them differently than they would otherwise be treated under Canadian law, and where the effect of that treatment is to place the claimants in a position where their ability to engage in full and complete negotiations with the debtor company are impaired, there is cause for concern on the part of the Court. That, in my view, is the case here.

[36] The effect of the Canadian Plan, as presently structured, is to deprive Deloitte & Touche, the Underwriters and others such as the former directors and officers of Philip who may have claims of contribution and indemnity as against Philip arising out of the same “nucleus of operative facts” pertaining to the class action claims, from pursuing those contribution claims in the Canadian CCAA proceeding. The same is true, but for different reasons, of the claim of Royal Bank with respect to its equipment leases. This is accomplished by carving out the claims in question from the CCAA proceedings and providing that they are to be dealt with under the U.S. Plan in U.S. Bankruptcy Court in accordance with the provisions of the *U.S. Bankruptcy Code*. *All claims against Philip* are to be dealt with in that fashion, notwithstanding that it was Philip which set in motion the CCAA proceedings in the first place and which sought and obtained the stay of proceedings preventing these very same claimants from pursuing their claims in Canada against it. At the same time, the Canadian Plan, but its very terms, is to be binding upon all holders of claims against Philip—including those which are subject to the Canadian Plan: see section 9.15 of the Canadian Plan. This is to be accomplished without even according the right to those claimants to vote on the Plan.

[37] The binding nature of the Canadian Plan has the effect of requiring the responding claimants to provide releases in favour of Philip while they are at the same time not released by Philip from claims that might be subsequently asserted against them. Furthermore, as the Plan presently stands, Deloitte & Touche and the Underwriters will be deemed to have

released former directors and officers from claims for contribution and indemnity. The Class Action plaintiffs have chosen not to pursue the directors and officers, at the present time, and there is apparently upwards of \$100 million in insurance that might be available to satisfy such claims. This is a matter of considerable concern for Deloitte & Touche and for the Underwriters. Philip has advised, during the course of these motions and before, that it does not intend the proposed Settlement or the Plan to preclude the ability of Deloitte & Touche and of the Underwriters to pursue the former officers and directors. For the present, however, the Plan is worded in such a way that they will be so precluded. The real point is that all of this is being visited upon the responding claimants without there being entitled to any say in the Canadian proceedings as to their willingness or lack of willingness to be so treated.

[38] In my opinion it is the loss of the right to vote in the Canadian Plan which lies at the heart of the present dilemma. The mere fact that a Canadian creditor's rights are to be dealt with and affected by single or parallel insolvency proceedings in the U.S. Bankruptcy Court—or that the reverse may be the case (U.S. creditor/Canadian Court)—is not necessarily sufficient, in itself, to undermine the fairness and reasonableness of a proposed Plan: see, for example *Roberts v. Picture Butte Municipal Hospital* (1998), 64 Alta. L.R. (3d) 218 (Alta. Q.B.); *Re Starcom Services Corp.*, Bankr. W.D. Wash., case no. M-98-60005, Nov. 20, 1998. In Canadian insolvency proceedings under the CCAA, however, it is the right to vote on the compromise or arrangement which the debtor company proposes to make with them which is the central counterpart, on the part of the creditors, to the debtors right to attempt to make that compromise or arrangement. In my view, having chosen to initiate and take advantage of the CCAA proceedings, Philip cannot now evade the implications and statutory requirements of those proceedings by seeking to carve out certain pesky—and potentially large—contingent claimants, and to require them to be dealt with under a foreign regime (where they will be treated less favourably) while at the same time purporting to bind them to the provisions of the Canadian Plan. All of this without the right to vote on the proposal.

[39] While the fact that their treatment under U.S. Bankruptcy law will apparently be considerably less favourable than their treatment under Canadian law is not determinative, it is certainly a factor for consideration when taken in conjunction with the loss of voting rights in the Canadian Plan. As counsel have presented it, contribution claimants such as Deloitte & Touche, the Underwriters and the directors and officers will have the status equivalent to *equity* holders under the U.S. Plan. Their claims will not be considered as unsecured *debt*

claims in terms of priority ranking. Pursuant to the “cram down” provisions of the *U.S. Bankruptcy Code*, the Bankruptcy Court can approve a plan of reorganization even if a class of creditors votes not to accept the plan provided no junior-ranking class receives a distribution and the plan is otherwise fair and reasonable. Moreover, the U.S. Bankruptcy Court may on motion deem such a class of stakeholders to have voted to reject the plan in order to dispense with the necessity of having such a vote amongst its members. While Philip’s deponents and its counsel have not said so expressly, it is the clear inference from the materials filed that that is precisely the route which Philip proposes to follow *vis à vis* the contribution claimants whose claims have been left to be dealt with under the *U.S. Bankruptcy Code*.

[40] For purposes of the CCAA the claim of an unsecured creditor includes a claim in respect of any indebtedness, obligation or liability which would be a claim provable in bankruptcy, and therefore includes a contingent claim for unliquidated damages. Thus, Deloitte & Touche, the Underwriters, the officers and directors, and Royal Bank are all entitled to assert claims in the CCAA proceedings. They are Canadian claimants, asserting claims against a Canadian company in a Canadian proceeding. In respect of the claims for contribution and indemnity those claims arise out of a “nucleus of operating facts” which the U.S. Courts—at the urging of Philip, amongst others—have already determined are more conveniently litigated in Canadian class action proceedings.

[41] In respect of the Royal Bank, the claim relates to some 57 equipment leases entered into between the Bank and Philip under lease agreements governed by the laws of Ontario and with respect to equipment located (with one exception) in Ontario. However, under U.S. Bankruptcy laws, Philip would be entitled to “reject” leases, which it is not entitled to do under Ontario law, although it may of course “break” the leases if it is prepared to suffer the legal consequences. Again the attempt by Philip is to treat the claims under a regime which is more favourable to it and less so to the claimant. That attempt may not in itself be objectionable, but to the extent that it is accomplished by depriving the creditor of its right to vote and to participate in the Canadian proceedings which were initiated for the purposes of shielding Philip against the claim, it is troubling.

[42] The rights of creditors under the CCAA cannot be compromised unless,

- a) the creditor has been given a right to vote, in the appropriate class, on the proposed compromise;
- b) the creditor's vote is in accordance with a value ascribed to the claim by a Court approved procedure;
- c) the class in which the creditor has been appropriately placed has voted by a majority in number and two-thirds in value in favour of the compromise; and,
- d) the Court has sanctioned the compromise on the basis that it is fair and reasonable (with considerable deference being given by the Court in this regard to the votes of the creditors).

43 See CCAA, section 4,6 and 12; *Olympia & York Developments Ltd. v. Royal Trust Co.* (1993), 12 O.R. (3d) 500 (Ont. Gen. Div.) at p. 510.

[44] Here, for the reasons I have outlined, what Philip proposes is inconsistent with the foregoing.

[45] Philip and the Lenders argue that the issues raised in this regard by the Respondents go entirely to the fairness and reasonableness of the U.S. and Canadian Plans, and that such considerations should be reserved for determination at the sanctioning hearings. I agree that generally speaking matters relating to fairness and reasonableness are better considered in the overall context of the final sanctioning hearing. Where, as here, however, the debtor company has acted earlier to obtain approval of a step in the restructuring process—in this case, the Class Action Settlement—which gives rise to issues that are inextricably linked to the overall fairness of the proposed Plan, and its compliance with statutory requirements, the consideration of those issues may be called for. This is one of those cases, in my opinion, because the reverberations of approving the proposed Settlement—in conjunction with the manner in which the debtor intends to treat other claimants directly affected by the settlement, have the effect of requiring those claimants to participate in the subsequent restructuring negotiations without a full deck of cards.

[46] Philip and the Lenders also argue that “comity” demands that this Court defer to the U.S. Bankruptcy Court in allowing the claims of Deloitte & Touche, the Underwriters, the former directors and officers, and the Royal

Bank to be dealt with in the U.S. Plan. They point out that in its Initial Order in the CCAA proceedings this Court approved an international Protocol which provides for co-operation between the U.S. and Canadian Courts, to the extent possible. I do not think that either comity or the question of whether the claims will be dealt with ultimately under the U.S. Plan, are the issues here. In addition, the effect of the Protocol as I read it—given the circumstances outlined above—is to provide some protection to claimants on either side of the border from being swept into the rigours of the other countries regimes where to do so might prevent them from asserting their substantive rights under the applicable laws of their own jurisdiction.

[47] In this regard, the following provisions of the Protocol are worthy of note:

(C) Comity and Independence of the Courts

7. The approval and implementation of this Protocol shall not divest or diminish the U.S. Court's and the Canadian Court's independent jurisdiction over the subject matter of the U.S. Cases and the Canadian Case, respectively. By approving and implementing the Protocol, neither the U.S. Court, the Canadian Court, the Debtors nor any creditors or interested parties shall be deemed to have approved or engaged in any infringement on the sovereignty of the United States or Canada.

8. The U.S. Court shall have sole and exclusive jurisdiction and power over the conduct and hearing of the U.S. Cases. The Canadian Court shall have sole and exclusive jurisdiction and power over the conduct and hearing of the Canadian Cases.

9. In accordance with the principles of comity and independence established in paragraphs 7 and 8 above, nothing contained herein shall be construed to:

- increase, decrease or otherwise modify the independence, sovereignty or jurisdiction of the U.S. Court, the Canadian Court or any other court or tribunal in the United States or Canada...;
- *preclude any creditor or other interested party from asserting such party's substantive rights under the applicable laws of the United States, Canada or any other jurisdiction including, without limitation, the rights of interested parties or affected persons to appeal from the decisions taken by one or both of the Courts.*

(emphasis added)

(J) Preservation of Rights

27. *Neither the terms of this Protocol nor any actions taken under the terms of this Protocol shall prejudice or affect the powers, rights, claims and defenses of the Debtors and their estates, the Committee, the Estate Representatives, the U.S. Trustee or any of the Debtors' creditors under applicable law, including the Bankruptcy Code and the CCAA.*

(emphasis added)

[48] The extension of comity as between Courts in cross-border insolvency situations, and co-operation generally in such matters, are matters of great importance, to be sure, in order to facilitate the successful and orderly implementation of insolvency arrangements in such circumstances. Nothing I have said in these Reasons is intended to counter that ethic. However, comity and international co-operation do not mean that one Court must cede its authority and jurisdiction over its own process or over the application of the substantive laws of its own jurisdiction, whenever any kind of differences between the two jurisdictions may arise. Both the Protocol and the provisions of subsection 18.6(2) of the CCAA—which gives this Court authority “to make such orders and grant such relief as it considers appropriate to facilitate, approve or implement arrangements that will result in a co-ordination of proceedings under [the CCAA] with any foreign proceeding”—confirm this. Subsection 18.6(5) of the CCAA provides that “nothing in this section requires the Court to make any order that is *not in compliance with the laws of Canada* or to enforce any order made by a foreign court” (emphasis added).

[49] Here, there is yet no order of the U.S. Court, or treatment of the Claimants or Debtor to which comity may be extended, but there is—as I have outlined above—a failure to comply with the requirements of insolvency laws and procedure of Canada, as stipulated in the CCAA. I conclude, therefore, that the Canadian Plan as it presently stands is flawed because it seeks to exclude Canadian claimants from participation in its process by providing that their claims against Philip itself are to be governed by and treated in the U.S. proceedings while at the same time seeking to bind them to the provisions of the Canadian Plan, all without affording those claimants any right to vote.

[50] There was much debate in argument over whether the issue of treatment of the claims in the Canadian or U.S. proceedings was a function of the “real and substantial connection” of Philip with the U.S. jurisdiction, or a function of the “real and substantial connection” of the responding claimants and their claims to the Canadian proceedings. There is no doubt that Philip has a substantial connection with the United States in terms of the residence of the majority of shareholders and the location of the majority of operating assets. This connection certainly justifies the U.S. Chapter 11 proceedings. However, Philip also has a substantial connection to Canada, with its headquarters in Ontario, its Canadian subsidiaries, and its 94 locations and 2,000 employees throughout the country. This connection, together with its array of Canadian creditors, sustains the resort to the CCAA proceedings.

[51] I do not think that the analysis falls to be made, in these particular circumstances, on purely *foreign conveniens* grounds. There is more to the situation than that. Philip initiated the CCAA proceedings and sought and accepted the benefits flowing from that step. The responding claimants seek to assert claims in the Canadian proceeding against the Canadian company which instituted those proceedings, in relation to matters arising out of a Canadian class proceeding or (in the case of Royal Bank) out of Canadian contracts and equipment largely located in Canada. The substantive law of Canada under the CCAA, and the procedures therein laid down, entitle them to assert those claims in the Canadian proceedings and to have a vote on the “Plan” which is set forth by the debtor company to compromise them. They should not be deprived of those substantive and procedural rights without having any say in the matter. Putting it another way, I am satisfied that the unquestioned “juridical advantage” which Philip seeks to achieve through its proposed treatment of the responding claimants is outweighed by the unquestioned “juridical disadvantage” on the part of the latter, given that the juridical scales would otherwise be tipped towards Philip through the resort to a stratagem which in my view is not sanctioned under the CCAA.

[52] Philip and the Lenders argue that there is great urgency to effect the restructuring process, and that requiring Philip to adhere to the procedures relating to classification, the valuation of claims, and voting—with the numerous issues that may have to be determined in that context—may well doom the process from the beginning. The Lenders are truculent, as their secured position leads them to be; they say that if the reorganization is not completed quickly they may simply abandon the process and exercise their rights to realize on their security, and the entire restructuring process will fail, with dire consequences for all concerned. Mr. McDougall, on behalf of Deloitte & Touche, characterized this as “the cry of doom”.

[53] I am very aware of the need for timeliness in situations such as these—particularly given the sensitive nature of Consolidated Philip’s service oriented business. However, I do not think that the need for a timely resolution alone is justification for depriving claimants of their substantive rights under Canadian law, and for abrogating their right to vote which lies at the very heart of the Canadian restructuring process from the creditor’s perspective. It is the tool which gives them ultimate leverage in the bargaining process, and without it their practical rights—as well as their substantive and procedural ones—are greatly diminished.

III—Conclusion

[54] An order will therefore go in terms of the foregoing.

The Class Proceedings

[55] As indicated, an Order is granted certifying the CPA Proceeding as a class proceeding, pursuant to subsection 5(1) of the *Class Proceedings Act*, as against Philip only and for settlement purposes only. The certification is without prejudice to any arguments the other defendants in the CPA Proceeding may wish to make in opposition to any element of the plaintiffs' claim including, but not limited to, certification of a class as against them. In addition, notice of the certification and of the pending motion for approval of the proposed Settlement is to given to members of the class as certified, in accordance with the provisions of section 17 of the *Act*. The question of approval of the Settlement, in its present form or some other form as may be advised, is adjourned to a date to be fixed which is more contemporaneous with the sanctioning hearing.

The Fairness/Substantive Law Issues

[56] Notwithstanding the observations in these Reasons about the Canadian Plan and the treatment of claims in the U.S. proceedings, I am reluctant to grant the sweeping declaratory relief sought by the Respondents. Whether the Plan is ultimately found to be fair and reasonable and in accordance with all necessary requirements remains still a matter for determination in the sanctioning hearing, after all the negotiations have been concluded and the votes counted. As much as is reasonably possible should be left to that process.

[57] I am prepared to make an Order, however—and do—declaring that the Canadian Plan as it is presently constituted fails to comply with the procedural and statutory requirement of the CCAA regime in that it seeks to exclude the responding claimants from participation in its process by providing that their claims against Philip itself are to be governed by and treated in the U.S. proceedings while at the same time seeking to bind them to the provisions of the Canadian Plan, all without affording those claimants any right to vote. Anything further in this respect, it seems to me, should be left to the negotiation arena.

[58] The position of the Royal Bank is slightly different. It is entitled, in addition, to an order,

- a) declaring that the claim of Royal Bank against Philip under certain leases shall be determined with reference to Canadian law and in the Canadian proceedings;
- b) amending the Canadian Plan so that the Bank's claim is not dealt with in the U.S. Plan;
and,
- c) amending sub-paragraph 14(d) of the Initial Order granted in the CCAA proceeding on June 25, 1999—which presently permits Philip to terminate any and all arrangements entered into by them—by providing that the sub-paragraph does not apply to the Royal Bank leases of personal property.

[59] There will be no order as to costs.

[60] Order accordingly.

Orders accordingly.

TAB 4

Ontario Supreme Court
Wiebe, Re
Date: 1995-02-06

Re bankruptcy of Peter Victor Wiebe

Ontario Court of Justice (General Division) [In Bankruptcy] Kozak J.

Judgment – February 6, 1995.

(Doc. 48-94B)

[1] February 6, 1995. KOZAK J.: – This is an application pursuant to R. 94 of the *Bankruptcy Act* for a determination as to whether the contingent claim of the Thunder Bay District Health Unit is a provable claim and, if so, the value of the said claim.

Factual Background

[2] The bankrupt, Peter Victor Wiebe, is a dentist who is licensed and duly qualified to carry on a private practice in the Province of Ontario. An assignment in bankruptcy was filed on his behalf on November 5, 1993. On November 25, 1993, a proof of claim was filed by the Thunder Bay District Health Unit in which the sum of \$94,458.58 was shown as an unsecured debt owing by the bankrupt to the said creditor. The amount shown as being owing arises out of an agreement, in writing, dated January 2, 1992 under which the Thunder Bay District Health Unit advanced to Doctor Wiebe the sum of \$94,458.58 for the purpose of becoming qualified as a Dental Director in Public Health so that the Health Unit could hire him as its Dental Director. In this regard I take it that Doctor Wiebe successfully completed the necessary courses to qualify himself to practice as a Dental Director in Dental Public Health in the Province of Ontario, and that he commenced employment with the Health Unit in that capacity on September 1, 1993. The affidavit material filed indicates that he continues to be so employed.

[3] Paragraph 5 of the agreement between Doctor Wiebe and the Health Unit states:

Provided the Dentist successfully obtains the necessary qualifications and is employed by the Health Unit for the period September 1, 1993 to February 28, 1998 as its Dental Director then all monies loaned to him or paid on his behalf by the Health Unit shall be forgiven.

On the other hand, para. 3(d) states:

Except in the occurrence of death or permanent disability in the event that the Dentist enters employment with the Health Unit but his employment is terminated before completing the required period of service of 54 months commencing September 1, 1993 to February 28, 1998 of such service, then all monies advanced to the Dentist or on his behalf pursuant to paragraph 2 shall forthwith be due and payable on demand by him to the Health Unit together with interest at the rate of 11 percent per annum calculated from the dates of the respective advances or payments on his behalf.

[4] On August 5, 1994 a discharge hearing took place at which time the bankrupt's discharge was ordered suspended for a period of four months and he was discharged on December 5, 1994. Subsequent to the discharge the trustee came into possession of an unexpected sum in the amount of \$2,500 and now wishes to have this amount paid out to the unsecured creditors. Hence the need to have the contingent claim of the Thunder Bay Health Unit determined as a provable claim and valued.

Legal Considerations

[5] Section 121(1) makes it clear that only debts to which the debtor is liable before the date of the bankruptcy or those to which he may become subject before his discharge, by reason of an obligation incurred before the bankruptcy, share in the assets vested in the trustee.

[6] Rule 94(1) provides that when a contingent or unliquidated claim is filed with the trustee, he shall, unless he compromises the claim, apply to the Court to determine whether the claim is a provable claim and, if so, to value the claim.

[7] A provable claim must be one recoverable by legal process (*Farm Credit Corp. v. Holowach (Trustee of)* (1988), 68 C.B.R. (N.S.) 255 (Alta. C.A.)). To be a provable claim under s. 121(2), a claim must not be too remote and speculative. To establish that a contingent claim or unliquidated claim is a provable claim, a creditor must prove more than he has been sued, and that he has an indemnity agreement from the bankrupt. There has to be an element of probability of liability arising from the Court proceedings. If there are too many ifs about the action and the applicability of the indemnity agreement before a provable claim comes into being, the claim is not a provable claim under s. 121(2). See *Claude Resources Inc. (Trustee of) v. Dutton* (1993), 22 C.B.R. (3d) 56 (Sask. Q.B.).

Decision

[8] This is a case where the bankrupt has now been employed as the Dental Director of the Health Unit since September 1, 1993 and it

would appear that he is performing his job function in a satisfactory manner. According to the Trustee, there is no present intention, on the part of the bankrupt, to leave his current employment, nor is there any indication at the present time, on behalf of the Health Unit, to terminate the employment of the bankrupt. The parties are content with the present arrangement which has existed for the past 18 months, and it is anticipated that the status will prevail until February 28, 1998 at which time the loan to the bankrupt will be forgiven. And yet, the contingency that the bankrupt might leave his employment or be terminated by his employer prior to February 28, 1998 and thereby incur liability for the loan is not so speculative or remote a probability as to render the creditor's claim unprovable. There are any number of reasons as to why a person might leave a position such as this or be terminated for cause. The bankrupt might receive a better job offer, wish to return to private practice, or move to another area. On the other hand, there might be misconduct or misbehaviour on the part of the bankrupt in the performance of his duties that could result in his dismissal prior to the expiration of the 54 month period. There is a case to be made for the Court to consider some factor for the happening of the contingency in this case. Accordingly, it is the finding of this Court that the creditor, Thunder Bay District Health Unit, has proven its claim.

[9] As to the value of the said claim, the Court must look to what is reasonable in the circumstances. Given the current state of satisfaction of the parties, the tenure of the bankrupt on the job and the period remaining in the agreement, this Court values the claim at approximately ten percent of its face value which would be \$9,500.

Order accordingly.

TAB 5

**Saskatchewan Court of Queen's Bench
In Bankruptcy**

Citation: Claude Resources Inc. (Bankrupt), Re
Date: 1993-08-23
Docket: 1993 Q.B. No. 2404
In The Matter Of The Proposal Of Claude Resources Inc.

Between:
Deloitte & Touche Inc., as Trustee of Claude Resources Inc. pursuant to a proposal
under the Bankruptcy and Insolvency Act (applicant)
and
Joseph Dutton, J.M.D. Management Ltd. and Claude Resources Inc. (respondents)

Noble, J.

Counsel:
Grant Scharfstein, for the Trustee in Bankruptcy of Claude Resources Inc.
Douglas Hodson and J. Lee, for Claude Resources Inc.
Q. Smith and James Morrison, for Joseph Dutton and J.M.D. Management Ltd.

[1] Noble, J.: When the issues arising out of the bankruptcy of Claude Resources Inc.,
(Claude) came before me there were three matters up for discussion:

1. An application by the Trustee pursuant to s. 58 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, as am. S.C. 1992, c. 27 (the *Act*) to approve a proposal of Claude to its creditors pursuant to Division I of Part III of the said *Act*.
2. A motion by Joseph Dutton (Dutton) and J.M.D. Management Ltd. (J.M.D.) seeking leave pursuant to rule 28 of the *Act* and the *Rules of Court* to examine the Trustee on his proposal including the affidavit and report which forms part thereof before the proposal by Claude to its creditors is considered for approval by the court;
3. A motion by the Trustee pursuant to s. 121(2) of the *Act* to determine whether contingent claims against the bankrupt's estate by Dutton and J.M.D. are provable claims and if so the value of the claims. As part of this motion the court by agreement of counsel is also to consider a proof of claim by Dutton for \$50,385.79 dated June 18, 1993 which was filed with the Trustee but denied. Technically this claim is under appeal to the court but counsel for Dutton concedes that it is a contingent claim and can be treated the same as the other two above referred to.

[2] The application to approve the Trustee's proposal was adjourned at the request of counsel for Claude to August 30 next to allow for a valuation of certain assets of Claude to be filed and perhaps other information counsel felt the court should have before it. At this stage counsel for Dutton and J.M.D. was not in a position to indicate whether or not they would consent to the order sought.

- [3] This leaves the other two matters to be considered and the court heard argument in relation to them. The first issue to be decided is whether or not the contingent claims of Dutton and J.M.D. can be designated as "provable claims" under s. 121(2) and if so what value should be attached to each. If the contingent claims are established then Dutton and J.M.D. will have status to appear before the court on the Trustee's application to approve the proposal. If not, then not being a creditor with a "provable claim", Dutton and J.M.D. will have no standing on that motion and coincidentally will not be entitled to examine the Trustee on the proposal (No. 2 above).
- [4] The proposal of Claude includes some timely deadlines that in my view must be reckoned with. Accordingly, a full and complete statement of the very long and complicated relationship between these parties is not practical at this stage. However, in order to explain the conclusions I have reached on the issue of whether or not the contingent claims of Dutton and J.M.D. are "provable claims", I must trace briefly some of the facts before me.

The Facts

(a) Prebankruptcy

- [5] 1. In November 1988 Dutton incorporated Western Canada Shopping Centres Inc. (W.C.S.C.) for the purpose of operating the business of an immigration investment fund pursuant to the Business Immigration Program of the Governments of Canada and Saskatchewan.
- [6] 2. Dutton, as sole shareholders, director and president of W.C.S.C. promoted investment by immigrants up to \$34 million through a debenture offering which was designed to use the proceeds to acquire and develop commercial, nonresidential, income producing properties in Saskatchewan.
- [7] 3. By early 1990 W.C.S.C. had raised approximately \$22 million. At this point Claude and W.C.S.C. entered into a series of transactions whereby W.C.S.C. loaned Claude this money by way of the purchase and development by W.C.S.C. of certain surface facilities and a gold mill which was thereafter leased to Claude.
- [8] 4. As part of this transaction Dutton sold his shares in W.C.S.C. to Claude for \$3,200,000 and at the same time Claude entered into an employment agreement with Dutton dated May 15, 1990, and a management agreement with J.M.D. (Dutton's company) which paid them a total of \$250,000 a year. At the same time Claude became the beneficial owner of W.C.S.C. through a shell corporation called Mantle Investments Ltd. (Mantle) in which Claude held 49% of the stock and Dutton 51%. Dutton continued under these arrangements to be in control of W.C.S.C. as its president and continued to pursue the raising of immigrant investment monies on its behalf.
- [9] 5. From May 15, 1990, until April 1991, W.C.S.C. under Dutton's guidance, had accumulated additional funds from immigrant investors. Claude sought further loans

of \$9,450,000 and \$2,565,000. These sums were made available by W.C.S.C. to Claude who needed further capital but not until (indeed not unless) Claude bought out the contracts of Dutton and J.M.D. Claude paid \$649,000 to buy out the employment and management on about May 9, 1991. At the same time Claude entered into a release and indemnity agreement with Dutton and J.M.D. which purported in fairly broad terms to indemnify both, inter alia, from any or all claims arising out of the various transactions between them from "any actions or inactions of Dutton or J.M.D. in their capacities as an officer and director and manager respectively of W.C.S.C. in relation to the investment and placement of W.C.S.C. debenture holders' funds from and after May 15, 1990". However, the indemnity agreement also did not extend to any claim, demand or liability occasioned by:

(a) the gross negligence, wilful misconduct or wilful default of Dutton or J.M.D.;
and

(b) an action of J.M.D. or Dutton outside the scope of the management agreement or employment agreement, as the case may be, without the knowledge and approval of an officer or director, other than Duncan, of W.C.S.C.

[10] 6. On December 31, 1991, Claude defaulted on payment of interest to W.C.S.C.'s loan advances. At this point in time it appears that Claude was in breach of its obligation to repay total loan advances of \$34,065,000 plus interest.

[11] 7. On February 7, 1992, Dutton launched a lawsuit seeking to have a receiver appointed to manage the affairs of W.C.S.C. and restrain Claude (and Mantle) from interfering in the affairs of W.C.S.C. Nothing came of this action although Dutton includes the legal fees he expended under his claim of \$50,385.79 which the Trustee rejected.

[12] 8. On May 14, 1992, in Alberta, W.C.S.C. and representative holders of the debentures issued by W.C.S.C. sued Dutton, J.M.D. and a number of their advisers on the formation and activities of the money raising scheme W.C.S.C. had been engaged in under Dutton's direction claiming \$34,065,000 and interest. Sometime later, on April 26, 1993, the plaintiffs amended their claim to include Claude, some of its officers and advisors for a return of the outstanding loans made to it by W.C.S.C. and other claims for damages of one sort or another.

[13] 9. It appears that very little occurred as between the parties until March 4, 1993, when Claude filed a notice of intention to make a proposal to its creditors under Division 1 of Part III of the *Act*. It is apparent that in the meantime Claude had divested itself of ownership in W.C.S.C. - apparently handing it over to the immigrant investor plaintiffs in the Alberta court action. In addition one can draw the inference from reading the proposal to its creditors filed by Claude that it was engaged in negotiations to settle the claim by the plaintiffs in the Alberta action and various other creditors of Claude.

(b) After Bankruptcy

- [14] 10. On June 17, 1993, Claude lodged its proposal pursuant to Division 1, Part III of the *Act* with the Trustee. A meeting of the creditors was held on July 8, 1993, but neither Dutton nor J.M.D. were represented.
- [15] 11. On receiving notice of Claude's proposal Dutton and J.D.M. filed the three proof of claims above referred to with the Trustee on July 5. These included a liquidated claim by Dutton for \$50,385.75 respecting legal fees. This is as indicated earlier now being treated as a contingent claim. In addition Dutton filed a contingent claim based on his alleged exposure under the Alberta lawsuit totalling \$53,323,125. J.M.D. also filed a contingent claim based on its exposure under the Alberta action which totalled \$11,675,000.
- [16] 12. On July 7, 1993, the Trustee advised Dutton that the so-called liquidated claim for \$50,385.79 was being disallowed. At the same time the Trustee advised both Dutton and J.M.D. that it would be applying to the court under s. 121(2) of the *Act* and rule 94 to determine whether or not their respective contingent claims are claims provable in bankruptcy and if so, the value of such claims.
- [17] 13. The Trustee then held the meeting of creditors out of which the proposal which he seeks approval for was agreed to by those attending. The motion respecting the contingent claims was filed returnable July 22, but for one reason or another did not come on for argument until August 18 leaving little time to decide the issue since the Trustee's proposal by its very words must be dealt with by the court on or before September 1 next.

The Position Of Dutton And J.M.D.

- [18] I turn now to discuss the basis upon which Dutton and J.M.D. contend that their contingent claims are "provable" under s. 121(1) of the *Act*. I note first that a "provable claim" does not entitle the creditor who establishes it a right to vote on the proposal of the bankrupt. It would entitle such a creditor the standing to support or oppose the approval of that proposal before the court. (See s. 59(1))
- [19] I also note that the alleged contingent claims of Dutton and J.M.D. are unsecured so that they are only entitled if their claims are "provable" to share in the distribution of \$390,000 which is earmarked in the proposal for the unsecured creditors.
- [20] As a matter of law it has been held in a number of cases that unliquidated claims for damages arising out of contract or tort are claims provable in bankruptcy pursuant to s. 121(1). See: *Angelstad, Re* (1991), 4 C.B.R.(3d) 235 (Sask. Q.B.) as an example. As I understand the position of Dutton and J.M.D. they contend that the action taken against them by W.C.S.C. and the immigrant investors in Alberta constitutes a contingent liability which, by virtue of the said indemnity agreement they have with Claude, will become a "provable claim" against Claude if the plaintiffs

obtain a judgment. This is so according to their submission whether or not the nature and amount of the plaintiffs' claim is uncertain and yet to be determined. In other words the mere fact that the plaintiffs' action against Dutton and J.M.D. is in existence is sufficient to deem it "provable" under s. 121(1) of the *Act*. As to the value of the contingent claims of Dutton and J.M.D. it is submitted that the only appropriate way to determine that is to await the outcome of the Alberta action. Once the court concludes their contingent claims are "provable", then under s. 148(2) of the *Act* "... where the validity of any claim has not been determined the Trustee shall retain sufficient funds to provide payment thereof ..." Thus Dutton and J.M.D. seek an order that all three contingent claims are "provable"; that they be valued by allowing the Alberta action to run its course and that the Trustee reserve funds to take care of the claims in due course.

Claude's Position

- [21] Claude raises a number of questions about the validity of the position being advanced by Dutton and J.M.D. that the existence of the Alberta action when combined with the indemnity agreement on its face adds up to a "provable" claim under s. 121(1).
- [22] Firstly, Claude submits that simply relying on the fact that they are exposed to a court action in Alberta which may or may not result in a judgment against them is not sufficient. They must in Claude's view satisfy the court that there is a real likelihood or probability that will be the result. Claude contends there is no evidence before the court which goes beyond a possibility of liability arising from the action. But even if the plaintiffs succeed in obtaining a judgment against Dutton and J.M.D. would they still be entitled to claim over against Claude under the terms of the indemnity agreement? So Claude argues that the position of Dutton and J.M.D. is not just a straightforward matter that they have been sued by W.C.S.C. and therefore a contingent claim by way of a judgment might arise and that becomes a "provable" claim in bankruptcy. They must then meet the second contingency of bringing the potential judgment under the indemnity agreement before they are entitled to collect from Claude. This, so the argument goes, is a double contingency with the first contingency being subject to the wording of the indemnity.
- [23] Claude goes further and invites the court to examine the nature of the claim against Dutton and J.M.D. in the statement of claim issued in Alberta. Time and space will not permit setting out here all of the allegations in the statements of claim of the Alberta action, but the following will suffice to illustrate the point that Claude attempts to make:
- "26. The Plaintiffs state that the relevant facts outlining the series of transactions causing the Plaintiffs losses are as follows:
- a. On or about the 15th day of May, 1990, and at such times prior to the said date, while the defendant Joseph Dutton was the sole shareholder and director

of the plaintiff W.C.S.C., and acting as the sole mind and will of the said plaintiff, the said defendant, Joseph Dutton, in concert with the defendant J.M.D. Management Ltd., and with the advice and knowledge of the defendants Alan Lundell, Ernst & Young, Bennett Jones Verchere and Garnet Schulhauser, did negligently and recklessly cause the plaintiff W.C.S.C. to advance, by way of a loan secured by Debenture and lease, the sum of \$22,050,000 to the defendant Claude Resources Inc., a company engaged, inter alia, in the business of exploring for gold in Northern Saskatchewan, while at the same time seeking and obtaining a benefit for himself at the expense of the plaintiff W.C.S.C. by entering into a complex share sale and nonrecourse loan transaction relating to his shares in the plaintiff W.C.S.C. the sole purpose of which was to transfer effective and actual control of the said W.C.S.C. to the said Claude Resources Inc., thereby acting mala fides against the interest of W.C.S.C. and subverting its true purpose and function insofar as it affected the interests of the Investors;

b. Following the first transaction described above, the plaintiffs state that on or about the first day of December, 1990, and on or about the 9th day of May, 1991, further sums in the respective amounts of \$2,565,000, and \$9,450,000 were similarly advanced to the said Claude Resources Inc. by the plaintiff W.C.S.C., allegedly for the purpose of acquiring certain leases and developing gold mining and processing facilities;

.

"27. The Plaintiffs state that the particulars of their cause of action against the defendant Joseph Dutton are as follows:

- a. Breach of his fiduciary duty of the Investors;
- b. Breach of his duty to act in the best interests of the plaintiff W.C.S.C.;
- c. Breach of the constructive trust with which he was seized relating to all funds of the Investors which constructive trust arose as a consequence of the aforesaid fiduciary duty;
- d. Unjust enrichment at the expense of both plaintiffs;
- e. Negligence and recklessness in relying upon advice given to him by the defendant Bennett Jones Verchere, Garnet Schulhauser, Alan Lundell and Ernst & Young when he knew or should have known that the said advice was being given to him by those defendants while they were acting in conflict of interest;
- f. Negligence and recklessness in causing the Plaintiff W.C.S.C. to invest the funds of the Investors in a speculative gold mine development without any or any due diligence research to determine the appropriateness of such an

investment having regard to representations made by him and by W.C.S.C. to the Investors.

"28. The plaintiffs state that the particulars of their cause of action against the defendant J.M.D. Management Ltd. is as follows:

- a. Breach of its fiduciary duty to act in the best interest of the plaintiffs;
- b. Unjust enrichment at the expense of the Plaintiff."

[24] Next Claude points to the terms of the indemnity agreement that are set out in para. No. 5 of the statement of facts (*supra*). These seems to say that Claude indemnifies Dutton and J.M.D. from any actions arising out of their actions while directing the affairs of W.C.S.C. in relation to the sale of debentures from and after May 15, 1990. It also limits Claude's liability where Dutton and J.M.D. are accused of gross negligence, wilful misconduct or wilful default or any action against them outside the scope of the management or the employment agreements without the knowledge and approval of Claude (the only other interested party after May 15, 1990).

[25] Based on this scenario Claude argues that the Alberta action does not give rise to a contingent liability for Dutton and J.M.D. as against Claude because 1) the action is based on actions taken prior to May 15, 1990; 2) the action is based on allegations of negligence, recklessness, mala fides, breach of fiduciary duty and other allegations that suggest wrongful and wilful attempt to mislead the plaintiffs, particularly the immigrant investors; 3) the indemnity agreement does not cover such activity in any event so even if Dutton and J.M.D. are found liable they cannot pass their liability along to Claude under the terms of the indemnity agreement.

[26] So, as I understand Claude's submission it argues that the Alberta action against Dutton and J.M.D. does not fall into the category of a "provable" claim under s. 121 because:

(a) it relies on two contingencies, not one; first that Dutton and J.M.D. will be found liable and secondly that the judgment against them will be one that they are entitled to be indemnified against by Claude.

(b) therefore, because of the improbability of the claims meeting both contingencies the court should reject the argument that this is a realistic claim provable in bankruptcy.

Conclusion

[27] In attempting to assess the validity of a "provable" claim under s. 121(1) of the *Act*, it is clear that the court cannot get into the merits of the alleged contingent liability beyond noting the nature of the claim as set out, in this case, in the Alberta

statement of claim. Similarly the court is not in a position to assess whether any judgment that might be awarded the plaintiffs against Dutton and J.M.D. would qualify as a viable claim under the terms of the indemnity agreement they have with Claude for the obvious reason that the nature of the Alberta claim is founded on all sorts of allegations of wrongdoing and it is speculative in the extreme to conclude which, if any, of the allegations made against Dutton or J.M.D. might succeed in the eyes of the court that tries it. There is simply no way of predicting what the outcome might be. This it seems to me is a weakness in the submission of Dutton and J.M.D. that this lawsuit falls into the category of a probable liability which qualifies as a "provable" claim in bankruptcy.

[28] There are other problems with the nature of the Alberta lawsuit that can be gleaned from the statement of claim without in any way attempting to assess the merits of it. It appears, given the number of defendants named and the extent of the allegations against each that all sorts of claim-overs, cross-claims and attempts to blame the other defendants are likely to arise before the action gets to trial. The action was started in May 1992 and aside from the amendments in April 1993 to extend the claim to Claude no further steps have been taken by the plaintiffs. The claim of the plaintiffs' involves large sums of money and can fairly be described as extensive, complex and speculative in nature.

[29] In addition if the only way the court can arrive at a value of the alleged "provable" claim under s. 121(2) is to let the Alberta action take its course, it is apparent it will at the very least be a very long time in coming if indeed it is ever determined. Claude has settled its claim with the plaintiffs W.C.S.C. and the investors. It has no control over the progress of the action nor do Dutton or J.M.D. There is no evidence to suggest the action will ever get to trial. It is fair to conclude the establishment of this alleged "provable" claim and the value of it cannot be made known for a very long time.

[30] In my opinion the rights of a potential creditor of a bankrupt to establish a "provable" claim under s. 121 goes beyond evidence that the creditor has been sued and therefore the court should recognize the potential and contingent liability that might flow from the claim. Surely there has to be some element of probability about the contingent liability arising from the court action. In this instance the claimants Dutton and J.M.D. cannot rely just on the Alberta action resulting in a judgment - they must be able to claim indemnity against Claude before the claim becomes "provable". As I see it there are just too many "ifs" about the action itself and the applicability of the indemnity agreement to bring their claims into the "provable" category and in any event the valuation of it at this stage is speculative in the extreme.

[31] As a result I have concluded that the contingent claims of Dutton and J.M.D. are so remote and speculative they do not meet the definition of a "provable" claim under s. 121(2); therefore they cannot be recognized as valid claims against the assets of Claude on the evidence before me. I include in the contingent claims of Dutton both his alleged liability under the Alberta action and his other claim for

mostly legal fees in the amount of \$50,385.79.

[32] Also the court cannot ignore the potential disruption to the proposal made by Claude to its creditors which the court must rule on next August 30. The proposal indicates that Claude by negotiating a settlement with W.C.S.C. and the other plaintiffs in the Albert action as well as its unsecured creditors will be able to carry on business and perhaps work its way out of the financial difficulties it currently has. Surely this is an objective the court should attempt to foster not only for Claude's sake but for its creditors as well. The alleged contingent claims of Dutton and J.M.D. will disrupt this possibility for Claude because the proposal and the agreement it reached with its unsecured creditors would become subject to the intervening claims totalling over \$60 million dollars. It seems to me that this is just another reason for insisting that if a potential creditor of the bankrupt comes forward with a contingent claim that he argues is "provable" and capable of "valuation" by the court that the claim on its face must be a lot clearer than the ones being put forward by Dutton and J.M.D. in this case.

[33] For all of the foregoing reasons I conclude in answer to the motion by the Trustee to determine whether the alleged contingent claims of Dutton (\$53,323,125) and J.M.D. (\$11,675,000) arising out of the Alberta action are "provable" claims under s. 121(2) that they are not. I also find that the contingent claim of Dutton for \$50,0385.79 brought to me by way of appeal from the Trustee's disallowance does not fall into the category of a "provable" claim within the meaning of s. 121(2).

[34] In light of this conclusion it is not necessary for me to rule on the motion by Dutton and J.M.D. to examine the Trustee on its proposal. Had I concluded that they had "provable" claims I would not have granted their motion in any event because of the short time left before the Claude proposal must be dealt with and because in my view the information they sought could be provided directly in answer to the questions it raised in the memorandum supporting its motion. Counsel for the Trustee undertook to provide the information sought plus answers to any other reasonable questions they might have. While my conclusion on the threshold issue before me makes it unnecessary for me to deal with the motion I trust counsel can still work out an arrangement on that issue if so instructed.

[35] Costs may be spoken to.

Order accordingly.

TAB 6

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

IN THE MATTER OF THE BANKRUPTCY OF CONFEDERATION TREASURY SERVICES LIMITED, a corporation incorporated under the laws of the Province of Ontario having its head office in the City of Toronto, in the Municipality of Metropolitan Toronto, Province of Ontario, and

IN THE MATTER OF the Winding-Up Act, and

IN THE MATTER OF the Liquidation of Confederation Life Insurance Company

BEFORE: CATZMAN, CARTHY and MOLDAVER JJ.A.

COUNSEL: Alan Lenczner and Risa Kirshblum for Ernst & Young Inc.

A. Sternberg for former directors and officers of Confederation Life Insurance Company and Confederation Treasury Services Limited

William G. Horton for the Rehabilitator of Confederation Life Insurance Company in the United States

R.N. Robertson and E. Lamek for the trustee of the estate of Confederation Treasury Services Limited, a bankrupt

HEARD: September 4 and 5th, 1996

ENDORSEMENT

The Rehabilitator has a proceeding pending in Michigan against Ernst & Young and against the former directors and officers of Confederation Life Insurance Company and Confederation Treasury Services Limited (collectively, "the appellants") and a proceeding pending in Ontario against the trustee of the estate of Confederation Treasury Services Limited ("the trustee"). Both the Michigan and the Ontario proceedings are predicated on the same injury or loss, arising from the alleged wrongful removal of assets held in trust for the benefit of American policyholders of Confederation Life Insurance Company.

On April 8th, 1996, Farley J. dismissed motions by the appellants for leave to assert claims against the trustee for relief arising out of their potential liability in the action pending in Michigan.

The existence of the Rehabilitator's two proceedings - against the appellants in Michigan and against the trustee in Ontario - carries with it the potential for prejudice to the appellants. There could be a disposition of the Michigan proceeding adverse to the appellants and a disposition, either by settlement or following trial, of the Ontario proceeding that would effectively impair or deny the assertion of their position against the trustee. The logical proceeding in which the appellants should assert their position against the trustee is the Michigan action, the proceeding in which the Rehabilitator has made the substantive allegations against them. Even if there is not --- as Farley J. felt there was not --- "complete confluence" of the claims in the two proceedings, the overlap between them is so substantial that it is neither sensible nor fair to deny the appellants the right to seek to bring the trustee into the Michigan proceeding and to assert their position against it in the determination of that proceeding. The Rehabilitator takes no position on the appellants' request for this relief.

Farley J. was of the view that, "[s]ince there is no confluence to these claims, it would appear appropriate to sort out the question of recovery at a later date". As matters currently stand, however, all that the appellants can do is resist the Michigan proceeding, without input in the conduct or resolution of the very significant claim against the trustee in Ontario, and no one has managed to make clear to us how the question of recovery could appropriately be sorted out at a later date.

An order will go allowing the appeals and granting leave to the appellants to assert a claim against the trustee in the Michigan proceeding for such relief and in such manner as may be governed by the applicable procedural provisions of the Michigan court. The trustee will pay to the appellants their costs of this appeal and of the motions for leave forthwith after assessment.

TAB 7

SUPERIOR COURT OF JUSTICE - ONTARIO
(Commercial List)

RE: IN THE MATTER OF THE *COMPANIES' CREDITORS ARRANGEMENT ACT*, R.S.C. 1985, c. C-36 AS AMENDED

AND IN THE MATTER OF SECTION 191 OF THE *CANADA BUSINESS CORPORATIONS ACT*, R.S.C. 1985, c. C-44 AS AMENDED

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF AIR CANADA AND THOSE SUBSIDIARIES LISTED ON SCHEDULE "A"

APPLICATION UNDER THE *COMPANIES' CREDITORS ARRANGEMENT ACT*, R.S.C. 1985, c. C-36 AS AMENDED

BEFORE: FARLEY J.

COUNSEL: *Sean Dunphy* and *Shana Ivall*, for Air Canada

Peter J. Osborne and *Monique Jilesen*, for Ernst & Young Inc., Monitor

Larry Steinberg, for CUPE

Hugh O'Reilly, for IAMAW

Gregory Azeff, for GECAS

Howard A. Gorman, for the Ad Hoc Unsecured Creditors Committee

Lyle Kanee, for CAW

HEARD: August 9, 2004

ENDORSEMENT

(CUPE Appeal)

[1] CUPE appealed the decision of July 30, 2004, rendered by Geoffrey Morawetz as Claims Officer ("CO") with respect to CUPE's pay equity claim. At the end of the hearing today I dismissed the appeal and promised written reasons. These are those written reasons.

[2] At paragraphs 36 and 37 of his reasons, the CO stated:

(36) CUPE's pay equity claim is a contingent claim in that it has not been successful on its merits as of the date of the commencement of Air Canada's CCAA proceedings. The contingency in question is the resolution of the pay equity complaint process underway before the Tribunal (and possibly the courts via appeals of the Tribunal's decision). As with any contingent claim, there are two fundamental aspects to the determination of the claim; namely, (i) as assessment of the happening of the contingency in question; and (ii) the quantification of the claim. If CUPE successfully discharges its onus of establishing that there is some basis to presuppose the happening of the contingency, a reasonable value must then be established for the claim (and it is common in practice to discount the aggregate value of the claim in a "best case" scenario by some reasonable percentage that reflects the risk that a less optimistic scenario may in fact result). For the reasons that follow, I find that CUPE has failed to provide any evidence to substantiate the happening of the contingency in question and that the quantification of CUPE's contingent claim would in any event be negligible.

(37) There is, in these proceedings, a Claims Procedure Order of Farley J. dated September 18, 2003, as amended by Order of Farley J. dated July 9, 2004, which provides that all creditors (including CUPE with respect to its pay equity claim for the Relevant Period) must prove their claims in accordance with the procedures set out therein. In short, CUPE has to prove its claim now, and not at some future date, and the failure to do so results in CUPE being barred from asserting such a claim at a future date. If CUPE fails to adduce sufficient evidence to substantiate its contingent pay equity claim at the present time, it is not open to CUPE to assert that some weight ought to be given to the likelihood or possibility that it may, in the future, be able to adduce sufficient evidence so as to prove its claim in respect of the Relevant Period. That is to say, I cannot conclude that there is a 50% chance (or 40%, or 30%, etc.) that CUPE will be able to substantiate its claim in the future if it has not already done so in these proceedings and that some percentage of the value of its pay equity claim ought to be allowed at this time. CUPE cannot on the one hand admit that it has no evidence to substantiate its claim at the present time and on the other hand seek to have a claim admitted by the Monitor nonetheless on the basis that it might at some date find evidence to substantiate its claim. The merits of CUPE's contingent pay equity claim must be established in these proceedings.

He went on to observe at paragraph 39:

(39) To be clear, this is not a situation in which CUPE has a valid claim, the value of which is simply uncertain or difficult to compute; rather, I find that CUPE has not proved that it has any claim at all.

Further at paragraph 40, the CO stated:

(40) ... As noted by counsel to Air Canada, there are three pre-requisite elements of a human rights complaint, without which there is no claim: (i) difference in wages; (ii) within the same establishment; and (iii) the performance of work of equal value as between the groups in question. ... But, with respect to the third criterion, I agree with Air Canada that there is no evidence before me to indicate that the work performed by Flight Attendants is of equal value to the work performed by the Comparative Groups, which is the very basis of CUPE's claim. It is entirely unclear that there is any principled basis of comparison between Flight Attendants and the Comparative Groups and, in any event, no evidence before me that the outcome of such comparison establishes that there is work of equal value being performed.

[3] CUPE submitted that notwithstanding my views in *Re Olympia & York Developments Ltd.*, [1994] O.J. No. 1335 (Gen. Div.), that I should follow the Alberta practice as set out by Paperny, J. in *Re Canadian Airlines Corp.*, [2001] A.J. No. 226 (Q.B.) of hearing this matter on a *de novo* basis as opposed to a true appeal. Even if I were to agree with that notwithstanding the difference in practice related to Alberta Masters, I would observe that on the basis of the record before me, I would have come up with the same conclusions as the CO save and except as to what I might describe as wholehearted acceptance of his views at paragraph 46 when he describes "the intuitive appeal of Air Canada's argument with respect to the manner in which wages are determined". It is clear from his reference later in that paragraph to "yet another reason" that this argument of Air Canada was not a determinative feature. Indeed it may well be that the CO merely intended paragraph 46 to be simply a point which could be characterized as a buttressing observation on a check of reasonability, not that there is an obligation to do so to provide a foundation for a pay equity claim. Collective bargaining is a process of give and take. Secondly I would not be of the view that as per his observation in paragraph 47 that CUPE had an obligation to lead evidence as to:

(b) more importantly, that the wage gap cannot be explained, in full or in part, by factors other than system gender discrimination (such as consideration of the factors set out in section 11(2) of the CHRA).

While it would seem to me that CUPE was not under any positive obligation to provide such evidence (that seemingly being Air Canada's role if it wished to do so), again that observation by the CO is not in my view determinative of the wage gap question.

[4] See also my views in *Re Air Canada (Corporate Travel Management CTM Inc.)* and *Re Air Canada (Always Travel Inc.)* matters released August 3 and 5, 2004 respectively relying on the Court of Appeal decision in *Shelson v. Gowling Lafleur Henderson LLP*, [2004] O.J. No. 850 (C.A.) released March 9, 2004 at paragraph 20 relating to deference notwithstanding that a matter may be decided originally on a paper record.

[5] The onus is on a claimant to prove its claim. As discussed in paragraph 38 of his reasons, the CO required that “CUPE must demonstrate that its claim is not too speculative or remote, but it need not establish that success is probable”. He went on to say at paragraph 39:

(39) In the present case, I am satisfied for the reasons set out below that CUPE’s claim has not been proven. The claim is remote and speculative as there is no evidence to substantiate that the claim has any merit. To be clear, this is not a situation in which CUPE has a valid claim, the value of which is simply uncertain or difficult to compute; rather, I find that CUPE has not proved that it has any claim at all.

It seems to me to be an unreasonable analysis of his reasoning that would allow CUPE to advance at paragraph 46 of its factum:

(46) To require scientific certainty is to set up inappropriate roadblocks to the goal of the CHRA, namely to remedy discrimination...

The fact of the matter is that CUPE provided no evidence as to the particular case involving Air Canada (and the “merged Canadian Airlines” question) as to the third criterion.

[6] It is indeed troubling that a *Canadian Human Rights Act* / pay equity case could rattle around the Commission, the Tribunal and the courts for 14 years and for this Court to be advised that it is likely to take another decade before this matter can be adjudicated to the end under that legislation. However, that process is not the one which is required to be followed in the determination of a claim under the CCAA. Contingent unliquidated claims are determined under the CCAA claims process even in the most complicated of litigation and even though a claim may not have been actually initiated in a court or otherwise. I do not wish or intend to minimize the hurdles and hoops which may be involved in the payment equity litigation in the established “ordinary course”, but I would observe that if CUPE had provided an acceptable expert report on job evaluation, even if in “simplified form” (as opposed to no evidence), then Air Canada would have had to respond to that evidence. Would that report have had to be precise (apparently to the degree envisaged by parties in pay equity disputes)? The simple answer to that is that is not necessary in a CCAA claims process.

[7] The appeal is dismissed. While that claim as agreed between Air Canada and CUPE only deals with the monetary aspect of the claim up to September 30, 2004, I would trust that with respect to the process otherwise continuing, that with respect to the determination of this

as with any other human rights issue (which the Supreme Court of Canada has determined should be regarded as a quasi-constitutional right) such determination can be accomplished with cooperation in very significantly less time than a further decade. The resolution of such an important question demands nothing less.

J.M. Farley

Released: August 9, 2004

TAB 8

IN THE SUPREME COURT OF BRITISH COLUMBIA

Citation: ***Edgewater Casino Inc. (Re):
Development Permit Issue,***
2008 BCSC 1

Date: 20080103
Docket: S062842
Registry: Vancouver

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

And

**In the Matter of the *Business Corporations Act,* S.B.C. 2002, c. 57,
as amended**

**In the Matter of Edgewater Casino Inc. and
Edgewater Management Inc.**

Before: The Honourable Mr. Justice Burnyeat

Reasons for Judgment (In Chambers)

Counsel for Libin Holdings Inc.,
Gary Jackson Holdings Ltd. and
Phoebe Holdings Inc.

B.J. Ingram and
J.R. Sandrelli

Counsel for Canadian Metropolitan
Properties Corp.

J.A. Henshall

Date and Place of Hearing:

August 28, 29 and
September 11, 2007
Vancouver, B.C.

[1] Canadian Metropolitan Properties Corp. (“CMPC”) is the owner of lands and premises known as the Plaza of Nations site on the north side of the False Creek area of Vancouver. By a November 8, 2004 lease agreement (“Lease”), CMPC leased part of the site to Edgewater Casino Inc. (“Edgewater”) in connection with the operation of a casino facility (“Facility”). Prior to the execution of the Lease, Edgewater went into possession of the leased premises in order to commence construction of leasehold improvements in order to operate a casino at that location (“Casino”).

[2] The original shareholders of Edgewater were Libin Holdings Inc., Gary Jackson Holdings Ltd. and Phoebe Holdings Inc. (“Old Shareholders”). Pursuant to a March 1, 2006, as amended July 27, 2006, Share Purchase Agreement, the Old Shareholders transferred their shares in Edgewater to Paragon Gaming Inc. and Paragon BCULC (“New Shareholder”).

**PROCEEDINGS OF EDGEWATER PURSUANT TO
THE COMPANIES’ CREDITORS ARRANGEMENT ACT**

[3] Applying pursuant to the provisions of the ***Companies’ Creditors Arrangement Act***, R.S.C. 1985, c. C-36 (“**C.C.A.A.**”), on May 2, 2006, Edgewater obtained an “Initial Order” granting it protection from creditors and authorizing it to make a Plan of Reorganization. On June 9, 2006, that Initial Order was confirmed by a “Confirmation Order”. On August 11, 2006, Edgewater applied for and obtained a “Claims Process Order” that established a process for creditors of Edgewater to advance their claims against Edgewater and for Edgewater to review and pay or to disallow such claims.

[4] On August 29, 2006, Edgewater applied for and obtained a “Closing Order” authorizing it to implement its Plan of Reorganization. As a result of the implementation of the Plan of Reorganization, sufficient funds were paid into trust to pay all creditors whose claims were allowed and to secure all claims that were disputed. A process was created whereby creditors could submit Proofs of Claim. Under the Claims Process Order, Proofs of Claim were to be submitted no later than August 28, 2006. Pursuant to the Share Purchase Agreement and to the August 29, 2006 Closing Order any funds not required to pay the claims of creditors allowed or ordered will be available to the Old Shareholders. In the circumstances, that is why counsel appears on behalf of the Old Shareholders rather than on behalf of Edgewater.

[5] On August 26, 2006, CMPC through its legal counsel submitted a Proof of Claim to PriceWaterhouse Coopers Inc. (“PWC”) as required by the Claims Process Order. The total amount claimed by CMPC pursuant to the Proof of Claim was \$1,087,337.49.

[6] In its Proof of Claim, CMPC claimed \$500,000.00, pursuant to a “General Oral Agreement” between CMPC and Edgewater claiming that:

- (a) CMPC agreed to lease to Edgewater and Edgewater agreed to lease from CMPC, premises at the Plaza of Nations consisting of Building “C” [for use as a casino], the Plaza Stage Area, a portion of Building “B” [for use as administrative offices], and parking and other amenities “as is”.
- (b) Edgewater agreed at its cost to apply for rezoning in order to use Building “C” as a casino.
- (c) Edgewater agreed at its cost to apply for a development permit in order to convert Building “C” into a casino and to improve a portion of Building “B” for use as administrative offices and to make other improvements to enhance casino use;

(d) Edgewater agreed at its cost upon approval of its said application for rezoning and for a development permit by the City of Vancouver to perform all conditions imposed by the City for that rezoning and for the issuance of that development permit and to complete all improvements required by the City as a condition of that rezoning and that development permit.

(e) Edgewater agreed at its cost to design and construct all improvements and upgrades required to convert Building “C” into and to operate it as a casino and to improve a portion of Building “B” for administrative offices and to indemnify CMPC against any liability or costs on that account.

[7] Included within the Proof of Claim was a \$500,000.00 claim relating to “City of Vancouver Development Commitments”. Regarding this particular issue, the Proof of Claim relies upon s. 12(1) of the **C.C.A.A.**, which provides that any claim would include a debt provable in bankruptcy within the meaning of the **Bankruptcy and Insolvency Act**, R.S.C. 1985, c. B-3 (“**B.I.A.**”), and that s. 121 of the **B.I.A.** provides that a debt provable includes: “all debts and liabilities, present or future, to which the bankrupt is subject on the day in which the bankrupt becomes bankrupt or which the bankrupt may become subject before the bankrupt’s discharge by reason of any obligation incurred before the day on which the bankrupt becomes bankrupt”.

[8] CMPC relies on the provisions of the Zoning and Development Bylaw of The Vancouver Charter in order to state that city officials “... have the ability to direct any person to take actions to comply with the terms of development permits. The Bylaw also provides city officials with the option of performing work required under a development permit and then adding the costs associated with such work to the property tax assessment of the owner of the subject property.” CMPC points out that,

while the City is not presently contemplating making expenditures, the City may well do so in the future.

[9] On August 28, 2006, PWC delivered a Notice of Disallowance to CMPC relating to its Proof of Claim. After clarification regarding the Notice of Disallowance was received, a Revised Notice of Disallowance was delivered to CMPC. In the Revised Notice of Disallowance, it is noted:

“... there is no indication in the letter [the June 23, 2006 letter from the City of Vancouver] that the City is contemplating making expenditures with respect to the landscaping requirements. Furthermore, the City and the aforementioned letter draws the Claimant’s [CMPC’s] attention to the provision of the bylaw that allows for an application to the City to make minor amendments to the terms of the Development Permit including, in this situation, an application to reduce the scope of the landscaping requirements.

[10] It is further stated in the Revised Notice of Disallowance that CMPC has a duty to mitigate the amount of its claim and pursue a reduction of any obligations to the City in cooperation with the new shareholders of Edgewater and that CMPC has not taken steps in this regard. Edgewater submits that CMPC has not fulfilled the obligation to prove the amount of its contingent claim.

[11] Pursuant to a procedure ordered to deal with the disputed Proof of Claim of CMPC, a Statement of Claim was issued by Edgewater on April 13, 2007, a Reply from CMPC dated April 27, 2007 was filed, Mr. Gary Jackson on behalf of Edgewater was cross-examined on an affidavit he had sworn, Mr. Daisen Gee-Wing on behalf of CMPC was cross-examined on an affidavit he had sworn, and there were examinations for discovery of Messrs. Jackson and Gee-Wing.

PRE-LEASE NEGOTIATIONS AND LEASE PROVISIONS

[12] In the correspondence in evidence, Edgewater made proposals to CMPC. It is the position of CMPC that an “Initial Agreement” was formed between the parties and CMPC now relies upon that Initial Agreement including the following which was set out in a letter between Edgewater and CMPC:

All tenant improvements and mechanical upgrades to Building “C” as well as landscaping for the main entrance and port-cochere area to Building “C”.

8. All costs related to the rezoning application for a Class II Casino Development Permit etc., shall be the responsibility of the Tenant.

[13] In response to the submission that this constituted part of the pre-Lease agreement said to have been reached, Edgewater submits that this phrase only related to what might ultimately be incorporated within a lease and that the negotiations between the parties were restricted to what would ultimately be incorporated within a lease.

THE NOVEMBER 8, 2004 LEASE

[14] The Lease includes the following provisions:

2.02 The Landlord hereby grants to the Tenant. ... an easement ... for the purposes of

(b) constructing, installing, maintaining, altering or removing a driveway, with appropriate curbing, for the passage of vehicular traffic, together with such sidewalks, walkways, landscaping (including a waterfall and one or more sculptures), canopies and awnings, all as the Tenant might reasonably require, provided that all such work is done at the expense of the Tenant and in accordance with the requirements of any governmental authority having jurisdiction (including the City of Vancouver)

6.02 Compliance with laws

Each of the Landlord and the Tenant will comply promptly with all lawful requirements of any governmental or administrative authority with which it must comply in order to observe or perform its obligations under this lease.

6.03 Compliance with City Agreements

Subject to Article 6.04, the Landlord will comply promptly with all of its obligations to the City of Vancouver relating to the Lands including, without limitation, all obligations set forth in the agreements registered against title to the Lands, as shown on the certificates of title attached as Schedule C. The Tenant will permit public access across the walkway that will form part of the Easement Area, where reasonably required, in accordance with the requirements of the City of Vancouver for public access over the Lands, as more particularly described in the agreements registered against title to the Lands, as shown on the certificates of title attached as Schedule

6.04 Tenant's Performance of Landlord's obligations under the City Agreements

The Tenant covenants and agrees that, during the term of this Lease and any extensions or renewals thereof, the Tenant will observe and perform all of the Landlord's agreements and obligations under the City Agreements, EXCEPT in the following respects:

- (a) the obligations of the Landlord in the City Services Agreement to obtain and maintain insurance coverage in respect of the "Owner's Works" as required by section 2.6(m)(iv) of that agreement;
- (b) the agreements and obligations of the Landlord in the City Agreements in respect of periods outside the Term (including any extensions or renewals thereof), other than
 - (1) the obligations pertaining to the "City Works" (as defined in the City Services Agreement),
 - (2) the construction or installation of the alterations to the Walkway (as defined in the City Services Agreement) prior to the Term to meet the requirements of the City Services Agreement;
 - (3) all matters related to the Enterprise Area Beautification Works including the removal and storage of the Enterprise Area Beautification Works prior to the Term

and their retrieval, refurbishment and reinstallation after the Term, but excluding any obligation for the continued maintenance of such works after their retrieval, refurbishment and reinstallation as provided in the City Services Agreement; and

(4) the obligation to indemnify after the Term with respect to events occurring or conditions arising during the Term;

(c) the Landlord's agreements and obligations to indemnify to the extent they apply to the results of the negligence of the Landlord, or wilful actions of the Landlord in breach of the City Agreements or of this Lease, in each case inclusive of those for whom the Landlord is legally responsible, or in respect of events occurring or conditions arising outside the Term except in respect of the matters referred to in Articles 6.04(b)(1) to 6.04(b)(3);

and the Landlord hereby grants to the Tenant the power and authority to observe and perform such agreements and obligations on behalf of the Landlord, to the extent set out in this Article and the Landlord hereby agrees to co-operate in good faith with the Tenant to the extent necessary to enable the Tenant to do so, including giving the Tenant access to portions of the Lands not in the Premises or the Easement Area and use of the Landlord's facilities where necessary.

7.02 The Landlord will promptly, at its own expense

(c) comply with all upgrading requests or orders of all government or administrative authorities, except where those requests or orders are due to the Tenant's particular use of the Premises, in which case the Landlord will only be required to comply if the Tenant bears the cost of doing so;

7.03 Improvements by Tenant

The Tenant may, at its cost, make or cause to be made leasehold improvements to the Premises. If such improvements will materially affect the structure of any building on the Premises, the Tenant will obtain the Landlord's consent prior to making such improvements, which consent the Landlord covenants not to unreasonably withhold or delay.

15.01 Tenant's Indemnity

The Tenant will ... indemnify and hold harmless the Landlord from and against every demand, claim, proceeding, cause of action, judgment, expense, loss or damage which the Landlord may suffer or incur or be put to arising out of or in connection with any default

by the Tenant in observing or performing its obligations under the lease or any breach by the Tenant of any warranty or representation under this lease, and in respect of any property damage or personal injury during the Term resulting from the presence of improvements installed by the Tenant on the Lands outside the Premises.

16.13 Entire Agreement Clause

Except as expressly set out herein, there are no representations, warranties, conditions or collateral agreements between the Landlord and the Tenant.

[15] Under Clause 1.01(e) the term “City Agreements” means that:

- (1) the On-site Parking Agreement between the Landlord and the City of Vancouver dated November 1, 2004;
- (2) the Agreement for the Provision of Services Related to the Temporary Casino to be Operated at the Plaza of Nations 750 – 770 Pacific Boulevard between the Landlord and the City of Vancouver dated November 1, 2004 (the “City Services Agreement”);
- (3) the agreement between the City of Vancouver and the Landlord registered at the Vancouver/New Westminster Land Title Office under numbers BN313693 and BN313694, as subsequently modified by agreements between the City of Vancouver and the Landlord dated November 1, 2004 (the “Performance Space Agreement”); and
- (4) the Off-site Parking Agreement between the Landlord and the City of Vancouver dated November 1, 2004.

RE-ZONING AND DEVELOPMENT PERMIT APPLICATIONS

[16] CMPC alleges that the parties began to implement what had been agreed prior to the execution of the Lease and that, in the Fall of 2003 and the Spring of 2004, Edgewater at its own expense but in the name of CMPC applied for rezoning of Building “C” to convert that building into the Casino, applied for a development permit for Building “C”, a building permit for Building “C”, and, in May and June of 2004, occupied the premises and began to improve the premises in anticipation of rezoning and

anticipation of issuance of a development permit and building permit by the City of Vancouver ("City").

[17] In May of 2004, Edgewater requested CMPC to provide the City with an owner's undertaking ("Undertaking"). CMPC submits that the provision of the Undertaking was a precondition for the issuance of a development permit and a building permit and that the Undertaking obliged CMPC to comply with the requirements of any permit issued by the City to a tenant and also obliged CMPC to use reasonable efforts to ensure that the tenant complied with all such requirements. It is the position of CMPC that the City would be in a position to call upon CMPC under this Undertaking in order that the works contemplated under any development permit and building permit issued were completed in accordance with those permits.

[18] The Undertaking is headed as follows: "Owners' Undertaking" (Tenant Improvements). The Undertaking in evidence refers to a "building permit" but does not refer to a development permit. The Undertaking requires CMPC to confirm that it is the owner of the property and to covenant as follows:

The Owner will use its reasonable efforts to require the Tenant to comply with, and cause those employed for this project to comply with all applicable by-laws of the City of Vancouver and other statutes and regulations in force in the City of Vancouver relating to the development, work, undertaking or permission in respect of which this application is made.

The Owner understands and acknowledges that the issuance of any permit, including an Occupancy Permit, or the inspection or approval or passage of work by the City is not a representation or warranty that any by-law has been complied with the Owner remains responsible at all times to use its reasonable efforts to require compliance by the Tenant. The Owner has read and understands Articles 1A.1.1.2. and 1A.3.4.1. of the Vancouver Building By-law which are set out on the reverse side hereof.

The Owner hereby agrees to use its reasonable efforts to require that the Tenant does indemnity and save harmless the City of Vancouver and its employees from all claims, liability, judgments, costs and expenses of every kind including negligence which may result from the failure to comply fully with all by-laws, statues and regulations relating to any work or undertaking in respect of which this application is made.

Where used herein the words “work” or “undertaking” in respect of which this application is made, the Owner understands this to include all electrical, plumbing, mechanical, gas and other works necessary to complete the contemplated construction.

[19] A development permit was issued on December 3, 2004 under No. DE408507 (“Development Permit”) and governs the term of the use of the premises as a casino for: “... a limited period of time expiring December 3, 2008, unless extended in writing by the Director of Planning”. The Development Permit states that it is for the “following only: To alter, add to and use the use of Building C of the Plaza of Nations, to permit a Casino ... for a limited period of time expiring December 3, 2008, unless extended in writing by the Director of Planning.” The Development Permit is subject to a number of conditions including:

All landscaping and treatment of the open portions of the site will be completed in accordance with the approved drawings within six months of the date of issuance of any required occupancy permit or any use or occupancy of the proposed development not requiring an occupancy permit and thereafter permanently maintained in good condition. In accordance with Private Property Tree By Law No. 7347 the removal and replacement of trees are permitted only as indicated on the approved Development Permit drawings.

[20] In his October 19, 2006 Affidavit, Mr. Gee-Wing, General Manager of CMPC, states that a condition of issuing the Development Permit was that the City “... imposed an obligation on CMPC, which Edgewater agreed to perform, to complete certain works

on and in the vicinity of the Plaza of Nations” and that Edgewater failed to complete such works.

[21] A building permit was issued on December 3, 2004 under No. BU429878 (“Building Permit”). Attached to the Building Permit were detailed plans prepared by Patrick Cotter Architect Inc. relating to Building “C”, Building “B”, and the adjacent area within the Plaza of Nations site.

[22] At the time of the issuance of the Building Permit and the Development Permit, Edgewater was well advanced in the construction of the improvements for the Casino. The improvements were substantially completed by February, 2005 and, at that time, Edgewater began to operate the Casino (“Commencement Date”).

MATTERS RAISED BY THE CITY OF VANCOUVER AND THE POTENTIAL COST OF CORRECTING THE “DEVIATIONS”

[23] In a June 23, 2006 letter from the City, the following “Deviations” from the “Approved Plans of Development Permit No. DE408507” were noted:

- (a) The required seventy-six (76) new trees have not been provided.
- (b) Restoration planting of the “Legacy Forest” (approximately 4,500 plants) have not been provided.
- (c) The irrigation system has not been provided and as a result, a 16’ Caliper Hemlock, located in the “Legacy Forest” has died.
- (d) Landscape lighting, including lighting of the bicycle path, has not been provided.
- (e) The “waterfall feature with rock scape” to be located along the north elevation of the casino building has not been provided, there are large pre-cast concrete blocks currently retaining the 10’ 0’ slope cut where the water feature should be located.

- (f) Trees and planting intended to separate the bicycle path from the main vehicular driveway have not been provided.

Under this By-law, an application for a minor amendment may be requested. To make application for the required approval, you or your representative must attend this office, pay the prescribed fee, and submit three sets of revised plans indicating the landscaping to be provided, and a letter to the Director of Planning requesting a minor amendment to Development Permit No. DE408507.

[24] At the time of the filing of its Proof of Claim, CMPC was of the view that \$500,000.00 would be the potential cost of work in order to comply with the potential requirements of the City.

[25] CMPC obtained an October 18, 2006 estimate from Scott Construction Group relating to the matters set out in the June 23, 2006 letter from the City. The “preliminary budget” was stated to be \$453,000.00 made up as follows:

	Soft Landscaping	\$114,000.00
	Irrigation	\$ 10,000.00
	Landscape lighting	\$122,000.00 cash allowance
	Water feature	\$ 95,000.00 cash allowance
	Soft Landscaping	<u>incl in items 1 & 2</u>
Total (items 1-6)		\$341,000.00
GC's General Conditions		\$ 34,000.00
GC's Mark up		\$ 38,000.00
Contingency		\$ 40,000.00
Total Budget		<u>\$453,000.00</u>

[26] At the February 14, 2007 Cross-Examination on his Affidavit, Mr. Gee-Wing confirmed that the \$453,000.00 estimate received from Scott Construction Group included work relating to lands not leased or owned by CMPC but also stated that the Development Permit required them to “do something on someone else’s property” so

that the work was still required even though some of the work related to a property not owned by CMPC. Mr. Gee-Wing also confirmed that there was no further letter after the June 23, 2006 letter from the City and no phone calls or emails from the City regarding the “landscaping issue”.

[27] CMPC prepared a more recent estimate regarding the obligations to the City as a result of the issuance of the Development Permit and the conditions set out in the Development Permit. That estimate sets out that \$279,600.00 (not including G.S.T.) may be sufficient to satisfy the requirements of the City. That amount is made up as follows:

The current amount of \$114,000 should perhaps be brought to \$90,000. I consider the 76 legacy trees in #1 to be the bulk of this particular expense.

#4 – The landscape lighting @ \$122,000 should be brought to \$60,000. While there was some lighting placed, there is some lighting deficiency as pointed out by the building inspector on a recent visit.

#5 – The water feature @ \$95,000. You are correct that if it doesn't go in, then what will go in its place? I would be satisfied with \$50,000 so that we can finish the area properly and to remove the existing concrete construction blocks.

#3 – Irrigation @ \$10,000 should remain the same.

The above gives a new total of \$210,000. Following the estimate rec'd, we then proceed as follows:

GC's General Conditions	\$ 21,000
GC's Mark up	\$ 23,100
Contingency	<u>\$ 25,500</u>
Total Budget	\$279,600 (GST not included)

POSITION OF THE PARTIES

[28] In addition to relying on a “general oral agreement” made in 2003 and the Spring of 2004, CMPC alleges a further oral agreement in May, 2004 whereby CMPC agreed to and did provide the Undertaking and, in consideration of receiving the Undertaking, Edgewater agreed as its own cost to comply with all applicable by-laws and requirements of the City relating to the rezoning and the issuance of the Development Permit and Building Permit and to indemnify CMPC against any liability to the City or otherwise. CMPC submits that the Lease incorporates some but not all of the terms of the agreements reached between the parties and that, while CMPC has made a demand on Edgewater to complete the work contemplated, Edgewater has not completed the work set out in the June 23, 2006 letter from the City.

[29] CMPC requests an order that Edgewater complete the required work at their own cost and to the satisfaction of the City or, alternatively, for an order that Edgewater pay to CMPC a sum equivalent to the cost of completing the works so that the work can be undertaken by CMPC. In the further alternative, CMPC seeks an order that Edgewater will indemnify CMPC against any liability to the City or otherwise arising from the non-compliance of the work and for an order that the sum of \$500,000.00 or such other sum as the Court deems appropriate be held as security for the payment of the works or the performance under such an indemnity.

[30] In its Statement of Defence, Edgewater denies entering into the “general oral agreement” or the oral agreement alleged, that the landscaping requirements have been “reduced, varied or altered through negotiations with the City of Vancouver

involving” ... [both the New Shareholder and CMPC], and all of the “Deviations” set out in the June 23, 2006 letter from the City relate to the Development Permit whereas the Undertaking refers to the Building Permit under which all of the work required has been completed.

EVIDENCE OF GARY JACKSON

[31] Mr. Jackson states that the Share Purchase Agreement between the Old Shareholders and the New Shareholder provides that the New Shareholder will be responsible for all of the landscaping work referred to in the Development Permit. At the February 14, 2007 Cross-Examination on his Affidavit, Gary Jackson did not take issue with the statement that Edgewater was responsible for the work items contained in the June 23, 2006 letter from the City but stated:

The new owners of ECI [Edgewater] who purchased the shares of ECI have the responsibility to deal with that issue. They were made aware in terms of the due diligence process of the outstanding issues that were part of the development permit. They had disclosure. They were well aware of those issues. They had provided information to the Lottery Corporation and to the City of Vancouver during the course of the time we received the actual share purchase offer and the closing that they would take over those responsibilities as part of the repositioning of the casino. Included is their responsibility to deal with this issue.

[32] At his June 14, 2007 Examination for Discovery, Gary Jackson again acknowledged that Edgewater had a liability to complete the landscaping work either as stipulated in the June 23, 2006 letter received from the City of Vancouver or as modified through negotiations with the City but asserted that the New Shareholder agreed to assume liability for any such deficiencies. In this regard, Gary Jackson was asked the following questions and gave the following answers:

Q I understand, in order to obtain a building permit, one of the requirements is that the developer provide an owner's undertaking to the city. Does that accord with your recollection?

A I think it's the owner of the property that does the undertaking. A developer could be somebody else.

Q To get specific, in order for you or ECI to obtain a building permit, it had to deliver an owner's undertaking to the City of Vancouver:

A Correct.

Q And did you ask your son Chris to approach Mr. Gee-Wing or CMPC to obtain an owner's undertaking:

A It would have either been myself or my son Chris would have dealt with these issues with Daisen.

Q So once this was provided to you by CMPC or once Mr. Gee-Wing signed it, was it then delivered to the City of Vancouver as part of the building permit application?

A It would have either gone directly to the city or back to the architect. I believe the architect is the one that has to do that.

[33] In his March 5, 2007 Affidavit, Mr. Jackson states that, to the best of his knowledge, "... there is no outstanding landscape lighting work remaining to be done under the Development Permit ...". He also states that he is advised by Patrick Cotter that the New Shareholder submitted revised landscaping plans to the City and that the revised plans call for the elimination of the water feature referred to in the Development Permit drawings.

ACTIVITIES OF CMPC, THE NEW SHAREHOLDER OF EDGEWATER AND THE CITY

[34] In evidence is an April 21, 2006 letter from the proposed new shareholders of Edgewater to the British Columbia Lottery Corporation. This letter was forwarded prior to the completion of the purchase of shares in Edgewater. The proposed new

shareholders set out a “proposed repositioning plan” which included: “... the completion of City-permitted but unfinished improvements to both the Edgewater Casino and the surrounding site” and advise that they have formally requested the City to “... indicate the process by which Development Permit DE408507, which was issued December 3, 2004 and covers the term of the Casino use “for a limited period of time expiring December 3, 2008, unless extended in writing by the Director of Planning”, can be amended to allow a seven year term of operation through December 3, 2013 so as to secure financing required to reposition the Edgewater Casino”. The letter also set out that the proposed new shareholders have presented their “... proposed repositioning plan to representatives of the City, including: (a) the proposed schedule of improvements originally permitted by the City but never completed; and (b) the proposed new improvements to the Edgewater Casino and the Site which would require new Development Permits.”

[35] In evidence is a copy of the May 31, 2006 Development Permit Staff Committee Report for the Development Permit Board of the City of Vancouver regarding a possible extension of the time-limited approval of the use of Building “C” until July 31, 2013. The applicant is shown as Paragon Gaming Inc. (which is the New Shareholder) and the property owner is shown as CMPC. It was the recommendation of the Development Permit Staff Committee that the Development Permit Board approve the extension requested. In the “background” to the report, it is noted:

The request from Paragon does not seek to alter any of the existing agreements or commitments negotiated previously between Edgewater and the City, nor does it involve any proposed changes to the building or operation. A subsequent development permit application proposing

changes to the building, the vehicular and pedestrian access, and landscaping is expected in the near future. (emphasis added)

[36] Pursuant to a Restrictive Covenant registered against the property, any request to extend the four year time limit required the consideration of the Council of the City. On May 30, 2006, City Council passed a resolution supporting the extension from the previous expiry date of December 3, 2008. At the Development Permit Board and Advisory Panel meeting held on June 5, 2006, the time limit placed on the use of the premises as a Casino was changed to expire on the earlier of July 31, 2013 or the “relocation of the casino operation to premises other than the Plaza of Nations”.

[37] Mr. Jackson understands that Edgewater through the New Shareholder has hired consultants and are working with the City on a number of matters that will likely result in an amended development permit being issued. In this regard, the New Shareholder has retained Patrick Cotter Architect Inc. (the ongoing architects for Edgewater) (“Cotter”) and E. Lees & Associates Consulting Ltd., landscape architects and planners (“Lees”), to deal with the City of Vancouver.

[38] In a July 26, 2006 letter to the City, Cotter states:

As most of the deficiencies involved landscaping, Mr. Andrew Robertson of Eric Lees & Associates, landscape consultants, had addressed most of the items in his accompanying letter. As he has indicated, work on the detail dwgs is ongoing and the construction is due to be undertaken within the next three months. The implementation of these outstanding items has received top priority from the prospective owners of the casino, Paragon Gaming LLC, who perceive the installation of the landscape and screening as one of their 4 main pillars to revitalize the casino to the mutual benefit of the owners and city hall.

At the time of the Development Permit application only an outline sketch of the water feature was available and design development was halted until

Paragon Gaming recently gave the go-ahead to restart the process. Vincent Helton are currently engaged in developing the design of the fountain. We will require a structural, mechanical and electrical permit for this element and would like to discuss the possibility of gaining these permits through the field review process in order to speed up the installation of this key feature. However we are not sure whether we are to approach yourself or Mr Ron Dyck, the assigned building inspector, on this matter.

As we are installing some retaining walls as part of the deficiencies list we will need to provide the City with structural dwgs signed & sealed by a recognized professional structural engineer. We would also like to have the structural permit application processed via a field review.

The changes to the original Development Permit are relatively small, I showed our facilitator at City Hall, Allson Higginson, the proposed changes to the original DP and she determined it would require an application for a minor amendment to the original DP. We will print out 5 copies of the original and latest dwgs, bubble the changes and describe them in detail on an accompanying sheet. The dwgs will be delivered to Andy Chinfen at City Hall enquiry desk by Wednesday morning Aug 2nd for distribution before the design review meeting.

[39] In a July 26, 2006 letter to the City, Lees states:

Allow me to address each of the landscape deficiencies you raise in your letter and how the revised plan will address them (Refer to the accompanying letter from Patrick Cotter Architects regarding structural, mechanical, electrical and lighting issues):

1) *The required seventy-six (76) trees have not been provided.*

The revised 2006 plan calls for a total of seventy-one (71) trees. The 2006 tree count is lower than the 2004 tree count as the latter includes 16 *Quercus rubra* (Red Oak) on Concord Pacific lands to the North of the site. Paragon Gaming has been unable to secure approval from Concord Pacific to undertake this planting. As well, it is our professional opinion that the 2004 plan calling for the planting of 22 *Pseudotsuga menziesii* (Douglas Fir) in the "Legacy Forest" is too optimistic considering the space available for new tree planting in this area. The 2006 plan calls for the planting of six *Pseudotsuga menziesii* along with 12 native understory *Acer circinatum* (Vine Maple). The long term health of this stand of trees, rather than maximizing new tree numbers, is our primary concern.

2) *Restoration planting of the "Legacy Forest" (approximately 4,500 plants) have not been provided.*

The 2004 plan called for the planting of a total of 572 plants in this area. 4,500 plants is approximately the number of plants proposed for the entire site (4,575). Of these, 3,500 are *Hedera helix* (English Ivy) - classed as a weed by the City of Vancouver. These plants were to be installed on Concord Pacific land, which, as noted above, is not a possibility.

The 2006 plan calls for the planting of a total of 626 plants in the "Legacy Forest," a higher plant count than the 2004 plan.

[40] In a July 28, 2006 letter, Lees makes reference to the Development Permit and states: "We wish to apply for a minor amendment" There are no details in that letter as to the cost of what is referred to in this letter as the "2006 plan" but the letter provides in detail a comparison between the 2004 landscaping plans and the following proposed by Lees:

2. Screening (to North of site):

2004 plan: The plan proposes a berm with tree and groundcover planting to the North of the property boundary (in Concord Pacific lands).

2006 plan: The plan proposes no sitework on Concord Pacific lands. Instead it proposes the existing fence be repaired and decorated with coloured inset strips. Additional visual interest would be created with banners and planting at the NorthEast corner of the site.

Rationale for amendment: Our client, Paragon Gaming, has been unable to secure approval from Concord Pacific to undertake the proposed 2004 planting on heir lands. We are therefore seeking relief with regard to the installation of the berm and planting in question. The extremely narrow space between the entry road and the property boundary does not allow any planting along the Northern edge of the site. Therefore, a decorative fence that would enhance the casino \ visitor's arrival experience while screening the unattractive views to the North of the site is proposed.

3. North side of Building 'B':

2004 plan: The plan does not propose any enhancements to the side of the building.

2006 plan: The plan proposes (a) hedge planting and a decorative fence gate to screen an unsightly loading dock (b) cleaning and repainting a stucco wall section and two sets of stairs, and (c) the installation of

decorative aluminum ribbons (refer to Drawing L106) on the side of the building.

Rationale for amendment: The proposal would improve the appearance of the building side and thereby enhance site visitors' experience.

4. Curved Raised Planters (Beds # 5 & 6):

2004 plan: The plan does not propose any beds in these areas.

2006 plan: The plan proposes two concrete raised planters along the roadside to be planted with shrubs and groundcover plants.

Rationale for amendment: The planters will screen the unsightly East side of Building 'B' as visitors in vehicles are entering and leaving the site.

5. East Side Planting:

2004 plan: The plan proposes Red Oak (*Quercus rubra*) planting both in the median between the vehicle entry and along the East side of Building 'B' in planters.

2006 plan: The plan proposes fastigate Hornbeam (*Carpinus betulus* 'Fastigiata') in both of the above noted areas. It also calls for more trees (14 compared to 8) along the East side of Building 'B.'

Rationale for amendment: The striking fastigate trees will create year-round drama while the Oaks are more of a seasonal interest tree. As well, Red Oaks are more problematic in terms of disease in Vancouver, compared to the Horn beam. The additional trees will better screen the East side of the building.

[41] There is nothing in evidence to indicate whether the "minor amendment" to the Development Permit was approved by the City or the cost of creating what was set out in the "2006 Plan".

[42] In a September 21, 2006 email transmission from Marc Lippok of Cotter to CMPC and to Mr. Chris Jackson of the Old Shareholders, Mr. Lippok states:

The contractor is due to start next week on the items that were shown on the 2004 DP dwgs but not completed, and the City is on course to issue

us with a Minor Amendment to DP for the minor changes and additions to the 2004 dwgs on October 15th.

However any changes we make now to the recent Minor Amendment to DP dwgs we issued to the City will inevitably result in postponement of the DP permit. We need to resolve these issues as soon as we can to minimize the delays in the permit and construction schedule.

[43] In a May 11, 2007 letter to the solicitors for the Old Shareholders, Cotter states:

The following is in response to your request of April 30, 2007 for information pertaining to landscape lighting and the waterfall feature in the matter of Edgewater Casino and Edgewater management Inc. in the Supreme Court of British Columbia, Action No. S062842, Vancouver, Registry. These are the facts as we can best recall.

(a) Landscape Lighting

Please find attached copies of both Architectural and Landscape drawings which were part of the Development Permit Drawings approved in November 2004 (Appendix A), and a copy of the Staff Report accompanying the Development Permit DE # 408507 (Appendix C). These drawings do not indicate exterior landscape or site lighting.

Also attached are copies of the Building Permit drawings and Building Permit BU # 429878 (Appendix B) issued December 3, 2004 covering the exterior scope of work. These drawings and permit do not show any landscape lighting. The exterior site lighting was designed and documented by the Electrical Consultant, Harbourview Electric.

A Photometric Plan indicating light levels around the site, location and type of fixtures was prepared by Harbourview, and submitted to the City of Vancouver. Illumination to the access road and pedestrian walkways was supplied and installed according to the light levels requested by the City of Vancouver. For record of these drawings, submissions and permits and confirmation of what was installed on-site, please contact Harbourview Electric.

(b) Waterfall Feature

Architectural and Landscape drawings which were part of the Development Drawings approved on December 3, 2004 (Appendix A) are attached, which indicate the provision of a waterfall and rock-scape feature at the north end of Building C. No detailed drawings of this feature were included in the Development Permit and Building Permit.

(c) Status of Deficiencies

We have been advised by the City of Vancouver that Paragon Gaming, CMPC, VANOC, and the City of Vancouver have met recently to review the status and requirement for the completion of outstanding items.

EVIDENCE OF MR. GEE-WING

[44] In a September 21, 2006 email transmission from Mr. Gee-Wing to one of the Old Shareholders, CMPC advised as follows:

I have been told that should we begin demolishing in early 2007, a substantial amount of the beautification from Pacific Blvd to the Casino would be rendered redundant.

We will not be permitting the removal of the parking toll both on Pacific Blvd. and we also oppose the gates and fencing to the loading bay area of Bldg B.

In addition, with our master plan to convert Bldg C into being self sufficient, the work proposed would limit the flexibility of such an expansion.

In short, I would recommend a meeting to be held with James Cheng [architect for CMPC] to go over the your design and to come to some sort of arrangement that works for both parties.

[45] In his October 19, 2006 Affidavit, Mr. Gee-Wing states:

CMPC is presently in the process of applying for re-zoning and re-development of certain of the Plaza of Nations lands. It has a significant stake in ensuring that all commitments made under its name to the City of Vancouver are performed. The City of Vancouver may be reticent to accept new development commitments from CMPC as CMPC is in default of its old and existing development commitments. CMPC does not want to be placed in this position. Under the Lease, Edgewater agreed to perform the commitments that CMPC made to the City of Vancouver on its behalf to obtain a development permit. CMPC's broader interest will not be served by requiring the City of Vancouver to initiate enforcement proceedings against it in order to compel it to perform its obvious commitments to the City of Vancouver. As required under the Lease, CMPC demands that the Old Owners complete the work items contained

in the [June 23, 2006] Demand Letter [from the City] or pay CMPC to complete those work items.

[46] In his January 19, 2007 Affidavit, Mr. Gee-Wing states that his counsel inquired of counsel for the New Shareholder whether the New Shareholders were willing: “to assume liability to CMPC for completing the work described in the City Letter or any of the work items ...” and whether Edgewater was prepared to execute an indemnity agreement in favour of CMPC so that CMPC could reduce its claim against the former owners of Edgewater accordingly. The January 10, 2007 response from the solicitor for the New Shareholder did not deal with the question of whether Edgewater was prepared to assume liability to complete the work described. Rather, the response was:

Edgewater Casino ULC is not prepared to indemnify your client against liability to the City of Vancouver in connection with the demands of the City as described in its letter dated June 23, 2006 ...

[47] At his March 9, 2007 Cross-Examination on his Affidavit, Mr. Gee-Wing could not point to any provision in the Lease that dealt with any commitment on the part of Edgewater to be responsible for matters that were required under the Development Permit.

[48] During the hearing of this matter when it became apparent to CMPC and its counsel that the Undertaking referred only to the Building Permit and not to the Development Permit and despite what had been earlier stated by Mr. Gee-Wing in his January 19, 2007 Affidavit, Mr. Gee-Wing stated in his September 17, 2007 Affidavit that, when he signed the Undertaking, as a condition of doing so: “... I obtained an assurance from Chris Jackson, the son of Gary Jackson, that the tenant would

indemnify CMPC for any work it did or was required to do pursuant to the Building Permit”.

[49] In his September 17, 2007 Affidavit, Chris Jackson states: “... I deny giving any sort of assurance [as is set out in the September 17, 2007 Affidavit of Mr. Gee-Wing] to Mr. Gee-Wing as such would have clearly required my father’s or Mr. Libin’s approval given its legal nature. I was simply attempting to obtain Mr. Gee-Wing’s signature as that is what the City required.”

CASE AUTHORITIES AND DISCUSSION

[50] Dealing first with the Undertaking, I am satisfied that it has no application to this question. First, it refers only to the Building Permit and to “tenant’s Improvements”. As it is the tenant rather than the landlord who is responsible to complete what is set out under any building permit, it is logical for the City to require an undertaking from a landlord to complete that which is not completed by the tenant under a building permit. Second, the City By-laws relied upon by CMPC refer only to “development permits” and not to responsibilities under a building permit. Third, Cotter confirms in its May 11, 2007 letter that the “Architectural and Landscape Drawings” are attached to the Development Permit and that the Building Permit shows no “landscape lighting”. It is unlikely that the architect throughout for Edgewater would not be aware that the matters on the “Deviations” letter of June 23, 2006 from the City do not relate to matters set out in the Building Permit. Fourth, there were no references to landscaping in the Building Permit. Fifth, the “Deviations” letter from the City is addressed to CMPC not to Edgewater, it makes reference to the Development Permit, and it makes no reference to the Building

Permit. Sixth, the Undertaking only requires the “best efforts” of CMPC – it is not an indemnification of the City if Edgewater did not undertake the work required of it. As well, I am satisfied that Mr. Jackson was mistaken when he acknowledged that it was the Building Permit which set out the responsibilities of Edgewater.

[51] Accordingly, I find that CMPC is not in a position to rely on the Undertaking to raise the concern that the City may call upon it in due course to perform the matters which are set out in the Development Permit. The question which then arises is whether there was an agreement in place that Edgewater would undertake the work required by the City as set out in the Development Permit. The first argument raised by CMPC is that there was an oral agreement in place. I am satisfied that the correspondence between Mr. Gee-Wing and Mr. Jackson which pre-dated the Lease all relates to what would be included within the Lease and does not constitute either an “Initial Agreement” or a “General Oral Agreement” as is alleged by CMPC. At best, the correspondence reflects the proposals of Edgewater as to what would eventually be contained within the Lease. At his Examination for Discovery, Mr. Gee-Wing confirmed that, as late as June, 2004, he did not consider Edgewater as being contractually bound to CMPC with respect to the casino project.

[52] However, I am satisfied that there was an agreement in place which would require Edgewater to be responsible for the undertakings required by the City. First, Mr. Jackson at his Examination for Discovery acknowledges that Edgewater was to undertake the work. Second, the Lease makes it clear that the work was to be undertaken by Edgewater. In this regard, under Clause 2.02(b) of the Lease an easement is granted by CMPC to Edgewater for “... constructing, installing ...

landscaping (including a waterfall and one or more sculptures)” There would be no need for such an easement to be granted if Edgewater was not responsible for that landscaping. As well, Clause 2.02(b) provides further that: “... all such work is done at the expense of the Tenant and in accordance with the requirements of any governmental authority ... including the City of Vancouver”

[53] Accordingly, the Lease clearly sets out that the landscaping and other exterior work to be done is to be done by Edgewater. While the reference to “City Agreements” in Clause 6.4 of the Lease does not include work set out under the Development Permit, the landscaping and other exterior work is nevertheless required to be done by Edgewater as it must be done in accordance with the requirements of the City. As well, Clause 6.02 requires Edgewater to comply promptly with all “lawful requirements” of the City in order to: “... observe or perform its obligations under [the Lease]” I am satisfied that included within the phrase “lawful requirements” are those works that are required under the Development Permit.

[54] While I am satisfied that it is not an answer available to the Old Shareholders that the New Shareholder agreed to be bound by any outstanding requirements of the City, it is clear that the New Shareholder took on the obligations which are now in issue. First, that obligation is acknowledged by the proposed new shareholders to the British Columbia Lottery Corporation. Second, the dealings that Edgewater has had since the completion of the transaction set out in the Share Purchase Agreement indicate that they are satisfied that Edgewater is bound to complete whatever work is required by the City. That is clearly set out in the Development Permit Staff Committee Report for the Development Permit Board of the City. It is also clear from the subsequent dealings

that Edgewater has had with the City and the correspondence on behalf of the New Shareholder by its agents Cotter and Lees.

[55] However, it must be noted that CMPC is in no way bound by the Share Purchase Agreement. Accordingly, if any rights which had accrued to CMPC prior to the filing under the **C.C.A.A.** are lost as a result of the Proof of Claim of CMPC being disallowed, it may be that CMPC would not be in a position to pursue Edgewater for any future obligations which arise as a result of the Lease and obligations that Edgewater has to the City.

HAS CMPC PROVEN ITS CLAIM

[56] The August 11, 2006 Claims Process Order provides in part: “Upon payment being made by or on behalf of the Petitioners to a creditor for the full amount of the proven Claim of such creditor including all contractual interest and all other contractual payments accruing due to the date of payment, all of the claims that could be made by that creditor as against the Petitioners are released and discharged.” The term “Claim” is as set out in the **C.C.A.A.** Pursuant to s. 12(1) of the **C.C.A.A.**, a “Claim” means “... any indebtedness, liability or obligation or any kind that, if unsecured, would be a debt provable in bankruptcy....”within the meaning of the **B.I.A.**, s. 121 of which reads as follows:

All debts and liabilities, present or future, to which the bankrupt is subject on the day on which the bankrupt becomes bankrupt or which the bankrupt may become subject before the bankrupt’s discharge by reason of any obligation incurred before the day on which the bankrupt became bankrupt shall be deemed to be claims provable in proceedings under this Act.

[57] Under s. 135(1.1) of the **B.I.A.**, a bankruptcy trustee shall determine whether any contingent claim or unliquidated claim is a provable claim and, if a provable claim, the trustee shall value it and the claim is thereby deemed a proven claim to the amount of its valuation. In this case, the Court takes the place of a trustee in bankruptcy pursuant to the Claims Process Order.

[58] The onus is on CMPC to prove its claim: **Re Air Canada** (2004), 2 C.B.R. (5th) 23 (Ont. S.C.J.). In the endorsement relating to the decision, Farley J. stated that there were: “two fundamental aspects” to the determination of a contingent claim: “(i) an assessment of the happening of the contingency in question; and (ii) the quantification of the claim. If C.U.P.E. successfully discharged its onus of establishing that there is some basis to presuppose the happening of the contingency, a reasonable value must then be established for the claim (and it is common practice to discount the aggregate value of the claim in a “best case” scenario by some reasonable percentage that reflects the risk that a less optimistic scenario may in fact result).” (at p. 34).

[59] Farley J. then went on to hold that the claimant had failed to prove any evidence to substantiate the happening of the contingency and that the quantification of the claim would in any event be negligible. Farley J. described the onus as follows: “C.U.P.E. must demonstrate that its claim is not too speculative or remote, but it need not establish that success is probable.” (at p. 26).

[60] To the question of whether the process which was established should be delayed until a final determination of the contingent claim could be made, Farley J. stated:

It is indeed troubling ... for this Court to be advised that it is likely to take another decade before this matter can be adjudicated to the end under that legislation [**Canadian Human Rights Act**]. However, that process is not the one which is required to be followed in the determination of a claim under the C.C.A.A. Contingent unliquidated claims are determined under the C.C.A.A. claims process even in the most complicated of litigation and even though a claim may not have been actually initiated in a court or otherwise. (at p. 26)

[61] I find that CMPC has not proven either test as set out in *Air Canada, supra*.

While the June 23, 2006 “Deviations” letter received from the City relating to the Development Permit shows that CMPC may well be called upon to complete the work that was to have been done by Edgewater under the Development Permit, the City has not taken further action in that regard for over 18 months and there is no indication that it ever will. As well, the activities of the New Shareholder and CMPC are likely to make the work “redundant” (in the words of Mr. Gee-Wing). Clearly, CMPC and the New Shareholder plan to redevelop the site thus making it highly unlikely that the work originally contemplated will ever be required. CMPC has applied for “minor amendments” to the Development Permit thus making some of the work previously required no longer required. It should also be noted that CMPC has not attempted to refute the statements that Cotter makes in its May 11, 2007 letter regarding what remains to be done. I have concluded that the possibility that CMPC will ever be called upon by the City to complete the work contemplated by either the Development Permit or the Building Permit is too speculative and remote.

[62] At the same time, I cannot find that CMPC has met the onus of establishing the amount of the claim as at August 28, 2006, being the deadline for the filing of Proofs of Claim. In this regard, there are varying estimates of what work may be required.

However, no architect, landscape architect, official of CMPC, Edgewater, or the City has stated that the work set out in the estimates is required and that the estimates accurately represent the cost of the work that is actually required. The evidence does not establish that any of this work will be required.

[63] In the circumstances, I conclude that CMPC has not met the onus of establishing that there is some basis to pre-suppose the happening of the contingency that it will be called upon to perform the work that was contemplated under either the Building Permit or the Development Permit or that the quantum of its contingent claim is anything other than negligible.

[64] While I am not called upon to do so and while I express no opinion regarding the same, it may well be that any future expense to undertake the work required by the City pursuant to the Development Permit may well be claimed by CMPC against Edgewater even though the shareholders of Edgewater have changed. In this regard, it was Edgewater who entered into an agreement with CMPC. Edgewater was the covenantor under the Lease. The Claims Process Order as drawn does not appear to eliminate the possibility that CMPC could advance a claim against Edgewater if, in the future, it was called upon by the City to perform the obligations set out under the Development Permit. The August 11, 2006 Claims Process Order only provides that any claim against Edgewater would be “released and discharged” upon payment being made to a creditor “... for the full amount of the proven Claim of such creditor”. The Claims Process Order does not appear to provide that, if a Notice of Disallowance is upheld, the claim advanced is also released and discharged. The “Closing Order” only provides that claims are forever barred if a Proof of Claim is not filed by October 7, 2006.

ORDER MADE

[65] The sum of \$500,000.00 plus a *pro rata* share of any interest which has accrued on that sum will be paid out of trust to the credit of the Old Shareholders. The parties will be at liberty to make application regarding the question of costs.

“Mr. Justice Burnyeat”

TAB 9

Court of Queen's Bench of Alberta

Citation: 677960 Alberta Ltd. v. Petrokazakhstan Inc., 2009 ABQB 50

Date: 20090318
Docket: 0401 07521
Registry: Calgary

Between:

677960 Alberta Ltd.

Plaintiff

- and -

Petrokazakhstan Inc.

Defendant

**Reasons for Judgment
of the
Honourable Mr. Justice A.D. Macleod**

[1] This is an application by the Defendant Petrokazakhstan (“PKI”) for summary judgment with respect to the Plaintiff’s claim arising out of a number of agreements concerning the production of hydrocarbons in four oil fields in Kazakhstan. The basis of the application is that CCAA proceedings involving the Defendant PKI (formerly known as Hurricane Hydrocarbons Ltd. (“HHL”)) bar the Plaintiff’s claim.

[2] For the purpose of this application only, the parties have entered into an Agreed Statement of Facts. Notably, there is no evidence as to whether or not the Plaintiff knew of the CCAA proceedings which occurred in 1999 - 2000. It is conceded that the Plaintiff was not served and did not participate in the proceedings.

Background

[3] In Kazakhstan there was a Joint Enterprise, a legal entity, which acquired licences or other rights to explore for hydrocarbons in four oil fields in Kazakhstan called Kzyl-Kiya, Maybulak, Aryskum and South Kumkol. Participants in the Joint Enterprise included two state owned entities and Turan Petroleum Cyprus Limited (“Turan”).

[4] In March of 1994 Canadian Occidental Petroleum Ltd. (“CdnOxy”) and HHL agreed to acquire various interests in Turan including the interest of Wega-D Geophysical Ltd. (“Wega-D”) and at the same time Turan entered into two further agreements dated June 1, 1994 with Wega-D called the Net Profits Interest Agreement and the Success Fee Agreement. Under those two agreements, Turan promised to pay 2 ½ % of the net profits attributable to Turan’s interests in the Joint Enterprise to Wega-D. Under the Success Fee Agreement, Turan promised to pay to Wega-D a fee based upon the amount of crude oil production from the Joint Enterprise and the price for which it was sold. The maximum fee payable was \$6 million dollars U.S.

[5] HHL and CdnOxy guaranteed the obligations of Turan to Wega-D under both the Net Profits Interest Agreement and the Success Fee Agreement. By virtue of an Assignment and Novation dated March 21, 1996 Wega-D assigned its interests under the Net Profits Interest Agreement to the Plaintiff. Wega-D also assigned 60% of its interest in the Success Fee Agreement to the Plaintiff and assigned the remaining 40% of its interest in the Success Fee Agreement to Alberta Opportunity Company (“AOC”).

[6] In 1996 the Republic of Kazakhstan began a process of privatization with respect to its participation in the Joint Enterprise. HHL was the successful bidder and, as a result, its subsidiary acquired all of the voting shares of the Joint Enterprise. At various times in 1996 and 1997 the licenses to explore and/or produce oil from the four fields were cancelled and new licenses were issued to a company which HHL’s subsidiary had acquired. At the time the licenses of the Joint Enterprise were cancelled, no oil had been produced from any of the fields and thus no payments were due under the Net Profits Interest Agreement or the Success Fee Agreement.

[7] In 1997 a subsidiary of HHL acquired all of the interests of CdnOxy and its subsidiaries in Turan and the Joint Enterprise. The Plaintiff released CdnOxy and its subsidiaries from their obligations in the Net Profits Interest Agreement and the Success Fee Agreement. There exists a dispute between the Plaintiff and the Defendant as to whether HHL and thus PKI has any liability as a guarantor of the obligations of Turan pursuant to the Net Profits Interest Agreement and the Success Fee Agreement.

[8] However, PKI’s position is that even if it does have any obligation, the claim is barred because of proceedings under the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“CCAA”). On May 14, 1999, HHL commenced proceedings in the Court of Queen’s Bench of Alberta, Judicial District of Calgary, seeking protection from its creditors under the CCAA and by order of this Court dated May 14, 1999, proceedings against HHL were stayed. As of that time there had not been sufficient production of oil or gas at sufficiently high prices from the four fields to require payment to the Plaintiff. No notice of the CCAA proceedings was sent to the Plaintiff and it was not listed as a creditor of HHL on any CCAA filings, including HHL’s list of creditors.

[9] By an Order dated June 11, 1999, this Court made an order in HHL's CCAA proceeding establishing a process and setting a deadline of June 30, 1999 for the proof of claims by creditors. The Order required publication of a notice in various newspapers of the requirement to prove claims. The notices were published in accordance with the order and copies were attached. There is no evidence as to whether the Plaintiff was aware of the CCAA proceedings.

[10] As at June 30, 1999, there had not been sufficient production at sufficiently high prices to require payment to the Plaintiff under either the Net Profits Interest Agreement or the Success Fee Agreement.

[11] HHL submitted a Fourth Amended and Restated Plan of Arrangement (the "Plan") to its creditors for approval. The Plan was approved by the necessary majority of HHL's creditors and was submitted to this Court for its approval.

[12] By Order of February 28, 2000 this Court approved the Plan. All of the conditions required for the Plan to become effective were met, and the effective date was established as March 31, 2000.

[13] During the course of the CCAA proceedings, AOC submitted a proof of claim claiming to be entitled to payment of 40% of the Success Fee Agreement. AOC's claim was treated as a disputed claim amount in the Plan. AOC was given voting rights under the Plan of Arrangement and, after it was approved by the Court and on May 10, 2001, it commenced proceedings in the Alberta Court of Queen's Bench for the purpose of determining the principal amount of HHL's obligation to AOC.

The Parties' Positions

[14] PKI relies upon the wording of the Plan of Arrangement and in particular the definitions of "claim" and "creditor" in Section 6.1 which provides:

- 6.1 Effective as at 12:01 on the Plan Implementation Date all claims of all creditors in existence immediately prior to the Plan Implementation Date . . . shall be, and shall be deemed to be, forever cancelled, terminated, extinguished, discharged, and released with no compensation or participation being provided or payable thereon to such Creditors and all agreements and other arrangements, whether written or oral, between Hurricane . . . and each of such Creditors pertaining to such Claims shall be, and shall be deemed to be, terminated and cancelled with no compensation or participation being provided or payable thereon to such Creditors. . .

It is to be noted that the applicability of this clause hinges upon whether the claimant is a creditor at the time of the CCAA proceedings. Creditor is defined in paragraph 1.1 as “any Person having a Claim.” Claim is defined as follows:

“Claim” means any right of any Person (as at any relevant reference date provided for in this Plan) against Hurricane and/or HOSI in connection with any indebtedness, liability or obligation of any nature or kind, whether direct or indirect, of Hurricane and/or HOSI, whether or not reduced to judgment, liquidated, unliquidated, fixed, contingent, matured, unmatured, disputed, undisputed, legal, equitable, secured, unsecured, present, future, known, unknown, by guarantee, by surety or otherwise and whether or not such a right is executory in nature;

PKI further says that the purpose of the CCAA and Plan of Arrangements which are approved thereunder is to permit companies to avoid bankruptcy and start with a clean slate.

[15] The Plaintiff underscores that it was never served with notice of the proceedings and it did not participate in these proceedings. Thus, a Court Order should not operate to eliminate their claims.

[16] Moreover, the Plaintiff points to the wording of 8.6 of the Plan of Arrangement which reads in part as follows:

8.6 From and after the Plan Implementation Date:

- (a) all executory contracts (including leases of both real and personal property) to which Hurricane or HOSI is or was a party on the date of the Initial Order, other than those which were terminated by Hurricane and/or HOSI during the period to the Plan Implementation Date (the “Contracts”); and

...

Are declared to be in full force and effect and no other party to any Contract or Permit shall be entitled to accelerate the obligations of Hurricane or HOSI or terminate, rescind or repudiate its obligations or otherwise exercise its rights or remedies under any Contract or Permit or fail to renew, grant or process any Contract or Permit on and after the Plan Implementation Date on the basis (i) that Hurricane and HOSI have applied for and obtained relief under the CCAA, (ii) of the effect upon Hurricane and HOSI of the completion of any of the transactions contemplated under the Plan, (iii) of any compromises effected pursuant to the Plan, (iv) of any event which occurred under any Contract or Permit prior to the Plan Implementation Date which would have entitled any other party to accelerate the obligations of Hurricane or HOSI or to

terminate, rescind or repudiate its obligations or otherwise exercise its rights or remedies under any Contract or Permit, or (v) of any automatic termination of any Contract or Permit or purported termination of any Contract or Permit by any Person other than Hurricane or HOSI.

[17] The Plaintiff argues that the contracts upon which it is relying are executory and, since they were not terminated with the approval of the Court, they are specifically affirmed by the Plan's operation. It also argues that it was not a creditor at the time of the claims bar date and that it did not have a future contingent claim which could be valued as at that date. The Plan of Arrangement cannot excuse obligations that arise after the Plan Implementation Date. Moreover, under the test for summary judgment, if I have any doubt that the Plaintiff's claim is bound to fail I am required to dismiss the Defendant's application.

[18] PKI says that the contract in question is clearly caught by the Plan and that, in this context, the Agreement relied upon cannot be properly described as an executory contract.

Test for Summary Judgment

[19] Under Rule 159, as I understand the Rule and the applicable case law, in order to succeed, the Defendant, PKI in this case, must satisfy me that there is no genuine issue for trial with respect to any part of the Plaintiff's claim.

[20] Sub paragraph 2 of Rule 159 reads:

A Defendant may, after delivering a statement of defence, on the ground that there is no merit to a claim or part of a claim or that the only genuine issue is as to amount, apply to the court for a judgment on an affidavit sworn by him or some other person who can swear positively to the facts, stating that there is no merit to the whole or part of the claim or that the only genuine issue is as to amount and that the deponent knows of no facts that would substantiate the claim or any part of it.

[21] In this case the application proceeded on the basis of an Agreed Statement of Facts although no explanation was offered as to why an affidavit was not filed as required by sub paragraph 2. Nor was any argument raised with respect to this during the course of argument which took place over two days. I regret that it did not occur to me to raise the issue. I have found this application exceedingly difficult to decide on the basis of the Agreed Statement of Facts alone. Suffice to say at this point that, in the absence of being satisfied that no genuine issue exists, I must dismiss the application.

[22] There are cases which suggest that the failure to file an affidavit deposing that there is no merit to the claim and there are no known facts to substantiate it is fatal to the application (see for example *Yellowbird v. Samson Cree Nation No. 444*, 2003 ABQB 535, 349 A.R. 208. Given the fact that this was not raised (and I assume it was deliberately not raised) I am reluctant to

dismiss the application on that basis. Furthermore, the fact that the legal issues are difficult and complex does not prevent PKI from succeeding if I am satisfied, on my view of the law, that there is no genuine issue to be tried.

Was the Plaintiff a Creditor with a Claim?

[23] To be caught by the claims bar it is essential that the Plaintiff was a creditor and had a claim at the time of the CCAA proceedings. The definition of “Claim” in the Plan of Arrangement approved by the Court is extremely broad. Nevertheless, the definition cannot be construed more broadly than the definition set forth in the legislation which governs the process, namely, the CCAA. Section 12(1) of that Act reads as follows:

12(1) For the purposes of this Act, “claim” means any indebtedness, liability or obligation of any kind that, if unsecured, would be a debt provable in bankruptcy within the meaning of the *Bankruptcy and Insolvency Act*.

[24] Section 121 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (*BIA*) reads:

121(1) All debts and liabilities, present or future, to which the bankrupt is subject on the day on which the bankrupt becomes bankrupt or to which the bankrupt may become subject before the bankrupt’s discharge by reason of any obligation incurred before the day on which the bankrupt becomes bankrupt shall be deemed to be claims provable in proceedings under this Act.

[25] Our Court of Appeal in *Luscar Ltd. v. Smoky River Coal Ltd.*, 1999 ABCA 179, 237 A.R. 326 has determined that the word “debt” in section 12(1) of the CCAA should not be construed narrowly but should be construed as broadly as the word “claim” in section 121(1) of the *BIA*. Moreover, Courts in this country have repeatedly stressed that the CCAA is remedial legislation and should be liberally construed in order to give effect to the objects of the legislation (see for example *Alternative Fuel Systems Inc. v. Remington Development Corp.*, 2004 ABCA 31, 346 A.R. 28, paras. 45-55). As Paperny J.A. said for the Court in *Alternative Fuel* at para 21:

In my view, the words “might be made under the *BIA*” should be understood to mean “could be made”. In other words, the claim may be, but must not necessarily be, capable of being proven under the *BIA*.

The words “might be made under the *BIA*” form part of s. 12(2)(a)(iii) of the CCAA relating to the determination of the amount of an unsecured claim.

[26] Examples where the terms “creditor” or “claim” have received broad and liberal meanings can be found in *Air Canada (Re)* (2004), 2 C.B.R. (5th) 23 (Ont. Sup. Ct. J. [Commercial List]) and *Algoma Steel Corp. v. Royal Bank* (1992), 11 C.B.R. (3d) 1 (Ont. Ct. J. (Gen. Div.)). In the first case the claim in question was contingent, unliquidated, and complicated. As Farley J. said in that case at para. 6:

Contingent unliquidated claims are determined under the CCAA claims process even in the most complicated of litigation and even though a claim may not have been actually initiated in a court or otherwise.

In the second case, it was determined that a holder of an uncalled upon guarantee from the company under CCAA protection was a creditor. Accordingly, that HHL’s alleged liability as a guarantor would not seem to preclude the finding of a claim.

[27] The Plaintiff states that the CCAA process is concerned solely with the restructuring period and ensuring that it is not threatened by creditors pursuing their claims. The process is not concerned with claims that may arise after the company has emerged from CCAA proceedings. That seems to me to state the purpose of the CCAA unduly restrictively. In her textbook *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (Toronto: Thompson Carswell, 2007) Janis Sarra states at p. 9:

Canadian Courts have held that the CCAA is aimed at avoiding, where possible, the devastating social and economic consequences of the cessation of business operations, and allowing the corporation to carry on business in a manner that causes the least possible harm to employees and the communities in which it operates.

That object is best served, in my view, by giving a broad meaning to the word “claim” and dealing with all obligations of a debtor during the restructuring process. This is not to say that it should include speculative claims or those that are too remote. But it should be as inclusive as reasonably practical.

[28] The Applicant argues that this case is governed by the decision of the Alberta Court of Appeal in *Hibberd v. Hurricane Hydrocarbons Ltd.*, 2007 ABCA 408, 422 A.R. 18 which upheld the decision of the Alberta Court of Queen’s Bench 2006 ABQB 707, 407 A.R. 1. I have reviewed both decisions and frankly they do not offer much assistance, in my opinion, on the subject of whether or not the Plaintiff was a “creditor” and had a “claim” at the relevant time.

[29] The Plaintiff argues that it did not have a future contingent claim that could be valued as at the claims bar date. It says that the Plaintiff’s claim was speculative and contingent upon the level of petroleum production and the price of oil. Contingent unliquidated liabilities may be the subject matter of a claim under the CCAA (see *Air Canada* and *Algoma* and the cases cited therein).

[30] But the Plaintiff says that it was not in a position to prove its claim in the CCAA proceedings because it was not capable of quantification and the court would have been unable to assign a value to the interest being claimed. In other words, the Plaintiff's claim was too speculative or too remote.

[31] The Plaintiff further says that no monies were owing pursuant to the agreements at the time of the CCAA proceedings and accordingly, HHL was not in breach of the agreements and there was no legal basis for the Plaintiff's assertion of a claim against HHL. The only basis upon which the Plaintiff could have had a claim was if the Plaintiff had been notified of an intention to terminate the guarantee.

[32] PKI states that, like AOC, the Plaintiff could have, based upon views of petroleum engineers as to quantity of production and the future price of oil, placed a value on a future stream of payments and as a result put forward a claim on behalf of the Plaintiff. However, I think that begs the question.

[33] While I accept that it is common for companies in the oil and gas business to put a value on future production and probable production, there is no such evidence before me. That AOC put in a claim for its portion of the success fee does not necessarily mean that a petroleum engineer or the Plaintiff could not have reasonably concluded that at the time of the CCAA proceedings, given its view of the contingencies as they existed on that date, no firm prospect of a claim existed.

[34] It seems to me that if its view, based on reasonable advice from a petroleum engineer, was that no claim existed under the Net Profits Interest Agreement or the Success Fee Agreement, the Plaintiff has an argument that it was not a creditor with a claim. The Agreed Statement of Facts says that by the end of June there had not been sufficient production at sufficiently high prices to require payment under either the Net Profits Interest Agreement or the Success Fee Agreement. It does not say that a claim under those agreements contingent or future did exist as of that day. Moreover, there is no evidence before me that the Applicant knows of no facts which would give rise to a meritorious claim on the part of the Plaintiff and that, in its view, the Plaintiff's claim is unmeritorious. While I am not prepared to conclude that the failure to file an affidavit is fatal to the Applicant's claim because the Respondent did not take that position, I am not able to grant Summary Judgment unless I am satisfied that the Plaintiff's claim is bound to fail. It seems to me that if the Plaintiff reasonably believed that at the relevant time it did not have a claim under the Net Profits Interest Agreement or the Success Fee Agreement, it has an argument that it is not caught by the claims bar process. Accordingly, I am not able to conclude that the Plaintiff is bound to fail because the Plaintiff may succeed in convincing a court that any claim at that point was speculative and too remote.

[35] Because this decision may go to appeal, I will deal with the other issue as to whether or not the guarantee is an executory contract within the meaning of s. 8.6 of the Plan of Arrangement.

Was the guarantee an executory contract within the meaning of s. 8.6 of the Plan of Arrangement?

[36] PKI says that an executory contract is one in which both parties have outstanding performance obligations, relying on the decision of the British Columbia Supreme Court in *S.W. MacKay & Associates Ltd. v. Park Lane Ventures Ltd.* (1997), 32 B.C.L.R. (3d) 338 (B.C.S.C.). The issue in *S.W. MacKay* was whether the plaintiff's claim was barred by a statutory limitation period. The time at which the limitation period began to run depended on whether the contract between the plaintiff and defendant was executory or executed. Burneyat J. described the distinction as follows, at para. 8:

An executed contract has been generally described as a contract where nothing remains to be done by one party (including where the transaction is completed at the moment when the contract is made as between the parties) whereas an executory contract requires further acts to be done by both of the parties. [emphasis added].

Thus, PKI says that the Success Fee Agreement and Net Profit Interest Agreement are not executory contracts, as the only outstanding obligation under both Agreements is for the Defendant to act as a guarantor.

[37] The Plaintiff relies on the decision in *Kary Investment Corp. v. Tremblay*, 2005 ABCA 273, 371 A.R. 339 for the proposition that a contract is executory if one party has outstanding performance obligations. In that case, Russell J.A. held at paras. 19-20:

A contract is said to be executory if anything remains to be done under it by any party, and executed when it has been wholly performed by all parties: *Halsbury's Laws of England*, (4th Ed. - Reissue), vol. 9(1) (London: Butterworths, 1998) at 341, para. 606; *Mackay (S.W.) & Associates Ltd. v. Park Lane Ventures Ltd.*, [1997] B.C.T.C. Uned. 380; 32 B.C.L.R. (3d) 338 (S.C.) at para. 8. In that sense, it has also been said that all contracts are to a greater or lesser extent executory. When they cease to be so they cease to be contracts: Samuel Williston, *A Treatise on the Law of Contracts* (4th Ed.), by R.A. Long (Rochester: Lawyer's Cooperative Publishing, 1990), vol. 1, para. 19.

Executory is sometimes used to describe a contract where the consideration is executory, meaning there has been an exchange of promises, but no performance by either party to the contract: J. Beatson, *Anson's Law of Contract* (28th Ed.) (Oxford: Oxford University Press, 2002) at pp. 92-93; M. Furmston, *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract* (14th Ed.) (London: Butterworths, 2001), at p. 83; *Melanson v. Dominion of Canada General Insurance Co.*, [1934] 2 D.L.R. 459 (N.B.C.A.). Executed consideration, on the other hand, describes a situation where one party has done all it is bound to do under the contract: *ibid.* [emphasis added]

[38] The overall result in *Kary* did not turn on whether or not the Agreement was an executory contract. Furthermore, neither *S.W. MacKay* nor *Kary* defines an “executory contract” in the context of a CCAA or insolvency proceeding. In its recent decision in *West Bay Son Ship Yachts Ltd., Re.*, 2009 BCCA 31, the British Columbia Court of Appeal was asked to consider whether an ongoing employment contract was executory for the purposes of a CCAA order. Lavine J.A. held that the employment contract was executory, “as there are obligations on both parties that are yet to be completed” (*West Bay*, para. 34). She noted, however, that she was not required to determine which definition of “executory contract” applied, as the contract before her fell within the scope of either definition.

[39] In the instant case, only PKI, if anyone, has a remaining obligation to act as a guarantor under the Agreements. I must therefore determine which definition of “executory contract” is referred to in s. 8.6 of the Plan of Arrangement. To do so, I will consider the meaning of s. 8.6 of in accordance with the context and objectives of the CCAA.

[40] In her textbook, Sarra states that executory contracts in the context of CCAA proceedings are “generally contracts under which both parties still have obligations to perform, such that the failure to perform the contract is likely to cause a material breach that excuses the performance of the other party” (Sarra, p. 178). She adopts the U.S. bankruptcy law definition referred to in the Insolvency Institute of Canada’s *Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform Report* (March 15, 2002) at p. 18:

What is an executory contract? Neither the CCAA nor the BIA use the expression, but the United States Bankruptcy Code does in s.365 (“Code, s.365”). In general contract law, “executory contract” means a contract under which one or both parties still have obligations to perform. However, in U.S. bankruptcy law the expression is normally given a narrower meaning. According to the most widely accepted definition in the United States, an executory contract for the purposes of Code s.365 is:

“a contract under which both the obligations of the bankrupt [“A”] under the contract and the other party to the contract [“B”] are so far unperformed that the failure of either to complete performance would constitute a material breach excusing the performance of the other”.

(Countryman, “Executory Contracts in Bankruptcy” (1974) 57 *Minnesota Law Review* 439 (Part 1), at 460 (emphasis added)).

[41] The Report goes on to list examples of such executory contracts, including contracts for goods and services in which a customer is periodically billed, real estate leases under which rent is periodically paid, technology licensing agreements under which the licensor maintains and upgrades the technology and employment contracts. These types of contracts may contribute to

the ongoing business operations of a company under CCAA protection. As Sarra notes at p. 3 of her textbook:

Where a debtor corporation can restructure, preservation of ongoing value, such as the skilled workforce, supply arrangements, customer base and other goodwill, adds extra value over and above the aggregate value of individual hard assets.

[42] In my view, the “executory contracts” referred to in s. 8.6 of the Plan of Arrangement are those that provide such ongoing value. As K.P. McElcheran explains in *Commercial Insolvency in Canada* (Markham: Butterworths, 2006), once a debtor has filed for CCAA protection, those executory contracts to which it is a party cannot be repudiated without the authority of the court. At p.252 McElcheran observes:

At common law, the repudiation of a contract puts an end to the contract in the sense that neither the debtor nor the other party is required to perform, but the other party has a claim for damages against the repudiating party. The intended effect of these provisions of CCAA orders is to recognize that the non-consensual repudiation of any executory contract by the debtor company entitles the other party to the contract to an unsecured damage claim against the debtor company. [emphasis added]

If neither party to a contract has performed on its obligations at the time of the CCAA filing, then both parties will still have a duty to perform on the contract, and the non-debtor will not have a claim against the debtor party in the CCAA proceedings. The court can exercise its discretion to repudiate the contract, in which case the non-debtor party would have a claim as a creditor.

[43] Alternatively, the court can allow or order that those contracts necessary to the ongoing operation of the debtor’s business will continue (see Sarra, p. 178). Such contracts are generally those in which both parties have ongoing obligations, such as the examples listed in the Insolvency Institute of Canada’s Report. Those contracts that are not repudiated will continue beyond the Plan Implementation Date. In my view, these are the “executory contracts” referred to in s. 8.6 of the Plan of Arrangement.

[44] If, as in this case, the non-debtor party has already performed its obligations under the contract at the time of the CCAA filing, the contract will not add value to the ongoing operation of the party under CCAA protection. The contract need not be repudiated by the court, as the non-debtor party, having fully performed its obligations under the contract, will already have a claim against the party under CCAA protection. Such contracts are not executory for the purpose of s. 8.6 of the Plan.

[45] The definition of “Claim” in the Plan purports to include “any right of any person...whether or not such a right is executory in nature”. While on the surface this definition seems to conflict with s. 8.6, I agree with PKI’s submission that the sections can be reconciled by considering the objective of the Plan as a whole. The Plan preserves executory contracts that

allow the debtor's business operations to continue and provide ongoing value while it is under CCAA protection. At the same time, it allows the debtor to negotiate compromises with its creditors to terminate all of its outstanding debt obligations with the greatest possible degree of finality. The outstanding guarantee in this case did not contribute to the Defendant's ongoing business operations, but could have been dealt with as a claim (assuming one existed) under the Plan prior to the claims bar date.

[46] I find that the term "executory contract" in s. 8.6 of the Plan of Arrangement refers to a contract under which both parties have outstanding performance obligations. In this case, the Plaintiff had no outstanding obligations and accordingly, I find that the guarantee in question was not an executory contract within the meaning of s. 8.6 of the Plan of Arrangement. I, of course, make no determination as to whether the guarantee or the obligation underpinning the guarantee had any legal force because I understand that is an issue ongoing between the parties.

No Service

[47] The Plaintiff was not served with the CCAA proceedings. Moreover, the Plaintiff says it did not receive notice that HHL intended to terminate the Success Fee Agreement and the Net Profits Interest Agreement and thus it received no notice that it should make a claim as a result of the termination of those agreements. As I have said before, I believe the issue is whether the agreements give rise to a claim of the creditor in question.

[48] The Order of July 11, 1999 establishing a claims bar procedure required two things; it required service upon all known creditors or potential creditors of HHL of a notice in prescribed form. No such notice was given to the Plaintiff. It also required publication of notice in the Calgary Herald, the Edmonton Journal and the Globe and Mail or National Post. This was done.

[49] I could assume that at the time of the CCAA proceedings HHL's position is the same as PKI's is now i.e. there is no claim on the part of the Plaintiff. But there is no explicit evidence before me that the Plaintiff was or was not a known creditor or a potential creditor. If it was, service was not effected. I am, therefore, similarly unable to conclude this issue that the Plaintiff is bound to fail given the evidence before me.

Conclusion

[50] The evidence before me is insufficient to conclude that the Plaintiff is bound to fail for the reasons I have given and accordingly PKI's claim for Summary Judgment is dismissed. Costs may be spoken to.

Heard on the 18th and 19th of September, 2008.

Dated at the City of Calgary, Alberta this 18th day of March, 2009.

A.D. Macleod
J.C.Q.B.A.

Appearances:

Christopher D. Simard, Alison Gray - Bennett Jones LLP
For the Plaintiff

Anthony J. Jordan, Q.C. - Gowling Lafleur Henderson LLP
For the Defendant

TAB 10

**Her Majesty The Queen in Right of
the Province of Newfoundland and
Labrador** *Appellant*

v.

**AbitibiBowater Inc., Abitibi-Consolidated
Inc., Bowater Canadian Holdings Inc.,
Ad Hoc Committee of Bondholders,
Ad Hoc Committee of Senior Secured
Noteholders and U.S. Bank National
Association (Indenture Trustee for the Senior
Secured Noteholders)** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada, Attorney
General of Ontario, Attorney General of
British Columbia, Attorney General of
Alberta, Her Majesty The Queen in Right
of British Columbia, Ernst & Young Inc.,
as Monitor, and Friends of the Earth
Canada** *Interveners*

**INDEXED AS: NEWFOUNDLAND AND LABRADOR v.
ABITIBIBOWATER INC.**

2012 SCC 67

File No.: 33797.

2011: November 16; 2012: December 7.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps,
Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and
Karakatsanis JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC**

*Bankruptcy and Insolvency — Provable claims —
Contingent claims — Corporation filing for insolvency
protection — Province issuing environmental protection
orders against corporation and seeking declaration
that orders not “claims” under Companies’ Creditors
Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36 (“CCAA”), and
not subject to claims procedure order — Whether envi-
ronmental protection orders are monetary claims that*

**Sa Majesté la Reine du chef de la
province de Terre-Neuve-et-
Labrador** *Appelante*

c.

**AbitibiBowater Inc., Abitibi-Consolidated
Inc., Bowater Canadian Holdings Inc.,
comité ad hoc des créanciers obligataires,
comité ad hoc des porteurs de billets garantis
de premier rang et U.S. Bank National
Association (fiduciaire désigné par l’acte
constitutif pour les porteurs de billets
garantis de premier rang)** *Intimés*

et

**Procureur général du Canada, procureur
général de l’Ontario, procureur général de la
Colombie-Britannique, procureur général de
l’Alberta, Sa Majesté la Reine du chef de la
Colombie-Britannique, Ernst & Young Inc.,
en sa qualité de contrôleur, et Les Ami(e)s de
la Terre Canada** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : TERRE-NEUVE-ET-LABRADOR c.
ABITIBIBOWATER INC.**

2012 CSC 67

N° du greffe : 33797.

2011 : 16 novembre; 2012 : 7 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

*Faillite et insolvabilité — Réclamations prouva-
bles — Réclamations éventuelles — Demande de pro-
tection contre l’insolvabilité par une société — Ordon-
nances environnementales émises par la province contre
la société et demande, par la province, d’un jugement
déclarant que les ordonnances ne constituent pas des
« réclamations » aux termes de la Loi sur les arrange-
ments avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985,*

can be compromised in corporate restructuring under CCAA — Whether CCAA is ultra vires or constitutionally inapplicable by permitting court to determine whether environmental order is a monetary claim.

A was involved in industrial activity in Newfoundland and Labrador (the “Province”). In a period of general financial distress, it ended its last operation there, filed for insolvency protection in the United States and obtained a stay of proceedings under the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“CCAA”). The Province subsequently issued five orders under the *Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, c. E-14.2, requiring A to submit remediation action plans for five industrial sites it had occupied, three of which had been expropriated by the Province, and to complete the remediation actions. The Province also brought a motion for a declaration that a claims procedure order issued under the CCAA in relation to A’s proposed reorganization did not bar the Province from enforcing the environmental protection orders. The Province argued that the environmental protection orders were not “claims” under the CCAA and therefore could not be stayed and subject to a claims procedure order. It further argued that Parliament lacked the constitutional competence under its power to make laws in relation to bankruptcy and insolvency to stay orders that were validly made in the exercise of a provincial power. A contested the motion, arguing that the orders were monetary in nature and hence fell within the definition of the word “claim” in the claims procedure order. The CCAA court dismissed the Province’s motion. The Court of Appeal denied the Province leave to appeal.

Held (McLachlin C.J. and LeBel J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.: Not all orders issued by regulatory bodies are monetary in nature and thus provable claims in an insolvency proceeding, but some may be, even if the amounts involved are not quantified

ch. C-36 (« LACC »), et qu’elles ne sont pas assujetties à l’ordonnance relative à la procédure de réclamations — Les ordonnances environnementales constituent-elles des réclamations pécuniaires pouvant faire l’objet d’une transaction dans le cadre d’une restructuration sous le régime de la LACC? — La LACC est-elle ultra vires ou constitutionnellement inapplicable en permettant au tribunal de déterminer si une ordonnance environnementale constitue une réclamation pécuniaire?

A a poursuivi des activités industrielles à Terre-Neuve-et-Labrador (la « province »). Dans une période de grandes difficultés financières, elle a mis un terme à ses activités dans la province, elle a présenté une demande de protection contre l’insolvabilité aux États-Unis et elle a obtenu une suspension des procédures en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« LACC »). La province a par la suite prononcé cinq ordonnances environnementales en vertu de l’*Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, ch. E-14.2, contraignant A à présenter des plans de restauration pour cinq sites industriels qu’elle avait occupés, dont trois avaient été expropriés par la province, et à réaliser les plans de restauration approuvés. La province a également demandé par requête un jugement déclarant qu’une ordonnance relative à la procédure de réclamations rendue aux termes de la LACC dans le cadre de la réorganisation proposée de A n’empêchait pas la province d’exécuter les ordonnances environnementales. La province a plaidé que les ordonnances environnementales ne constituent pas des « réclamations » au sens de la LACC et que leur exécution ne peut donc être suspendue ni être assujettie à une ordonnance relative à la procédure de réclamations. Elle a de plus fait valoir que le pouvoir du Parlement de légiférer en matière de faillite et d’insolvabilité ne lui confère pas la compétence constitutionnelle pour suspendre l’application des ordonnances prononcées dans l’exercice valide de pouvoirs provinciaux. A a contesté la requête et a soutenu que les ordonnances étaient de nature pécuniaire et qu’elles étaient donc visées par la définition du terme « réclamation » utilisé dans l’ordonnance relative à la procédure de réclamations. Le juge chargé d’appliquer la LACC a rejeté la requête de la province et la Cour d’appel a rejeté la demande d’autorisation d’appel de la province.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et le juge LeBel sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis : Les ordonnances des organismes administratifs ne sont pas toutes de nature pécuniaire, et donc des réclamations prouvables dans le cadre de procédures d’insolvabilité, mais

at the outset of the proceedings. In the environmental context, the *CCAA* court must determine whether there are sufficient facts indicating the existence of an environmental duty that will ripen into a financial liability owed to the regulatory body that issued the order. In such a case, the relevant question is not simply whether the body has formally exercised its power to claim a debt. A *CCAA* court does not assess claims or orders on the basis of form alone. If the order is not framed in monetary terms, the *CCAA* court must determine, in light of the factual matrix and the applicable statutory framework, whether it is a claim that will be subject to the claims process.

There are three requirements orders must meet in order to be considered claims that may be subject to the insolvency process in a case such as the one at bar. First, there must be a debt, a liability or an obligation to a creditor. In this case, the first criterion was met because the Province had identified itself as a creditor by resorting to environmental protection enforcement mechanisms. Second, the debt, liability or obligation must be incurred as of a specific time. This requirement was also met since the environmental damage had occurred before the time of the *CCAA* proceedings. Third, it must be possible to attach a monetary value to the debt, liability or obligation. The present case turns on this third requirement, and the question is whether orders that are not expressed in monetary terms can be translated into such terms.

A claim may be asserted in insolvency proceedings even if it is contingent on an event that has not yet occurred. The criterion used by courts to determine whether a contingent claim will be included in the insolvency process is whether the event that has not yet occurred is too remote or speculative. In the context of an environmental protection order, this means that there must be sufficient indications that the regulatory body that triggered the enforcement mechanism will ultimately perform remediation work and assert a monetary claim. If there is sufficient certainty in this regard, the court will conclude that the order can be subject to the insolvency process.

certaines peuvent l'être en dépit du fait qu'elles ne sont pas quantifiées dès le début des procédures. En matière environnementale, le tribunal chargé de l'application de la *LACC* doit déterminer s'il y a suffisamment de faits indiquant qu'il existe une obligation environnementale de laquelle résultera une dette envers l'organisme administratif qui a prononcé l'ordonnance. En pareil cas, la question pertinente ne se résume pas à déterminer si l'organisme a formellement exercé son pouvoir de réclamer une dette. Le tribunal qui évalue une réclamation ou une ordonnance ne se limite pas à un examen de sa forme. Si l'ordonnance n'est pas formulée en termes pécuniaires, le tribunal doit déterminer, en fonction des faits en cause et du cadre législatif applicable, si elle constitue une réclamation qui sera assujettie au processus de réclamation.

Pour qu'elles constituent des réclamations pouvant être assujetties au processus applicable en matière d'insolvabilité dans une affaire telle celle en l'espèce, les ordonnances doivent satisfaire à trois conditions. Premièrement, il doit s'agir d'une dette, d'un engagement ou d'une obligation envers un créancier. En l'espèce, il a été satisfait à la première condition puisque la province s'est présentée comme créancière en ayant recours aux mécanismes d'application en matière de protection de l'environnement. Deuxièmement, la dette, l'engagement ou l'obligation doit avoir pris naissance à un moment précis. Il a également été satisfait à cette condition puisque les dommages environnementaux sont survenus avant que les procédures en vertu de la *LACC* ne soient entamées. Troisièmement, il doit être possible d'attribuer une valeur pécuniaire à cette dette, cet engagement ou cette obligation. La présente affaire est centrée sur cette troisième condition, et la question est de savoir si des ordonnances qui ne sont pas formulées en termes pécuniaires peuvent être formulées en de tels termes.

Il est possible de faire valoir une réclamation dans le cadre de procédures d'insolvabilité même si elle dépend d'un événement non encore survenu. Le critère retenu par les tribunaux pour décider si une réclamation éventuelle sera incluse dans le processus d'insolvabilité est celui qui consiste à déterminer si l'événement non encore survenu est trop éloigné ou conjectural. Dans le contexte d'une ordonnance environnementale, cela signifie qu'il doit y avoir des indications suffisantes permettant de conclure que l'organisme administratif qui a eu recours aux mécanismes d'application de la loi effectuera en fin de compte des travaux de décontamination et présentera une réclamation pécuniaire. Si cela est suffisamment certain, le tribunal conclura que l'ordonnance peut être assujettie au processus d'insolvabilité.

Certain indicators can guide the CCAA court in this assessment, including whether the activities are ongoing, whether the debtor is in control of the property, and whether the debtor has the means to comply with the order. The court may also consider the effect that requiring the debtor to comply with the order would have on the insolvency process. The analysis is grounded in the facts of each case. In this case, the CCAA court's assessment of the facts, particularly its finding that the orders were the first step towards performance of the remediation work by the Province, leads to no conclusion other than that it was sufficiently certain that the Province would perform remediation work and therefore fall within the definition of a creditor with a monetary claim.

Subjecting such orders to the claims process does not extinguish the debtor's environmental obligations any more than subjecting any creditor's claim to that process extinguishes the debtor's obligation to pay a debt. It merely ensures that the Province's claim will be paid in accordance with insolvency legislation. Full compliance with orders that are found to be monetary in nature would shift the costs of remediation to third party creditors and replace the polluter-pay principle with a "third-party-pay" principle. Moreover, to subject environmental protection orders to the claims process is not to invite corporations to restructure in order to rid themselves of their environmental liabilities. Reorganization made necessary by insolvency is hardly ever a deliberate choice, and when the risks corporations engage in materialize, the dire costs are borne by almost all stakeholders.

Because the provisions on the assessment of claims in insolvency matters relate directly to Parliament's jurisdiction, the ancillary powers doctrine is not relevant to this case. The interjurisdictional immunity doctrine is also inapplicable, because a finding that a claim of an environmental creditor is monetary in nature does not interfere in any way with the creditor's activities; its claim is simply subject to the insolvency process.

Per McLachlin C.J. (dissenting): Remediation orders made under a province's environmental protection

Certains indicateurs permettent de guider le tribunal dans cette analyse, notamment si les activités se poursuivent, si le débiteur exerce un contrôle sur le bien et s'il dispose des moyens de se conformer à l'ordonnance. Il est également possible pour le tribunal de prendre en compte les conséquences qu'entraînerait sur le processus d'insolvabilité le fait d'exiger du débiteur qu'il se conforme à l'ordonnance. L'analyse est fondée sur les faits propres à chaque cas. En l'espèce, l'appréciation des faits par le tribunal, plus particulièrement sa constatation que les ordonnances constituaient la première étape en vue de la décontamination des sites par la province, ne permet de tirer aucune conclusion autre que celle suivant laquelle il était suffisamment certain que la province exécuterait des travaux de décontamination et qu'elle était par conséquent visée par la définition d'un créancier ayant une réclamation pécuniaire.

Le fait d'assujettir ces ordonnances au processus de réclamations n'éteint pas les obligations environnementales qui incombent au débiteur, pas plus que le fait de soumettre à ce processus les réclamations des créanciers n'éteint l'obligation du débiteur de payer ses dettes. Le fait d'assujettir une ordonnance au processus de réclamation vise simplement à faire en sorte que le paiement au créancier sera fait conformément aux dispositions législatives applicables en matière d'insolvabilité. Le respect intégral des ordonnances dont la nature pécuniaire est reconnue transférerait le coût de la décontamination aux tiers créanciers et substituerait au principe du pollueur-payeur celui du « tiers-payeur ». En outre, l'assujettissement des ordonnances environnementales à la procédure de réclamations n'équivaut pas à convier les sociétés à se réorganiser dans le but d'échapper à leurs obligations environnementales. Une réorganisation rendue nécessaire par l'insolvabilité de la société peut difficilement être assimilée à un choix délibéré, et lorsque les risques auxquels s'exposent les sociétés se concrétisent, la quasi-totalité des personnes ayant des intérêts dans la société en supportent les terribles coûts.

L'application de la doctrine des pouvoirs accessoires n'est pas pertinente en l'espèce car les dispositions régissant l'évaluation des réclamations en matière d'insolvabilité sont directement reliées à la compétence du législateur fédéral. La doctrine de la protection des compétences exclusives ne s'applique pas non plus parce qu'une conclusion selon laquelle un créancier œuvrant dans le domaine de l'environnement détient une réclamation pécuniaire ne modifie en rien les activités de ce créancier; sa réclamation est simplement assujettie au processus d'insolvabilité.

La juge en chef McLachlin (dissidente) : Les ordonnances exigeant la décontamination émises aux termes

legislation impose ongoing regulatory obligations on the corporation required to clean up the pollution. They may only be reduced to monetary claims which can be compromised under *CCAA* proceedings in narrow circumstances where a province has done the remediation work, or where it is “sufficiently certain” that it will do the work. This last situation is regulated by the provisions of the *CCAA* for contingent or future claims. The test is whether there is a likelihood approaching certainty that the province will do the work. “Likelihood approaching certainty” recognizes that the government’s decision is discretionary and may be influenced by competing political and social considerations, which are not normally subject to judicial consideration. Insofar as this determination touches on the division of powers, I am in substantial agreement with Deschamps J.

Apart from the orders related to the work done or tendered for on the Buchans property, the orders for remediation in this case are not claims that can be compromised. The *CCAA* maintains the fundamental distinction between regulatory obligations under the general law aimed at the protection of the public and monetary claims that can be compromised in *CCAA* restructuring or bankruptcy. The *CCAA* judge never asked himself the critical question of whether it was “sufficiently certain” that the Province would do the work itself. His failure to consider that question requires this Court to answer it in his stead. There is nothing on the record to support the view that the Province will move to remediate the properties. It has not been shown that the contamination poses immediate health risks which must be addressed without delay. It has not been shown that the Province has taken any steps to do any work. And it has not been shown that the Province has set aside or even contemplated setting aside money for this work. The Province retained a number of options, including leaving the sites contaminated, or calling on Abitibi to remediate following its emergence from restructuring. There is nothing in the record that makes it more probable, much less establishes “sufficient certainty”, that the Province will opt to do the work itself.

d’une loi provinciale sur la protection de l’environnement imposent des exigences réglementaires continues à la personne morale requise de remédier à la pollution. Ces ordonnances ne peuvent être converties en réclamations pécuniaires pouvant faire l’objet de transactions dans le cadre de procédures engagées aux termes de la *LACC* que dans certaines circonstances particulières, lorsqu’une province a exécuté les travaux ou lorsqu’il est « suffisamment certain » qu’elle exécutera les travaux. Cette deuxième situation est prévue par les dispositions de la *LACC* relatives aux réclamations éventuelles ou futures. Le critère consiste à déterminer s’il existe une probabilité proche de la certitude que la province exécutera les travaux. Une « probabilité proche de la certitude » reconnaît que la décision du gouvernement est discrétionnaire et peut être influencée par des considérations politiques et sociales concurrentes qui sont normalement soustraites à l’examen judiciaire. Dans la mesure où cette décision touche le partage des pouvoirs, je souscris pour l’essentiel à l’opinion exprimée par la juge Deschamps.

À l’exception des ordonnances relatives aux travaux sur le site de Buchans déjà exécutés ou à l’égard desquels des appels d’offres ont été lancés, les ordonnances exigeant la décontamination en l’espèce ne constituent pas des réclamations pouvant faire l’objet de transactions dans le cadre d’une restructuration. La *LACC* établit une distinction fondamentale entre les exigences réglementaires découlant d’une loi d’application générale visant la protection du public, d’une part, et les réclamations pécuniaires pouvant faire l’objet d’une transaction dans le cadre d’une restructuration engagée sous le régime de la *LACC* ou en matière de faillite, d’autre part. Le juge de première instance ne s’est jamais posé la question cruciale de savoir s’il était « suffisamment certain » que la province exécuterait elle-même les travaux. Le fait qu’il n’ait pas examiné cette question oblige notre Cour à y répondre à sa place. Aucune preuve au dossier ne laisse croire que la province entreprendra la décontamination des sites. Il n’a pas été démontré que la contamination pose pour la santé des risques immédiats exigeant la prise de mesures dans les plus brefs délais. Il n’a pas été démontré que la province a pris quelque mesure que ce soit pour réaliser des travaux. Et il n’a pas été démontré que la province a prévu des sommes d’argent pour ces travaux ou qu’elle a même songé à en prévoir. La province a conservé un certain nombre de choix, notamment laisser les sites contaminés, ou demander à Abitibi d’exécuter les travaux lorsqu’elle aura complété sa restructuration. Rien au dossier n’indique qu’il est plus probable, et encore moins qu’il est « suffisamment certain », que la province choisira d’exécuter elle-même la décontamination.

Per LeBel J. (dissenting): The test proposed by the Chief Justice according to which the evidence must show that there is a “likelihood approaching certainty” that the Province would remediate the contamination itself is not the established test for determining where and how a contingent claim can be liquidated in bankruptcy and insolvency law. The test of “sufficient certainty” described by Deschamps J. best reflects how both the common law and the civil law view and deal with contingent claims. Applying that test, the appeal should be allowed on the basis that there is no evidence that the Province intends to perform the remedial work itself.

Cases Cited

By Deschamps J.

Distinguished: *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. v. Northern Badger Oil & Gas Ltd.* (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 45; **referred to:** *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Canada v. McLarty*, 2008 SCC 26, [2008] 2 S.C.R. 79; *Confederation Treasury Services Ltd. (Bankrupt), Re* (1997), 96 O.A.C. 75; *Imperial Oil Ltd. v. Quebec (Minister of the Environment)*, 2003 SCC 58, [2003] 2 S.C.R. 624.

By McLachlin C.J. (dissenting)

Panamericana de Bienes y Servicios S.A. v. Northern Badger Oil & Gas Ltd. (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 45; *Lamford Forest Products Ltd. (Re)* (1991), 86 D.L.R. (4th) 534; *Shirley (Re)* (1995), 129 D.L.R. (4th) 105; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Air Canada, Re [Regulators’ motions]* (2003), 28 C.B.R. (5th) 52; *General Chemical Canada Ltd., Re*, 2007 ONCA 600, 228 O.A.C. 385; *Strathcona (County) v. PriceWaterhouseCoopers Inc.*, 2005 ABQB 559, 47 Alta. L.R. (4th) 138; *Confederation Treasury Services Ltd. (Bankrupt), Re* (1997), 96 O.A.C. 75; *Anvil Range Mining Corp., Re* (2001), 25 C.B.R. (4th) 1; *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

Statutes and Regulations Cited

Abitibi-Consolidated Rights and Assets Act, S.N.L. 2008, c. A-1.01.
Act to amend the Bankruptcy Act and to amend the Income Tax Act in consequence thereof, S.C. 1992, c. 27, s. 9.
Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act, the Companies’ Creditors Arrangement Act and the Income Tax Act, S.C. 1997, c. 12.

Le juge LeBel (dissident) : Le critère que propose le Juge en chef, selon lequel la preuve doit démontrer une « probabilité proche de la certitude » que la province se chargerait de la décontamination, ne constitue pas le critère établi pour déterminer si, et de quelle façon, une réclamation éventuelle peut être liquidée en droit de la faillite et de l’insolvabilité. Le critère de ce qui est « suffisamment certain » qu’énonce le juge Deschamps reflète mieux la façon dont la common law et le droit civil envisagent et traitent les réclamations éventuelles. En appliquant ce critère, il y aurait lieu d’accueillir le pourvoi puisqu’aucune preuve ne confirme l’intention de la province d’exécuter elle-même les travaux de décontamination.

Jurisprudence

Citée par le juge Deschamps

Distinction d’avec l’arrêt : *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. c. Northern Badger Oil & Gas Ltd.* (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 45; **arrêts mentionnés :** *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Canada c. McLarty*, 2008 CSC 26, [2008] 2 R.C.S. 79; *Confederation Treasury Services Ltd. (Bankrupt), Re* (1997), 96 O.A.C. 75; *Cie pétrolière Impériale ltée c. Québec (Ministre de l’Environnement)*, 2003 CSC 58, [2003] 2 R.C.S. 624.

Citée par le juge en chef McLachlin (dissidente)

Panamericana de Bienes y Servicios S.A. c. Northern Badger Oil & Gas Ltd. (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 45; *Lamford Forest Products Ltd. (Re)* (1991), 86 D.L.R. (4th) 534; *Shirley (Re)* (1995), 129 D.L.R. (4th) 105; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Air Canada, Re [Regulators’ motions]* (2003), 28 C.B.R. (5th) 52; *General Chemical Canada Ltd., Re*, 2007 ONCA 600, 228 O.A.C. 385; *Strathcona (County) c. PriceWaterhouseCoopers Inc.*, 2005 ABQB 559, 47 Alta. L.R. (4th) 138; *Confederation Treasury Services Ltd. (Bankrupt), Re* (1997), 96 O.A.C. 75; *Anvil Range Mining Corp., Re* (2001), 25 C.B.R. (4th) 1; *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

Lois et règlements cités

Abitibi-Consolidated Rights and Assets Act, S.N.L. 2008, ch. A-1.01.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1497, 1508, 1513.
Environmental Protection Act, S.N.L. 2002, ch. E-14.2, art. 99, 102(3).
Loi modifiant la Loi sur la faillite et l’insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des

Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act, the Companies' Creditors Arrangement Act, the Wage Earner Protection Program Act and chapter 47 of the Statutes of Canada, 2005, S.C. 2007, c. 36, s. 65.

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 2 "claim provable in bankruptcy", "creditor", 14.06(8), 121(1), (2), 135(1.1).

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1497, 1508, 1513.

Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 2(1) "claim", 11, 11.1, 11.8(5), (7), (8), (9), 12(1), (2).

Environmental Protection Act, S.N.L. 2002, c. E-14.2, ss. 99, 102(3).

Treaties and Other International Instruments

North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, Can. T.S. 1994 No. 2.

Authors Cited

Baird, Douglas G., and Thomas H. Jackson. "Comment: Kovacs and Toxic Wastes in Bankruptcy" (1984), 36 *Stan. L. Rev.* 1199.

Canada. House of Commons. *Evidence of the Standing Committee on Industry*, No. 16, 2nd Sess., 35th Parl., June 11, 1996.

Hohfeld, Wesley Newcomb. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, new ed. by David Campbell and Philip Thomas, eds. Burlington, Vt.: Ashgate, 2001.

MacCormick, D. N. "Rights in Legislation", in P. M. S. Hacker and J. Raz, eds., *Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*. Oxford: Clarendon Press, 1977, 189.

Saxe, Dianne. "Trustees' and Receivers' Environmental Liability Update" (1998), 49 C.B.R. (3d) 138.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Chamberland J.A.), 2010 QCCA 965, 68 C.B.R. (5th) 57, 52 C.E.L.R. (3d) 1, [2010] Q.J. No. 4579 (QL), 2010 CarswellQue 4782, dismissing the appellant's motion for leave to appeal a decision of Gascon J., 2010 QCCS 1261, 68 C.B.R. (5th) 1, 52 C.E.L.R. (3d) 17, [2010] Q.J. No. 4006 (QL), 2010 CarswellQue 2812. Appeal dismissed, McLachlin C.J. and LeBel J. dissenting.

David R. Wingfield, Paul D. Guy and Philip Osborne, for the appellant.

compagnies et la Loi de l'impôt sur le revenu, L.C. 1997, ch. 12.

Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, la Loi sur le Programme de protection des salariés et le chapitre 47 des Lois du Canada (2005), L.C. 2007, ch. 36, art. 65.

Loi modifiant la Loi sur la faillite et la Loi de l'impôt sur le revenu en conséquence, L.C. 1992, ch. 27, art. 9.

Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 2 « créancier », « réclamation prouvable en matière de faillite », 14.06(8), 121(1), (2), 135(1.1).

Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 2(1) « réclamation », 11, 11.1, 11.8(5), (7), (8), (9), 12(1), (2).

Traités et autres instruments internationaux

Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique, R.T. Can. 1994 n° 2.

Doctrine et autres documents cités

Baird, Douglas G., and Thomas H. Jackson. « Comment : Kovacs and Toxic Wastes in Bankruptcy » (1984), 36 *Stan. L. Rev.* 1199.

Canada. Chambre des communes. *Témoignages du Comité permanent de l'industrie*, n° 16, 2^e sess., 35^e lég., 11 juin 1996.

Hohfeld, Wesley Newcomb. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, new ed. by David Campbell and Philip Thomas, eds. Burlington, Vt. : Ashgate, 2001.

MacCormick, D. N. « Rights in Legislation », in P. M. S. Hacker and J. Raz, eds., *Law, Morality, and Society : Essays in Honour of H. L. A. Hart*. Oxford : Clarendon Press, 1977, 189.

Saxe, Dianne. « Trustees' and Receivers' Environmental Liability Update » (1998), 49 C.B.R. (3d) 138.

POURVOI contre une décision de la Cour d'appel du Québec (le juge Chamberland), 2010 QCCA 965, 68 C.B.R. (5th) 57, 52 C.E.L.R. (3d) 1, [2010] Q.J. No. 4579 (QL), 2010 CarswellQue 4782, qui a rejeté la requête de l'appelante pour permission d'en appeler d'un jugement du juge Gascon, 2010 QCCS 1261, 68 C.B.R. (5th) 1, 52 C.E.L.R. (3d) 17, [2010] Q.J. No. 4006 (QL), 2010 CarswellQue 2812. Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et le juge LeBel sont dissidents.

David R. Wingfield, Paul D. Guy et Philip Osborne, pour l'appelante.

Sean F. Dunphy, Nicholas McHaffie, Joseph Reynaud and Marc B. Barbeau, for the respondents.

Christopher Rupar and Marianne Zoric, for the intervener the Attorney General of Canada.

Josh Hunter, Robin K. Basu, Leonard Marsello and Mario Faieta, for the intervener the Attorney General of Ontario.

R. Richard M. Butler, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Roderick Wiltshire, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Elizabeth J. Rowbotham, for the intervener Her Majesty The Queen in Right of British Columbia.

Robert I. Thornton, John T. Porter and Rachelle F. Moncur, for the intervener Ernst & Young Inc., as Monitor.

William A. Amos, Anastasia M. Lintner, Hugh S. Wilkins and R. Graham Phoenix, for the intervener the Friends of the Earth Canada.

The judgment of Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ. was delivered by

[1] DESCHAMPS J. — The question in this appeal is whether orders issued by a regulatory body with respect to environmental remediation work can be treated as monetary claims under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“CCAA”).

[2] Regulatory bodies may become involved in reorganization proceedings when they order the debtor to comply with statutory rules. As a matter of principle, reorganization does not amount to a licence to disregard rules. Yet there are circumstances in which valid and enforceable orders will be subject to an arrangement under the CCAA. One such circumstance is where a regulatory body

Sean F. Dunphy, Nicholas McHaffie, Joseph Reynaud et Marc B. Barbeau, pour les intimés.

Christopher Rupar et Marianne Zoric, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Josh Hunter, Robin K. Basu, Leonard Marsello et Mario Faieta, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

R. Richard M. Butler, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Roderick Wiltshire, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Elizabeth J. Rowbotham, pour l'intervenante Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique.

Robert I. Thornton, John T. Porter et Rachelle F. Moncur, pour l'intervenante Ernst & Young Inc., en sa qualité de contrôleur.

William A. Amos, Anastasia M. Lintner, Hugh S. Wilkins et R. Graham Phoenix, pour l'intervenant Les Ami(e)s de la Terre Canada.

Version française du jugement des juges Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis rendu par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — La question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si des ordonnances d'un organisme administratif relatives à des travaux de décontamination peuvent être traitées comme des réclamations pécuniaires aux termes de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« LACC »).

[2] Un organisme administratif peut être appelé à intervenir dans le cadre de procédures de réorganisation lorsqu'il prononce une ordonnance intimant au débiteur de se conformer à une règle prescrite par la loi. En principe, une réorganisation ne permet pas à une personne d'ignorer ses obligations légales. Par ailleurs, en certaines circonstances, une ordonnance valable et exécutoire sera assujettie

makes an environmental order that explicitly asserts a monetary claim.

[3] In other circumstances, it is less clear whether an order can be treated as a monetary claim. The appellant and a number of interveners posit that an order issued by an environmental body is not a claim under the *CCAA* if the order does not require the debtor to make a payment. I agree that not all orders issued by regulatory bodies are monetary in nature and thus provable claims in an insolvency proceeding, but some may be, even if the amounts involved are not quantified at the outset of the proceeding. In the environmental context, the *CCAA* court must determine whether there are sufficient facts indicating the existence of an environmental duty that will ripen into a financial liability owed to the regulatory body that issued the order. In such a case, the relevant question is not simply whether the body has formally exercised its power to claim a debt. A *CCAA* court does not assess claims — or orders — on the basis of form alone. If the order is not framed in monetary terms, the court must determine, in light of the factual matrix and the applicable statutory framework, whether it is a claim that will be subject to the claims process.

[4] The case at bar concerns contamination that occurred, prior to the *CCAA* proceedings, on property that is largely no longer under the debtor's possession and control. The *CCAA* court found on the facts of this case that the orders issued by Her Majesty the Queen in right of the Province of Newfoundland and Labrador (“Province”) were simply a first step towards remediating the contaminated property and asserting a claim for the resulting costs. In the words of the *CCAA* court, “the intended, practical and realistic effect of the EPA Orders was to establish a basis for the Province to

à un arrangement conclu en vertu de la *LACC*. C’est le cas notamment lorsqu’un organisme administratif prononce une ordonnance environnementale qui est explicitement formulée en termes pécuniaires.

[3] En d’autres circonstances, il est plus difficile de savoir si une ordonnance peut être traitée comme une réclamation pécuniaire. L’appelante et certains des intervenants affirment qu’une ordonnance émise par un organisme de protection de l’environnement ne constitue pas une réclamation au sens de la *LACC* si elle n’exige pas du débiteur qu’il lui paye un montant d’argent. Je conviens que les ordonnances des organismes administratifs ne constituent pas toutes des réclamations pécuniaires, et donc des réclamations prouvables dans le cadre de procédures d’insolvabilité, mais certaines peuvent l’être en dépit du fait qu’elles ne sont pas quantifiées dès le début des procédures. En matière environnementale, le tribunal chargé de l’application de la *LACC* doit déterminer s’il y a suffisamment de faits indiquant qu’il existe une obligation environnementale de laquelle résultera une dette envers l’organisme administratif qui a prononcé l’ordonnance. En pareil cas, la question pertinente ne se résume pas à déterminer si l’organisme a formellement exercé son pouvoir de réclamer une dette. Lorsque le tribunal évalue une réclamation (ou une ordonnance) il ne se limite pas à un examen de sa forme. Si l’ordonnance n’est pas formulée en termes pécuniaires, le tribunal doit déterminer, en fonction des faits en cause et du cadre législatif applicable, si elle constitue une réclamation qui sera assujettie au processus de réclamation.

[4] Le présent pourvoi a trait à des dommages environnementaux survenus avant que les procédures sous le régime de la *LACC* ne soient engagées, des dommages causés à des terrains qui, en majeure partie, ne sont plus en la possession du débiteur ni sous son contrôle. Le tribunal de première instance a conclu, selon les faits en l’espèce, que les ordonnances émises par Sa Majesté la Reine du chef de la province de Terre-Neuve-et-Labrador (« province ») ne constituaient que la première étape en vue de restaurer les sites contaminés et de réclamer les coûts engagés. Comme l’a exprimé le juge de

recover amounts of money to be eventually used for the remediation of the properties in question” (2010 QCCS 1261, 68 C.B.R. (5th) 1, at para. 211). As a result, the CCAA court found that the orders were clearly monetary in nature. I see no error of law and no reason to interfere with this finding of fact. I would dismiss the appeal with costs.

I. Facts and Procedural History

[5] For over 100 years, AbitibiBowater Inc. and its affiliated or predecessor companies (together, “Abitibi”) were involved in industrial activity in Newfoundland and Labrador. In 2008, Abitibi announced the closure of a mill that was its last operation in that province.

[6] Within two weeks of the announcement, the Province passed the *Abitibi-Consolidated Rights and Assets Act*, S.N.L. 2008, c. A-1.01 (“*Abitibi Act*”), which immediately transferred most of Abitibi’s property in Newfoundland and Labrador to the Province and denied Abitibi any legal remedy for this expropriation.

[7] The closure of its mill in Newfoundland and Labrador was one of many decisions Abitibi made in a period of general financial distress affecting its activities both in the United States and in Canada. It filed for insolvency protection in the United States on April 16, 2009. It also sought a stay of proceedings under the CCAA in the Superior Court of Quebec, as its Canadian head office was located in Montréal. The CCAA stay was ordered on April 17, 2009.

[8] In the same month, Abitibi also filed a notice of intent to submit a claim to arbitration under NAFTA (the *North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*,

première instance, [TRADUCTION] « les ordonnances avaient pour effet attendu, pratique et réaliste d’établir le fondement d’une réclamation permettant à la province de récupérer des sommes d’argent qui seraient utilisées pour procéder aux travaux de décontamination » (2010 QCCS 1261, 68 C.B.R. (5th) 1, par. 211). Par conséquent, pour le tribunal, les ordonnances étaient clairement de nature pécuniaire. Je ne vois aucune erreur de droit ni aucune raison de modifier ces conclusions de fait. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

I. Faits et historique judiciaire

[5] Pendant plus d’une centaine d’années, AbitibiBowater Inc., et ses auteurs ou sociétés filiales (ensemble, « Abitibi ») ont poursuivi des activités industrielles à Terre-Neuve-et-Labrador. En 2008, Abitibi a annoncé la fermeture de la dernière des scieries qu’elle exploitait dans cette province.

[6] Dans les deux semaines qui ont suivi cette annonce, la province a adopté l’*Abitibi-Consolidated Rights and Assets Act*, S.N.L. 2008, ch. A-1.01 (« *Abitibi Act* »), qui transférait immédiatement à la province la plus grande partie des biens d’Abitibi situés à Terre-Neuve-et-Labrador et privait la société de tous recours judiciaires en relation avec cette expropriation.

[7] La fermeture de sa scierie à Terre-Neuve-et-Labrador est l’une des nombreuses décisions prises par Abitibi dans une période où de grandes difficultés financières touchaient ses activités au Canada et aux États-Unis. Le 16 avril 2009, elle a présenté une demande de protection contre l’insolvabilité aux États-Unis. Elle a également demandé à la Cour supérieure du Québec, à Montréal, où elle a son siège social au Canada, une suspension des procédures en vertu de la LACC. La suspension a été ordonnée le 17 avril 2009.

[8] Au cours du même mois, Abitibi a aussi déposé un avis d’intention de soumettre une plainte à l’arbitrage en vertu de l’ALENA (*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d’Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*,

Can. T.S. 1994 No. 2) for losses resulting from the *Abitibi Act*, which, according to Abitibi, exceeded \$300 million.

[9] On November 12, 2009, the Province’s Minister of Environment and Conservation (“Minister”) issued five orders (the “*EPA Orders*”) under s. 99 of the *Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, c. E-14.2 (“*EPA*”). The *EPA Orders* required Abitibi to submit remediation action plans to the Minister for five industrial sites, three of which had been expropriated, and to complete the approved remediation actions. The *CCAA* judge estimated the cost of implementing these plans to be from “the mid-to-high eight figures” to “several times higher” (para. 81).

[10] On the day it issued the *EPA Orders*, the Province brought a motion for a declaration that a claims procedure order issued under the *CCAA* in relation to Abitibi’s proposed reorganization did not bar the Province from enforcing the *EPA Orders*. The Province argued — and still argues — that non-monetary statutory obligations are not “claims” under the *CCAA* and hence cannot be stayed and be subject to a claims procedure order. It further submits that Parliament lacks the constitutional competence under its power to make laws in relation to bankruptcy and insolvency to stay orders that are validly made in the exercise of a provincial power.

[11] Abitibi contested the motion and sought a declaration that the *EPA Orders* were stayed and that they were subject to the claims procedure order. It argued that the *EPA Orders* were monetary in nature and hence fell within the definition of the word “claim” in the claims procedure order.

R.T. Can. 1994 n° 2) relativement à des pertes découlant de l’application de l’*Abitibi Act*, lesquelles totalisaient, selon Abitibi, une somme supérieure à 300 millions de dollars.

[9] Le 12 novembre 2009, le ministre provincial de l’Environnement et de la Conservation (« ministre ») a prononcé, en vertu de l’art. 99 de l’*Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, ch. E-14.2 (« *EPA* »), cinq ordonnances (les « ordonnances *EPA* ») contraignant Abitibi à présenter au ministre des plans de restauration pour cinq sites industriels, dont trois avaient été expropriés, et à réaliser les plans de restauration approuvés. Le juge chargé de l’instance instituée sous le régime de la *LACC* a évalué les coûts de la mise en œuvre de ces plans à une somme se situant [TRADUCTION] « entre cinquante et cent millions de dollars », ou « plusieurs fois plus élevée » (par. 81).

[10] Le jour même où elle émettait les ordonnances *EPA*, la province a demandé par requête un jugement déclarant qu’une ordonnance relative à la procédure de réclamations rendue aux termes de la *LACC* dans le cadre de la réorganisation proposée d’Abitibi n’empêchait pas la province d’exécuter les ordonnances *EPA*. La province a soutenu — et soutient toujours — que des obligations légales de nature non pécuniaire ne constituent pas des « réclamations » au sens de la *LACC* et que leur exécution ne peut donc être suspendue ni être assujettie à une ordonnance relative à la procédure de réclamations. Elle fait de plus valoir que le pouvoir du Parlement de légiférer en matière de faillite et d’insolvabilité ne lui confère pas la compétence constitutionnelle pour suspendre l’application des ordonnances prononcées dans l’exercice valide de pouvoirs provinciaux.

[11] Abitibi a contesté la requête et a demandé un jugement déclarant que les ordonnances *EPA* avaient été suspendues et qu’elles étaient assujetties à l’ordonnance relative à la procédure de réclamations. Abitibi a soutenu que les ordonnances *EPA* étaient de nature pécuniaire et qu’elles étaient donc visées par la définition du terme « réclamation » utilisé dans l’ordonnance relative à la procédure de réclamations.

[12] Gascon J. of the Quebec Superior Court, sitting as a CCAA court, dismissed the Province's motion. He found that he had the authority to characterize the orders as "claims" if the underlying regulatory obligations "remain[ed], in a particular fact pattern, truly financial and monetary in nature" (para. 148). He declared that the EPA Orders were stayed by the initial stay order and were not subject to the exception found in that order. He also declared that the filing by the Province of any claim based on the EPA Orders was subject to the claims procedure order, and reserved to the Province the right to request an extension of time to assert a claim under the claims procedure order and to Abitibi the right to contest such a request.

[13] In the Court of Appeal, Chamberland J.A. denied the Province leave to appeal (2010 QCCA 965, 68 C.B.R. (5th) 57). In his view, the appeal had no reasonable chance of success, because Gascon J. had found as a fact that the EPA Orders were financial or monetary in nature. Chamberland J.A. also found that no constitutional issue arose, given that the Superior Court judge had merely characterized the orders in the context of the restructuring process; the judgment did not "'immunise' Abitibi from compliance with the EPA Orders" (para. 33). Finally, he noted that Gascon J. had reserved the Province's right to request an extension of time to file a claim in the CCAA process.

II. Positions of the Parties

[14] The Province argues that the CCAA court erred in interpreting the relevant CCAA provisions in a way that nullified the EPA, and that the interpretation is inconsistent with both the ancillary powers doctrine and the doctrine of interjurisdictional immunity. The Province further submits

[12] Le juge Gascon de la Cour supérieure du Québec, siégeant aux termes de la LACC, a rejeté la requête de la province. Il a statué qu'il avait le pouvoir de qualifier les ordonnances de « réclamations » si les obligations légales sous-jacentes [TRADUCTION] « demeur[ai]ent, dans une situation factuelle particulière, de nature véritablement financière et pécuniaire » (par. 148). Il a déclaré que les ordonnances EPA avaient été suspendues en vertu de l'ordonnance de suspension initiale et qu'elles n'étaient pas visées par l'exception énoncée dans cette ordonnance. Il a également déclaré que la présentation, par la province, de toute réclamation fondée sur les ordonnances EPA était assujettie à l'ordonnance relative à la procédure de réclamations; il a réservé à la province le droit de demander par requête une prorogation du délai pour présenter une réclamation en vertu de la procédure de réclamations et a confirmé le droit d'Abitibi de contester une telle requête.

[13] En Cour d'appel, le juge Chamberland a rejeté la demande d'autorisation d'appel présentée par la province (2010 QCCA 965, 68 C.B.R. (5th) 57). À son avis, l'appel n'avait aucune chance raisonnable de succès parce que le juge Gascon avait conclu, comme question de faits, que les ordonnances EPA étaient de nature financière ou pécuniaire. Le juge Chamberland a également estimé qu'aucune question constitutionnelle ne se posait, car le juge de la Cour supérieure n'avait fait que qualifier les ordonnances dans le contexte du processus de restructuration; le jugement ne [TRADUCTION] « "soustrayait" pas Abitibi à son obligation de se conformer aux ordonnances EPA » (par. 33). Enfin, il a fait remarquer que le juge Gascon avait réservé à la province le droit de demander la prorogation de délai pour produire une réclamation en vertu de la LACC.

II. Thèses des parties

[14] La province soutient que le tribunal de première instance a commis l'erreur d'interpréter les dispositions applicables de la LACC de façon à invalider l'EPA et que cette interprétation est incompatible tant avec la doctrine des pouvoirs accessoires qu'avec celle de la protection des compétences

that, in any event, the *EPA* Orders are not “claims” within the meaning of the *CCAA*. It takes the position that “any plan of compromise and arrangement that Abitibi might submit for court approval must make provision for compliance with the *EPA* Orders” (A.F., at para. 32).

[15] Abitibi contends that the factual record does not provide a basis for applying the constitutional doctrines. It relies on the *CCAA* court’s findings of fact, particularly the finding that the Province’s intent was to establish the basis for a monetary claim. Abitibi submits that the true issue is whether a province that has a monetary claim against an insolvent company can obtain a preference against other unsecured creditors by exercising its regulatory power.

III. Constitutional Questions

[16] At the Province’s request, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

1. Is the definition of “claim” in s. 2(1) of the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, *ultra vires* the Parliament of Canada or constitutionally inapplicable to the extent this definition includes statutory duties to which the debtor is subject pursuant to s. 99 of the *Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, c. E-14.2?

2. Is s. 11 of the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, *ultra vires* the Parliament of Canada or constitutionally inapplicable to the extent this section gives courts jurisdiction to bar or extinguish statutory duties to which the debtor is subject pursuant to s. 99 of the *Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, c. E-14.2?

3. Is s. 11 of the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, *ultra vires* the Parliament of Canada or constitutionally inapplicable to the extent this section gives courts jurisdiction to

exclusives. La province fait de plus valoir que, de toute façon, les ordonnances *EPA* ne constituent pas des « réclamations » au sens de la *LACC*. Elle soutient que [TRADUCTION] « tout plan de transaction et d’arrangement qu’Abitibi pourrait soumettre à l’approbation du tribunal doit prévoir qu’[Abitibi] doit se conformer aux ordonnances *EPA* » (m.a., par. 32).

[15] Abitibi soutient que l’application des doctrines constitutionnelles ne trouve aucun fondement dans les faits du dossier. Elle appuie sa position sur les conclusions de fait tirées par le tribunal de première instance, plus particulièrement celles où le tribunal conclut que l’intention de la province était d’établir le fondement d’une réclamation pécuniaire. Abitibi plaide que la véritable question est de savoir si, par l’exercice de son pouvoir de réglementation, une province ayant une réclamation pécuniaire à faire valoir contre une entreprise insolvable peut obtenir une préférence à l’encontre d’autres créanciers non garantis.

III. Questions constitutionnelles

[16] À la demande de la province, la Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes :

1. La définition d’une « réclamation » énoncée au par. 2(1) de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36, outrepasset-elle les pouvoirs du Parlement du Canada ou est-elle constitutionnellement inapplicable dans la mesure où elle englobe les obligations légales auxquelles le débiteur est assujéti en application de l’art. 99 de l’*Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, ch. E-14.2?

2. L’article 11 de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36, outrepasset-il les pouvoirs du Parlement du Canada ou est-il constitutionnellement inapplicable dans la mesure où il confère aux tribunaux la compétence pour libérer le débiteur des obligations légales auxquelles il est ou pourrait être assujéti en application de l’art. 99 de l’*Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, ch. E-14.2?

3. L’article 11 de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36, outrepasset-il les pouvoirs du Parlement du Canada ou est-il constitutionnellement inapplicable dans la mesure

review the exercise of ministerial discretion under s. 99 of the *Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, c. E-14.2?

[17] I note that the question whether a CCAA court has constitutional jurisdiction to stay a provincial order that is *not* a monetary claim does not arise here, because the stay order in this case did not affect non-monetary orders. However, the question may arise in other cases. In 2007, Parliament expressly gave CCAA courts the power to stay regulatory orders that are not monetary claims by amending the CCAA to include the current version of s. 11.1(3) (*An Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act, the Companies' Creditors Arrangement Act, the Wage Earner Protection Program Act and chapter 47 of the Statutes of Canada, 2005*, S.C. 2007, c. 36, s. 65) (the "2007 amendments"). Thus, future cases may give courts the opportunity to consider the question raised by the Province in an appropriate factual context. The only constitutional question that needs to be answered in this case concerns the jurisdiction of a CCAA court to determine whether an environmental order that is not framed in monetary terms is in fact a monetary claim.

[18] Processing creditors' claims against an insolvent debtor in an equitable and orderly manner is at the heart of insolvency legislation, which falls under a head of power attributed to Parliament. Rules concerning the assessment of creditors' claims, such as the determination of whether a creditor has a monetary claim, relate directly to the equitable and orderly treatment of creditors in an insolvency process. There is no need to perform a detailed analysis of the pith and substance of the provisions on the assessment of claims in insolvency matters to conclude that the federal legislation governing the characterization of an order as a monetary claim is valid. Because the provisions relate directly to Parliament's jurisdiction,

où il confère aux tribunaux la compétence pour réviser l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre par l'art. 99 de l'*Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, ch. E-14.2?

[17] Je souligne que la question de savoir si, aux termes de la LACC, un tribunal a compétence constitutionnelle pour suspendre l'application d'une ordonnance provinciale qui *ne* constitue *pas* une réclamation pécuniaire ne se pose pas en l'espèce parce que l'ordonnance de suspension en cause ne visait pas ces ordonnances. La question pourrait toutefois se poser dans d'autres affaires. En 2007, par l'ajout du par. 11.1(3) de la LACC, le législateur fédéral a explicitement conféré aux tribunaux compétents aux termes de la LACC le pouvoir de suspendre l'application des ordonnances d'un organisme administratif qui ne constituent pas des réclamations pécuniaires (*Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, la Loi sur le Programme de protection des salariés et le chapitre 47 des Lois du Canada (2005)*, L.C. 2007, ch. 36, art. 65) (les « modifications de 2007 »). Ainsi, les tribunaux auront l'occasion d'analyser la question soulevée par la province lorsque le contexte factuel s'y prêtera. La seule question constitutionnelle qui requiert une réponse en l'espèce a trait à la compétence d'un tribunal, aux termes de la LACC, de déterminer si une ordonnance environnementale qui n'est pas formulée en termes pécuniaires constitue, en fait, une réclamation pécuniaire.

[18] Le traitement équitable et ordonné des réclamations présentées par des créanciers contre un débiteur insolvable se situe au cœur même de la législation en matière d'insolvabilité, un domaine de compétence attribué au législateur fédéral. L'établissement de règles relatives à l'évaluation des réclamations des créanciers, comme celle permettant de déterminer si un créancier fait valoir une réclamation pécuniaire, concerne directement le traitement équitable et ordonné des créanciers dans le cadre d'un processus établi en matière d'insolvabilité. Il n'est pas nécessaire d'analyser en détail le caractère véritable des dispositions régissant l'évaluation des réclamations en matière d'insolvabilité pour conclure à la validité du texte législatif fédéral

the ancillary powers doctrine is not relevant to this case. I also find that the interjurisdictional immunity doctrine is not applicable. A finding that a claim of an environmental creditor is monetary in nature does not interfere in any way with the creditor's activities. Its claim is simply subjected to the insolvency process.

[19] What the Province is actually arguing is that courts should consider the form of an order rather than its substance. I see no reason why the Province's choice of order should not be scrutinized to determine whether the form chosen is consistent with the order's true purpose as revealed by the Province's own actions. If the Province's actions indicate that, in substance, it is asserting a provable claim within the meaning of federal legislation, then that claim can be subjected to the insolvency process. Environmental claims do not have a higher priority than is provided for in the *CCAA*. Considering substance over form prevents a regulatory body from artificially creating a priority higher than the one conferred on the claim by federal legislation. This Court recognized long ago that a province cannot disturb the priority scheme established by the federal insolvency legislation (*Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453). Environmental claims are given a specific, and limited, priority under the *CCAA*. To exempt orders which are in fact monetary claims from the *CCAA* proceedings would amount to conferring upon provinces a priority higher than the one provided for in the *CCAA*.

IV. Claims Under the CCAA

[20] Several provisions of the *CCAA* have been amended since Abitibi filed for insolvency

permettant d'établir qu'une ordonnance constitue une réclamation pécuniaire. L'application de la doctrine des pouvoirs accessoires n'est pas pertinente en l'espèce car les dispositions en cause sont directement reliées à la compétence du législateur fédéral. J'estime également que la doctrine de la protection des compétences exclusives ne s'applique pas en l'espèce. Une conclusion selon laquelle un créancier œuvrant dans le domaine de l'environnement détient une réclamation pécuniaire ne modifie en rien les activités de ce créancier. La réclamation de ce dernier est simplement assujettie au processus d'insolvabilité.

[19] Ce que soutient en fait la province, c'est que les tribunaux devraient examiner la forme des ordonnances plutôt que leur substance. Je ne vois aucune raison empêchant l'examen du choix par la province d'un type d'ordonnance donnée afin de déterminer si la forme choisie concorde avec l'objectif véritable qui se dégage des gestes qu'elle a posés. Si ces gestes indiquent qu'elle fait effectivement valoir une réclamation prouvable au sens de la législation fédérale, alors cette réclamation peut être assujettie au processus d'insolvabilité. Les réclamations en matière d'environnement ne bénéficient pas d'un rang supérieur à celui prévu par les dispositions de la *LACC*. Privilégier l'examen de la substance d'une ordonnance plutôt que de sa forme permet d'éviter qu'un organisme administratif obtienne de façon artificielle une priorité de rang supérieure à celle que la législation fédérale attribue à la réclamation. Notre Cour a depuis longtemps reconnu qu'une province ne pouvait perturber les priorités établies par le régime fédéral d'insolvabilité (*Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453). La *LACC* établit une priorité précise et limitée à l'égard des réclamations en matière environnementale. Le fait de soustraire aux procédures d'insolvabilité les ordonnances qui sont en fait des réclamations pécuniaires équivaldrait à accorder aux provinces une priorité d'un rang supérieur à celui prévu par la *LACC*.

IV. Réclamations sous le régime de la LACC

[20] Plusieurs dispositions de la *LACC* ont été modifiées depuis qu'Abitibi a présenté une demande

protection. Except where otherwise indicated, the provisions I refer to are those that were in force when the stay was ordered.

[21] One of the central features of the *CCAA* scheme is the single proceeding model, which ensures that most claims against a debtor are entertained in a single forum. Under this model, the court can stay the enforcement of most claims against the debtor's assets in order to maintain the *status quo* during negotiations with the creditors. When such negotiations are successful, the creditors typically accept less than the full amounts of their claims. Claims have not necessarily accrued or been liquidated at the outset of the insolvency proceeding, and they sometimes have to be assessed in order to determine the monetary value that will be subject to compromise.

[22] Section 12 of the *CCAA* establishes the basic rules for ascertaining whether an order is a claim that may be subjected to the insolvency process:

12. (1) [Definition of "claim"] For the purposes of this Act, "claim" means any indebtedness, liability or obligation of any kind that, if unsecured, would be a debt provable in bankruptcy within the meaning of the *Bankruptcy and Insolvency Act*.

(2) [Determination of amount of claim] For the purposes of this Act, the amount represented by a claim of any secured or unsecured creditor shall be determined as follows:

(a) the amount of an unsecured claim shall be the amount

. . .

(iii) in the case of any other company, proof of which might be made under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, but if the amount so provable is not admitted by the company, the amount shall be determined by the court on summary application by the company or by the creditor; . . .

de protection contre l'insolvabilité. À moins d'indication contraire de ma part, les dispositions que je cite sont celles qui étaient en vigueur lorsque la suspension des procédures a été ordonnée.

[21] Une des caractéristiques principales du régime créé par la *LACC* est de traiter la presque totalité des réclamations contre un débiteur suivant une procédure unique devant un même tribunal. En vertu de ce modèle, le tribunal peut ordonner la suspension de la plupart des mesures d'exécution engagées contre les actifs du débiteur de façon à maintenir le statu quo durant la négociation avec les créanciers. Lorsque la négociation réussit, les créanciers consentent habituellement à recevoir moins que le plein montant de leurs réclamations, lesquelles ne sont pas nécessairement exigibles ou liquidées dès le début des procédures d'insolvabilité. Ces réclamations doivent parfois être évaluées afin d'établir la valeur pécuniaire qui fera l'objet du compromis.

[22] L'article 12 de la *LACC* énonce les règles de base pour déterminer si une ordonnance constitue une réclamation pouvant être assujettie au processus applicable en matière d'insolvabilité :

12. (1) [Définition de « réclamation »] Pour l'application de la présente loi, « réclamation » s'entend de toute dette, tout engagement ou toute obligation d'un genre quelconque qui, s'il n'était pas garanti, constituerait une dette provable en matière de faillite au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

(2) [Détermination du montant de la réclamation] Pour l'application de la présente loi, le montant représenté par une réclamation d'un créancier garanti ou chirographaire est déterminé de la façon suivante :

a) le montant d'une réclamation non garantie est le montant :

. . .

(iii) dans le cas de toute autre compagnie, dont la preuve pourrait être établie en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, mais si le montant ainsi provable n'est pas admis par la compagnie, ce montant est déterminé par le tribunal sur demande sommaire par la compagnie ou le créancier;

[23] Section 12 of the *CCAA* refers to the rules of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“*BIA*”). Section 2 of the *BIA* defines a claim provable in bankruptcy:

“claim provable in bankruptcy”, “provable claim” or “claim provable” includes any claim or liability provable in proceedings under this Act by a creditor;

[24] This definition is completed by s. 121(1) of the *BIA*:

121. (1) All debts and liabilities, present or future, to which the bankrupt is subject on the day on which the bankrupt becomes bankrupt or to which the bankrupt may become subject before the bankrupt’s discharge by reason of any obligation incurred before the day on which the bankrupt becomes bankrupt shall be deemed to be claims provable in proceedings under this Act.

[25] Sections 121(2) and 135(1.1) of the *BIA* offer additional guidance for the determination of whether an order is a provable claim:

121. . . .

(2) The determination whether a contingent or unliquidated claim is a provable claim and the valuation of such a claim shall be made in accordance with section 135.

135. . . .

(1.1) The trustee shall determine whether any contingent claim or unliquidated claim is a provable claim, and, if a provable claim, the trustee shall value it, and the claim is thereafter, subject to this section, deemed a proved claim to the amount of its valuation.

[26] These provisions highlight three requirements that are relevant to the case at bar. First, there must be a debt, a liability or an obligation to a *creditor*. Second, the debt, liability or obligation must be incurred *before the debtor becomes bankrupt*. Third, it must be possible to attach a *monetary value* to the debt, liability or obligation. I will examine each of these requirements in turn.

[23] L’article 12 de la *LACC* renvoie aux règles de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI* »). L’article 2 de la *LFI* définit ainsi une réclamation prouvable en matière de faillite :

« réclamation prouvable en matière de faillite » ou « réclamation prouvable » Toute réclamation ou créance pouvant être prouvée dans des procédures intentées sous l’autorité de la présente loi par un créancier.

[24] Cette définition est complétée par le par. 121(1) de la *LFI* :

121. (1) Toutes créances et tous engagements, présents ou futurs, auxquels le failli est assujéti à la date à laquelle il devient failli, ou auxquels il peut devenir assujéti avant sa libération, en raison d’une obligation contractée antérieurement à cette date, sont réputés des réclamations prouvables dans des procédures entamées en vertu de la présente loi.

[25] Les paragraphes 121(2) et 135(1.1) de la *LFI* donnent des indications additionnelles lorsqu’il s’agit de déterminer si une ordonnance constitue une réclamation prouvable :

121. . . .

(2) La question de savoir si une réclamation éventuelle ou non liquidée constitue une réclamation prouvable et, le cas échéant, son évaluation sont décidées en application de l’article 135.

135. . . .

(1.1) Le syndic décide si une réclamation éventuelle ou non liquidée est une réclamation prouvable et, le cas échéant, il l’évalue; sous réserve des autres dispositions du présent article, la réclamation est dès lors réputée prouvée pour le montant de l’évaluation.

[26] Ces dispositions font ressortir trois conditions pertinentes à la présente affaire. Premièrement, on doit être en présence d’une dette, d’un engagement ou d’une obligation envers un *créancier*. Deuxièmement, la dette, l’engagement ou l’obligation doit avoir pris naissance *avant que le débiteur ne devienne failli*. Troisièmement, il doit être possible d’attribuer une *valeur pécuniaire* à cette dette, cet engagement ou cette obligation. Je vais examiner chacune de ces conditions à tour de rôle.

[27] The *BIA*'s definition of a provable claim, which is incorporated by reference into the *CCAA*, requires the identification of a creditor. Environmental statutes generally provide for the creation of regulatory bodies that are empowered to enforce the obligations the statutes impose. Most environmental regulatory bodies can be creditors in respect of monetary or non-monetary obligations imposed by the relevant statutes. At this first stage of determining whether the regulatory body is a creditor, the question whether the obligation can be translated into monetary terms is not yet relevant. This issue will be broached later. The only determination that has to be made at this point is whether the regulatory body has exercised its enforcement power against a debtor. When it does so, it identifies itself as a creditor, and the requirement of this stage of the analysis is satisfied.

[28] The enquiry into the second requirement is based on s. 121(1) of the *BIA*, which imposes a time limit on claims. A claim must be founded on an obligation that was "incurred before the day on which the bankrupt becomes bankrupt". Because the date when environmental damage occurs is often difficult to ascertain, s. 11.8(9) of the *CCAA* provides more temporal flexibility for environmental claims:

11.8 . . .

(9) A claim against a debtor company for costs of remedying any environmental condition or environmental damage affecting real property of the company shall be a claim under this Act, whether the condition arose or the damage occurred before or after the date on which proceedings under this Act were commenced.

[29] The creditor's claim will be exempt from the single proceeding requirement if the debtor's corresponding obligation has not arisen as of the time limit for inclusion in the insolvency process. This could apply, for example, to a debtor's statutory obligations relating to polluting activities that continue after the reorganization, because in such cases,

[27] La définition de réclamation prouvable établie par la *LFI* et incorporée par renvoi à la *LACC* exige qu'une personne ait qualité de créancier. Les lois régissant l'environnement pourvoient généralement à la création d'un organisme chargé de voir au respect des obligations qui y sont prévues. La plupart des organismes administratifs peuvent agir à titre de créanciers en relation avec les obligations pécuniaires ou non pécuniaires imposées par ces lois. À cette première étape qui consiste à déterminer si un organisme administratif est un créancier, il n'est pas encore pertinent de décider si l'obligation peut être formulée en termes pécuniaires. Cette question sera abordée à un stade ultérieur. À cette étape, la seule question à trancher est de savoir si l'organisme administratif a exercé, à l'encontre d'un débiteur, son pouvoir de faire appliquer la loi. Lorsqu'il le fait, il s'identifie alors comme créancier et la condition de cette étape est respectée.

[28] L'examen de la seconde condition repose sur le par. 121(1) de la *LFI* qui impose que la réclamation ait pris naissance dans un délai donné. Celle-ci doit se fonder sur une obligation « contractée antérieurement à cette date [la date à laquelle le failli devient failli] ». Comme il est souvent difficile d'établir la date à laquelle un dommage lié à l'environnement est survenu, le par. 11.8(9) de la *LACC* prévoit une certaine flexibilité pour ce qui est des réclamations en matière d'environnement :

11.8 . . .

(9) La réclamation pour les frais de réparation du fait ou dommage lié à l'environnement et touchant un bien immeuble de la compagnie débitrice constitue une réclamation, que la date du fait ou dommage soit antérieure ou postérieure à celle où des procédures sont intentées au titre de la présente loi.

[29] La réclamation du créancier sera exemptée de l'exigence découlant de la procédure unique si l'obligation correspondante du débiteur n'a pas pris naissance dans le délai fixé pour que la réclamation soit incluse dans le processus d'insolvabilité. À titre d'exemple, cela pourrait s'appliquer aux obligations que la loi impose à un débiteur concernant

the damage continues to be sustained after the re-organization has been completed.

[30] With respect to the third requirement, that it be possible to attach a monetary value to the obligation, the question is whether orders that are not expressed in monetary terms can be translated into such terms. I note that when a regulatory body claims an amount that is owed at the relevant date, that is, when it frames its order in monetary terms, the court does not need to make this determination, because what is being claimed is an “indebtedness” and therefore clearly falls within the meaning of “claim” as defined in s. 12(1) of the CCAA.

[31] However, orders, which are used to address various types of environmental challenges, may come in many forms, including stop, control, preventative, and clean-up orders (D. Saxe, “Trustees’ and Receivers’ Environmental Liability Update” (1998), 49 C.B.R. (3d) 138, at p. 141). When considering an order that is not framed in monetary terms, courts must look at its substance and apply the rules for the assessment of claims.

[32] Parliament recognized that regulatory bodies sometimes have to perform remediation work (see House of Commons, *Evidence of the Standing Committee on Industry*, No. 16, 2nd Sess., 35th Parl., June 11, 1996). When one does so, its claim with respect to remediation costs is subject to the insolvency process, but the claim is secured by a charge on the contaminated real property and certain other related property and benefits from a priority (s. 11.8(8) CCAA). Thus, Parliament struck a balance between the public’s interest in enforcing environmental regulations and the interest of third-party creditors in being treated equitably.

ses activités polluantes qui se poursuivent après la réorganisation, parce qu’en pareilles circonstances, des dommages sont encore causés après que la réorganisation ait été complétée.

[30] En ce qui concerne la troisième condition, soit qu’il doit être possible d’attribuer à l’obligation une valeur pécuniaire, la question est de savoir si des ordonnances qui ne sont pas formulées en termes pécuniaires peuvent être formulées en de tels termes. Je souligne que lorsqu’un organisme administratif réclame une somme qui est due à la date pertinente, il formule ainsi son ordonnance en termes pécuniaires. Le tribunal n’a alors aucune détermination à faire à cette étape car ce qui est réclamé est une « dette » et est, par conséquent, clairement visé par la définition d’une « réclamation » prévue au par. 12(1) de la LACC.

[31] Toutefois, parce qu’elles sont utilisées pour traiter divers enjeux environnementaux, les ordonnances peuvent se présenter sous plusieurs formes et peuvent viser notamment la cessation ou le contrôle d’une activité, la prévention et la décontamination (D. Saxe, « Trustees’ and Receivers’ Environmental Liability Update » (1998), 49 C.B.R. (3d) 138, p. 141). Lorsqu’ils analysent une ordonnance qui n’est pas formulée en des termes pécuniaires, les tribunaux doivent en examiner la substance et appliquer les règles régissant l’évaluation des réclamations.

[32] Le législateur fédéral reconnaît que les organismes administratifs doivent à l’occasion exécuter des travaux de décontamination (voir Chambre des communes, *Témoignages du Comité permanent de l’industrie*, n° 16, 2^e sess., 35^e lég., 11 juin 1996). En pareil cas, la réclamation relative aux frais de décontamination est assujettie à la procédure de réclamations en matière d’insolvabilité mais elle est garantie par une charge réelle grevant l’immeuble contaminé et certains immeubles connexes et bénéficie d’un rang prioritaire (par. 11.8(8) LACC). Ainsi, le législateur a établi un équilibre entre l’intérêt du public à l’égard de l’application de la réglementation environnementale et les intérêts des tiers créanciers qui doivent être traités de façon équitable.

[33] If Parliament had intended that the debtor always satisfy all remediation costs, it would have granted the Crown a priority with respect to the totality of the debtor's assets. In light of the legislative history and the purpose of the reorganization process, the fact that the Crown's priority under s. 11.8(8) of the *CCAA* is limited to the contaminated property and certain related property leads me to conclude that to exempt environmental orders would be inconsistent with the insolvency legislation. As deferential as courts may be to regulatory bodies' actions, they must apply the general rules.

[34] Unlike in proceedings governed by the common law or the civil law, a claim may be asserted in insolvency proceedings even if it is contingent on an event that has not yet occurred (for the common law, see *Canada v. McLarty*, 2008 SCC 26, [2008] 2 S.C.R. 79, at paras. 17-18; for the civil law, see arts. 1497, 1508 and 1513 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64). Thus, the broad definition of "claim" in the *BIA* includes *contingent* and *future* claims that would be unenforceable at common law or in the civil law. As for unliquidated claims, a *CCAA* court has the same power to assess their amounts as would a court hearing a case in a common law or civil law context.

[35] The reason the *BIA* and the *CCAA* include a broad range of claims is to ensure fairness between creditors and finality in the insolvency proceeding for the debtor. In a corporate liquidation process, it is more equitable to allow as many creditors as possible to participate in the process and share in the liquidation proceeds. This makes it possible to include creditors whose claims have not yet matured when the corporate debtor files for bankruptcy, and thus avert a situation in which they would be faced with an inactive debtor that cannot satisfy a judgment. The rationale is slightly different in the context of a corporate proposal or reorganization. In such cases, the broad approach serves not only to

[33] Si le législateur fédéral avait eu l'intention d'obliger le débiteur à supporter dans tous les cas tous les coûts des travaux de décontamination, il aurait accordé à l'État une priorité applicable à la totalité des actifs du débiteur. Compte tenu de l'historique des dispositions législatives et des objectifs du processus de réorganisation, le fait que la priorité de l'État aux termes du par. 11.8(8) de la *LACC* soit limitée au bien contaminé et à certains biens liés m'amène à conclure qu'une exemption à l'égard des ordonnances environnementales serait incompatible avec la législation en matière d'insolvabilité. Aussi respectueux soient-ils des mesures prises par les organismes administratifs, les tribunaux sont tenus d'appliquer les règles générales.

[34] Contrairement à l'approche qui prévaut dans le contexte des procédures régies par la common law ou le droit civil, il est possible de faire valoir une réclamation dans le cadre de procédures d'insolvabilité même si elle dépend d'un événement non encore survenu (en common law, voir *Canada c. McLarty*, 2008 CSC 26, [2008] 2 R.C.S. 79, par. 17-18; en droit civil, voir les art. 1497, 1508 et 1513 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64). Ainsi, la définition générale de « réclamation » de la *LFI* englobe des réclamations éventuelles et *future*s qui seraient inexécutaires en common law ou en droit civil. En ce qui concerne les réclamations non liquidées, le tribunal chargé de l'application de la *LACC* a le même pouvoir d'évaluer leur montant qu'un tribunal saisi d'une affaire sous le régime de la common law ou du droit civil.

[35] C'est pour assurer l'équité entre les créanciers ainsi que, pour le débiteur, le caractère définitif de la procédure d'insolvabilité que la *LFI* et la *LACC* englobent un large éventail de réclamations. Dans le cadre de la liquidation d'une société, il est plus équitable de permettre au plus grand nombre possible de créanciers de participer au processus et de se partager le produit de la liquidation. Cela permet d'inclure les créanciers dont les réclamations ne sont pas venues à échéance lorsque le débiteur corporatif devient failli, et ainsi éviter que, ayant cessé ses activités, le débiteur ne puisse pas satisfaire à un jugement rendu en leur faveur. L'approche est quelque peu différente dans

ensure fairness between creditors, but also to allow the debtor to make as fresh a start as possible after a proposal or an arrangement is approved.

[36] The criterion used by courts to determine whether a contingent claim will be included in the insolvency process is whether the event that has not yet occurred is too remote or speculative (*Confederation Treasury Services Ltd. (Bankrupt), Re* (1997), 96 O.A.C. 75). In the context of an environmental order, this means that there must be sufficient indications that the regulatory body that triggered the enforcement mechanism will ultimately perform remediation work and assert a monetary claim to have its costs reimbursed. If there is sufficient certainty in this regard, the court will conclude that the order can be subjected to the insolvency process.

[37] The exercise by the CCAA court of its jurisdiction to determine whether an order is a provable claim entails a certain scrutiny of the regulatory body's actions. This scrutiny is in some ways similar to judicial review. There is a distinction, however, and it lies in the object of the assessment that the CCAA court must make. The CCAA court does not review the regulatory body's exercise of discretion. Rather, it inquires into whether the facts indicate that the conditions for inclusion in the claims process are met. For example, if activities at issue are ongoing, the CCAA court may well conclude that the order cannot be included in the insolvency process because the activities and resulting damages will continue after the reorganization is completed and hence exceed the time limit for a claim. If, on the other hand, the regulatory body, having no realistic alternative but to perform the remediation work itself, simply delays framing the order as a claim in order to improve its position in relation to other creditors, the CCAA court may conclude

le contexte d'une proposition concordataire présentée par une société ou d'une réorganisation. Dans ces cas, l'objectif que sous-tend une interprétation large est non seulement de garantir l'équité entre créanciers, mais aussi de permettre au débiteur de prendre un nouveau départ dans les meilleures conditions possibles à la suite de l'approbation d'une proposition ou d'un arrangement.

[36] Le critère retenu par les tribunaux pour décider si une réclamation éventuelle sera incluse dans le processus d'insolvabilité est celui qui consiste à déterminer si l'événement non encore survenu est trop éloigné ou conjectural (*Confederation Treasury Service Ltd. (Bankrupt), Re* (1997), 96 O.A.C. 75). Dans le contexte d'une ordonnance environnementale, cela signifie qu'il doit y avoir des indications suffisantes permettant de conclure que l'organisme administratif qui a eu recours aux mécanismes d'application de la loi effectuera en fin de compte des travaux de décontamination et présentera une réclamation pécuniaire afin d'obtenir le remboursement de ses débours. Si cela est suffisamment certain, le tribunal conclura que l'ordonnance peut être assujettie au processus d'insolvabilité.

[37] Lorsqu'il détermine si une ordonnance constitue une réclamation prouvable, le tribunal chargé de l'application de la LACC doit, dans une certaine mesure, examiner les actes posés par l'organisme administratif. Cet examen se rapproche à certains égards de celui d'un contrôle judiciaire. La différence se situe, toutefois, au niveau de l'objet de l'évaluation que doit faire le tribunal. Son examen ne porte pas sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire par l'organisme administratif. Il doit plutôt déterminer si le contexte factuel indique que les conditions requises pour que l'ordonnance soit incluse dans le processus de réclamations sont respectées. Par exemple, si le débiteur continue d'exercer les activités faisant l'objet de l'intervention de l'organisme administratif, il est fort possible que le tribunal conclue que l'ordonnance ne peut être incorporée au processus d'insolvabilité parce que ces activités et les dommages en découlant se poursuivront après la réorganisation et qu'elles excéderont donc le délai prescrit pour la production d'une

that this course of action is inconsistent with the insolvency scheme and decide that the order has to be subject to the claims process. Similarly, if the property is not under the debtor's control and the debtor does not, and realistically will not, have the means to perform the remediation work, the CCAA court may conclude that it is sufficiently certain that the regulatory body will have to perform the work.

[38] Certain indicators can thus be identified from the text and the context of the provisions to guide the CCAA court in determining whether an order is a provable claim, including whether the activities are ongoing, whether the debtor is in control of the property, and whether the debtor has the means to comply with the order. The CCAA court may also consider the effect that requiring the debtor to comply with the order would have on the insolvency process. Since the appropriate analysis is grounded in the facts of each case, these indicators need not all apply, and others may also be relevant.

[39] Having highlighted three requirements for finding a claim to be provable in a CCAA process that need to be considered in the case at bar, I must now discuss certain policy arguments raised by the Province and some of the interveners.

[40] These parties argue that treating a regulatory order as a claim in an insolvency proceeding extinguishes the debtor's environmental obligations, thereby undermining the polluter-pay principle discussed by this Court in *Imperial Oil Ltd. v. Quebec (Minister of the Environment)*, 2003 SCC 58, [2003] 2 S.C.R. 624, at para. 24. This objection

réclamation. Par contre, si l'organisme administratif, n'ayant aucune solution réaliste autre que celle d'effectuer lui-même les travaux de décontamination, ne fait que retarder la production d'une réclamation pécuniaire dans le but d'améliorer sa position par rapport à celle des autres créanciers, le tribunal pourrait conclure que cette démarche n'est pas compatible avec le régime d'insolvabilité et décider que l'ordonnance doit être traitée dans le cadre du processus de réclamations. De même, si le débiteur n'exerce aucun contrôle sur le bien et ne dispose pas, ni ne disposera, de façon réaliste, des moyens pour effectuer les travaux de décontamination, le tribunal pourrait conclure de façon suffisamment certaine que l'organisme administratif devra exécuter les travaux.

[38] Il est ainsi possible de discerner, grâce au libellé des dispositions et à leur contexte, certains indicateurs qui permettent de guider le tribunal au moment de déterminer si l'ordonnance constitue une réclamation prouvable, notamment si les activités se poursuivent, si le débiteur exerce un contrôle sur le bien et s'il dispose des moyens de se conformer à l'ordonnance. Il est également possible pour le tribunal de prendre en compte les conséquences qu'entraînerait sur le processus d'insolvabilité le fait d'exiger du débiteur qu'il se conforme à l'ordonnance. Puisque l'analyse qu'il convient de réaliser est fondée sur les faits propres à chaque cas, il n'est pas nécessaire que tous ces indicateurs soient présents, et d'autres peuvent également devenir pertinents.

[39] Après avoir souligné les trois conditions qui permettent en l'espèce de conclure qu'une ordonnance constitue une réclamation prouvable dans le cadre d'un processus régi par la LACC, il me faut examiner certains arguments de principe que la province et certains intervenants ont fait valoir.

[40] Ils ont plaidé que le fait d'assimiler une ordonnance d'un organisme administratif à une réclamation dans le cadre de procédure en insolvabilité éteint les obligations environnementales auxquelles le débiteur est tenu, minant par le fait même le principe du pollueur-payeur examiné par notre Cour dans l'arrêt *Cie pétrolière Impériale*

demonstrates a misunderstanding of the nature of insolvency proceedings. Subjecting an order to the claims process does not extinguish the debtor's environmental obligations any more than subjecting any creditor's claim to that process extinguishes the debtor's obligation to pay its debts. It merely ensures that the creditor's claim will be paid in accordance with insolvency legislation. Moreover, full compliance with orders that are found to be monetary in nature would shift the costs of remediation to third-party creditors, including involuntary creditors, such as those whose claims lie in tort or in the law of extra-contractual liability. In the insolvency context, the Province's position would result not only in a super-priority, but in the acceptance of a "third-party-pay" principle in place of the polluter-pay principle.

[41] Nor does subjecting the orders to the insolvency process amount to issuing a licence to pollute, since insolvency proceedings do not concern the debtor's future conduct. A debtor that is reorganized must comply with all environmental regulations going forward in the same way as any other person. To quote the colourful analogy of two American scholars, "Debtors in bankruptcy have — and should have — no greater license to pollute in violation of a statute than they have to sell cocaine in violation of a statute" (D. G. Baird and T. H. Jackson, "Comment: *Kovacs and Toxic Wastes in Bankruptcy*" (1984), 36 *Stan. L. Rev.* 1199, at p. 1200).

[42] Furthermore, corporations may engage in activities that carry risks. No matter what risks are at issue, reorganization made necessary by insolvency is hardly ever a deliberate choice. When the risks materialize, the dire costs are borne by almost all stakeholders. To subject orders to the claims process is not to invite corporations to restructure

Itée c. Québec (Ministre de l'Environnement), 2003 CSC 58, [2003] 2 R.C.S. 624, par. 24. Cet argument démontre une mauvaise compréhension de la nature des procédures en matière d'insolvabilité. Le fait d'assujettir une ordonnance au processus de réclamations n'éteint pas les obligations environnementales qui incombent au débiteur, pas plus que le fait de soumettre à ce processus les réclamations des créanciers n'éteint l'obligation du débiteur de payer ses dettes. Le fait d'assujettir une ordonnance au processus de réclamation vise simplement à faire en sorte que le paiement au créancier sera fait conformément aux dispositions législatives applicables en matière d'insolvabilité. De plus, le respect intégral des ordonnances dont la nature pécuniaire est reconnue transférerait le coût de la décontamination aux tiers créanciers, y compris aux créanciers involontaires, par exemple les créanciers en responsabilité délictuelle ou extra-contractuelle. Dans un contexte d'insolvabilité, la position de la province aurait comme résultat de lui accorder non seulement une super-priorité, mais aussi de reconnaître l'application d'un principe du « tiers-payeur » plutôt que celui du pollueur-payeur.

[41] Par ailleurs, l'assujettissement des ordonnances au processus d'insolvabilité n'autorise pas une personne à polluer, car la procédure en insolvabilité ne touche pas les actes que le débiteur posera dans le futur. Le débiteur réorganisé doit se conformer pour l'avenir à la réglementation environnementale, comme le ferait toute autre personne. Pour citer une analogie haute en couleurs de deux universitaires américains, [TRADUCTION] « [I]es débiteurs en faillite n'ont pas — et ne devraient pas avoir — une autorisation plus étendue de polluer en violation d'une loi qu'ils n'en ont de vendre de la cocaïne » (D. G. Baird et T. H. Jackson, « Comment : *Kovacs and Toxic Wastes in Bankruptcy* » (1984), 36 *Stan. L. Rev.* 1199, p. 1200).

[42] En outre, il arrive que des sociétés exercent des activités comportant des risques. Peu importe les risques en cause, une réorganisation rendue nécessaire par l'insolvabilité de la société peut difficilement être assimilée à un choix délibéré. Lorsque les risques se concrétisent, la quasi-totalité des personnes ayant des intérêts dans la société en

in order to rid themselves of their environmental liabilities.

[43] And the power to determine whether an order is a provable claim does not mean that the court will necessarily conclude that the order before it will be subject to the CCAA process. In fact, the CCAA court in the case at bar recognized that orders relating to the environment may or may not be considered provable claims. It stayed only those orders that were monetary in nature.

[44] The Province also argues that courts have in the past held that environmental orders cannot be interpreted as claims when the regulatory body has not yet exercised its power to assert a claim framed in monetary terms. The Province relies in particular on *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. v. Northern Badger Oil & Gas Ltd.* (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 45 (C.A.), and its progeny. In *Panamericana*, the Alberta Court of Appeal held that a receiver was personally liable for work under a remediation order and that the order was not a claim in insolvency proceedings. The court found that the duty to undertake remediation work is owed to the public at large until the regulator exercises its power to assert a monetary claim.

[45] The first answer to the Province's argument is that courts have never shied away from putting substance ahead of form. They can determine whether the order is in substance monetary.

[46] The second answer is that the provisions relating to the assessment of claims, particularly those governing contingent claims, contemplate instances in which the quantum is not yet established when the claims are filed. Whether, in the

supportent les terribles coûts. L'assujettissement des ordonnances à la procédure de réclamations n'équivaut pas à convier les sociétés à se réorganiser dans le but d'échapper à leurs obligations environnementales.

[43] Et le pouvoir de déterminer si une ordonnance constitue une réclamation prouvable ne signifie pas que le tribunal jugera nécessairement que l'ordonnance sera soumise au processus de réorganisation. En fait, le tribunal en l'espèce a reconnu que les ordonnances environnementales pouvaient être ou ne pas être considérées comme des réclamations prouvables. Il n'a rendu une ordonnance de suspension qu'à l'égard des ordonnances de nature pécuniaire.

[44] La province plaide aussi que selon la jurisprudence, les ordonnances environnementales ne peuvent pas être assimilées à des réclamations lorsque l'organisme administratif n'a pas encore exercé son pouvoir de faire valoir une réclamation formulée en termes pécuniaires. La province s'appuie particulièrement sur l'arrêt *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. c. Northern Badger Oil & Gas Ltd.* (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 45 (C.A.), et les jugements rendus dans sa foulée. Dans l'arrêt *Panamericana*, la Cour d'appel de l'Alberta a tenu le séquestre personnellement responsable de l'exécution des travaux ordonnés et a statué que l'ordonnance ne constituait pas une réclamation visée par les procédures en insolvabilité. La cour a conclu que l'obligation d'entreprendre les travaux de décontamination est due au public en général jusqu'à ce que l'organisme administratif exerce son pouvoir de faire valoir une réclamation pécuniaire.

[45] La première réponse à cet argument de la province est que les tribunaux n'ont jamais hésité à privilégier le fond à la forme. Les tribunaux peuvent déterminer si, en substance, l'ordonnance est de nature pécuniaire.

[46] La seconde réponse est que les dispositions concernant l'évaluation des réclamations, en particulier celles régissant les réclamations éventuelles, n'exigent pas que la valeur pécuniaire soit établie au moment où elles sont produites. Un

regulatory context, an obligation always entails the existence of a correlative right has been discussed by a number of scholars. Various theories of rights have been put forward (see W. N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* (new ed. 2001); D. N. MacCormick, “Rights in Legislation”, in P. M. S. Hacker and J. Raz, eds., *Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart* (1977), 189). However, because the Province issued the orders in this case, it would be recognized as a creditor in respect of a right no matter which of these theories was applied. As interesting as the discussion may be, therefore, I do not need to consider which theory should prevail. The real question is not to whom the obligation is owed, as this question is answered by the statute, which determines who can require that it be discharged. Rather, the question is whether it is sufficiently certain that the regulatory body will perform the remediation work and, as a result, have a monetary claim.

[47] The third answer to the Province’s argument is that insolvency legislation has evolved considerably over the two decades since *Panamericana*. At the time of *Panamericana*, none of the provisions relating to environmental liabilities were in force. Indeed, some of those provisions were enacted very soon after, and seemingly in response to, that case. In 1992, Parliament shielded trustees from the very liability imposed on the receiver in *Panamericana* (*An Act to amend the Bankruptcy Act and to amend the Income Tax Act in consequence thereof*, S.C. 1992, c. 27, s. 9, amending s. 14 of the *BIA*). The 1997 amendments provided additional protection to trustees and monitors (*An Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act, the Companies’ Creditors Arrangement Act and the Income Tax Act*, S.C. 1997, c. 12). The 2007 amendments made it clear that a CCAA court has the power to determine that a regulatory order may be a claim and also provided criteria for staying regulatory orders (s. 65, amending the CCAA to include the current version of s. 11.1). The purpose of these amendments was to balance the creditor’s

certain nombre d’auteurs ont examiné la question de savoir si, dans un contexte réglementaire, l’existence d’une obligation implique toujours en corrélation celle d’un droit. Diverses théories relatives aux droits ont été avancées (voir W. N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* (nouvelle éd. 2001); D. N. MacCormick, « Rights in Legislation », dans P. M. S. Hacker et J. Raz, dir., *Law, Morality, and Society : Essays in Honour of H. L. A. Hart* (1977), 189). Toutefois, comme en l’espèce la province a prononcé les ordonnances, elle serait reconnue comme créancière d’un droit en vertu de l’une ou l’autre de ces théories. Par conséquent, malgré l’intérêt que peut susciter ce débat, il n’est pas nécessaire de déterminer la théorie qui prévaut. La véritable question n’est pas de savoir à qui est due l’obligation, puisque la loi y répond en indiquant qui peut en exiger l’exécution. La question est plutôt de savoir s’il est suffisamment certain que l’organisme administratif effectuera les travaux de décontamination et pourra ainsi faire valoir une réclamation pécuniaire.

[47] La troisième réponse à l’argument soulevé par la province est que la législation en matière d’insolvabilité a considérablement évolué au cours des deux décennies écoulées depuis l’arrêt *Panamericana*. À l’époque où l’arrêt *Panamericana* a été prononcé, aucune des dispositions concernant les obligations liées à l’environnement n’était en vigueur. Certaines des dispositions ont été adoptées très peu de temps après cette décision et, semble-t-il, en réponse à celle-ci. En 1992, le législateur a permis aux syndic d’échapper à la responsabilité même que l’arrêt *Panamericana* avait retenue contre le séquestre (*Loi modifiant la Loi sur la faillite et la Loi de l’impôt sur le revenu en conséquence*, L.C. 1992, ch. 27, art. 9, modifiant l’art. 14 de la *LFI*). Une protection additionnelle a été accordée au syndic et au contrôleur avec les modifications adoptées en 1997 (*Loi modifiant la Loi sur la faillite et l’insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et la Loi de l’impôt sur le revenu*, L.C. 1997, ch. 12). Les modifications apportées en 2007 ont précisé que le tribunal chargé d’appliquer la *LACC* a

need for fairness against the debtor's need to make a fresh start.

[48] Whether the regulatory body has a contingent claim is a determination that must be grounded in the facts of each case. Generally, a regulatory body has discretion under environmental legislation to decide how best to ensure that regulatory obligations are met. Although the court should take care to avoid interfering with that discretion, the action of a regulatory body is nevertheless subject to scrutiny in insolvency proceedings.

V. Application

[49] I now turn to the application of the principles discussed above to the case at bar. This case does not turn on whether the Province is the creditor of an obligation or whether damage had occurred as of the relevant date. Those requirements are easily satisfied, since the Province had identified itself as a creditor by resorting to *EPA* enforcement mechanisms and since the damage had occurred before the time of the *CCAA* proceedings. Rather, the issue centres on the third requirement: that the orders meet the criterion for admission as a pecuniary claim. The claim was contingent to the extent that the Province had not yet formally exercised its power to ask for the payment of money. The question is whether it was sufficiently certain that the orders would eventually result in a monetary claim. To the *CCAA* judge, there was no doubt that the answer was yes.

le pouvoir de décider qu'une ordonnance d'un organisme administratif peut constituer une réclamation; ces modifications ont de plus établi des critères applicables à la suspension de ces ordonnances (art. 65, modifiant la *LACC* par l'ajout de l'art. 11.1). Ces modifications visaient à établir un équilibre entre le besoin de traiter les créanciers de façon équitable et celui de permettre au débiteur de prendre un nouveau départ.

[48] La détermination qu'une ordonnance d'un organisme administratif constitue une réclamation éventuelle doit être fondée sur les faits de chaque affaire. La législation en matière d'environnement accorde généralement à un organisme administratif un pouvoir discrétionnaire de décider de la meilleure façon d'assurer le respect des obligations découlant de la réglementation. Quoique le tribunal doive se garder de s'ingérer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de ces organismes, les mesures qu'ils prennent peuvent néanmoins faire l'objet d'un examen dans le cadre de procédures engagées sous le régime fédéral de l'insolvabilité.

V. Application

[49] J'aborde maintenant l'application des principes énoncés ci-dessus à l'affaire dont notre Cour est saisie. En l'espèce, le débat n'est pas centré sur la question de savoir si la province est créancière d'une obligation ou si des dommages étaient survenus à la date pertinente. Il est facile de répondre à ces questions étant donné que la province s'est elle-même présentée comme créancière en ayant recours aux mécanismes d'application de l'*EPA* et que les dommages sont survenus avant que les procédures en vertu de la *LACC* ne soient entamées. Le débat porte plutôt sur la troisième condition, celle qui consiste à savoir si les ordonnances satisfont au critère d'admissibilité à titre de réclamation pécuniaire. La réclamation était éventuelle dans la mesure où la province n'avait pas formellement exercé son pouvoir de demander paiement d'une somme d'argent. La question est de savoir s'il était suffisamment certain que l'ordonnance mènerait éventuellement à la production d'une réclamation pécuniaire. Pour le juge de première instance, une réponse affirmative ne faisait pas de doute.

[50] The Province's exercise of its legislative powers in enacting the *Abitibi Act* created a unique set of facts that led to the orders being issued. The seizure of Abitibi's assets by the Province, the cancellation of all outstanding water and hydroelectric contracts between Abitibi and the Province, the cancellation of pending legal proceedings by Abitibi in which it sought the reimbursement of several hundreds of thousands of dollars, and the denial of any compensation for the seized assets and of legal redress are inescapable background facts in the judge's review of the *EPA Orders*.

[51] The *CCAA* judge did not elaborate on whether it was sufficiently certain that the Minister would perform the remediation work and therefore make a monetary claim. However, most of his findings clearly rest on a positive answer to this question. For example, his finding that "[i]n all likelihood, the pith and substance of the *EPA Orders* is an attempt by the Province to lay the groundwork for monetary claims against Abitibi, to be used most probably as an offset in connection with Abitibi's own *NAFTA* claims for compensation" (para. 178), is necessarily based on the premise that the Province would most likely perform the remediation work. Indeed, since monetary claims must, both at common law and in civil law, be mutual for set-off or compensation to operate, the Province had to have incurred costs in doing the work in order to have a claim that could be set off against Abitibi's claims.

[52] That the judge relied on an implicit finding that the Province would most likely perform the work and make a claim to offset its costs is also shown by the confirmation he found in the declaration by the Premier that the Province was attempting to assess the cost of doing remediation work Abitibi had allegedly left undone and that in the Province's assessment, "at this point in

[50] En adoptant l'*Abitibi Act*, ayant ainsi recours à son pouvoir législatif, la province mettait en place un contexte factuel unique qui menait à l'émission des ordonnances. La saisie par la province des actifs d'Abitibi, l'annulation de tous les contrats d'approvisionnement en eau et d'hydroélectricité conclus entre Abitibi et la province, l'annulation des recours intentés par Abitibi pour obtenir le remboursement de plusieurs centaines de milliers de dollars et le refus de toute indemnité et de tous recours en justice à l'égard des actifs saisis tissent un contexte factuel dont le juge ne peut faire abstraction dans son examen des ordonnances *EPA*.

[51] Le juge de première instance n'a pas fait une analyse distincte du critère suivant lequel le tribunal doit être suffisamment certain que le ministre exécuterait les travaux de décontamination et ferait, par conséquent, valoir une réclamation pécuniaire. Cependant, la plupart de ses conclusions reposent manifestement sur un constat positif à cet égard. Par exemple, le constat que [TRADUCTION] « [s]elon toute vraisemblance, le caractère véritable des ordonnances *EPA* [consiste] pour la province à tenter de jeter les bases de réclamations pécuniaires contre Abitibi, dans le but de les utiliser tout probablement à titre compensatoire au regard des demandes d'indemnisation d'Abitibi fondées sur l'ALÉNA » (par. 178) repose nécessairement sur la prémisse que la province allait fort probablement exécuter les travaux de décontamination. En effet, puisque les réclamations pécuniaires, en common law comme en droit civil, doivent être réciproques pour opérer compensation, la province devait avoir engagé des dépenses en exécutant des travaux, ce qui établissait la base de la réclamation qu'elle ferait valoir pour compenser celle d'Abitibi.

[52] Un autre fait illustre que le juge de première instance a implicitement conclu que la province allait fort probablement exécuter les travaux et produire une réclamation pour compenser ses coûts est qu'il en a trouvé une confirmation dans la déclaration du premier ministre selon laquelle la province tentait d'évaluer ce qu'il en coûterait pour réaliser les travaux de décontamination qu'Abitibi n'aurait

time, there would not be a net payment to Abitibi” (para. 181).

[53] The *CCA* judge’s reasons not only rest on an implicit finding that the Province would most likely perform the work, but refer explicitly to facts that support this finding. To reach his conclusion that the *EPA* Orders were monetary in nature, the *CCA* judge relied on the fact that Abitibi’s operations were funded through debtor-in-possession financing and its access to funds was limited to ongoing operations. Given that the *EPA* Orders targeted sites that were, for the most part, no longer in Abitibi’s possession, this meant that Abitibi had no means to perform the remediation work during the reorganization process.

[54] In addition, because Abitibi lacked funds and no longer controlled the properties, the timetable set by the Province in the *EPA* Orders suggested that the Province never truly intended that Abitibi was to perform the remediation work required by the orders. The timetable was also unrealistic. For example, the orders were issued on November 12, 2009 and set a deadline of January 15, 2010 to perform a particular act, but the evidence revealed that compliance with this requirement would have taken close to a year.

[55] Furthermore, the judge relied on the fact that Abitibi was not simply designated a “person responsible” under the *EPA*, but was intentionally targeted by the Province. The finding that the Province had targeted Abitibi was drawn not only from the timing of the *EPA* Orders, but also from the fact that Abitibi was the only person designated in them, whereas others also appeared to be responsible — in some cases, primarily responsible — for the contamination. For example, Abitibi was ordered to do remediation work on a site it had surrendered more than 50 years before the orders were issued; the expert report upon which the orders were based made no distinction between Abitibi’s activities on the property, on which its source of power had been horse power, and subsequent activities by others who had used fuel-powered vehicles

pas exécutés, et que selon l’estimation de la province, [TRADUCTION] « à l’heure actuelle, aucun paiement net ne serait versé à Abitibi » (par. 181).

[53] Les motifs du juge de première instance reposent non seulement sur une constatation implicite que la province exécuterait fort probablement les travaux, mais ils renvoient expressément aux faits qui appuient cette constatation. Pour conclure que les ordonnances *EPA* étaient de nature pécuniaire, le juge s’est fondé sur le fait qu’Abitibi pouvait mener ses opérations grâce à un financement de débiteur-exploitant et qu’elle n’avait accès à ces fonds que pour ses activités courantes. Étant donné que les ordonnances visaient des sites que, pour la plupart, Abitibi ne possédait plus, cela signifiait qu’Abitibi ne disposait d’aucune ressource pour exécuter les travaux pendant la réorganisation.

[54] De plus, parce qu’Abitibi ne disposait pas des fonds et n’exerçait plus aucun contrôle sur les biens, l’échéancier fixé par la province dans les ordonnances *EPA* était non seulement irréaliste, mais suggérait que la province n’avait jamais vraiment eu l’intention qu’Abitibi exécute les travaux qu’elle lui ordonnait de faire. Par exemple, les ordonnances en date du 12 novembre 2009 exigeaient que certains travaux particuliers soient terminés le 15 janvier 2010 alors que la preuve démontre qu’il aurait fallu presque un an pour exécuter ces travaux.

[55] En outre, le juge s’est appuyé sur le fait qu’Abitibi n’était pas simplement désignée comme [TRADUCTION] « personne responsable » aux termes de l’*EPA*, mais qu’elle était intentionnellement visée par la province. Il a fait cette constatation non seulement en raison du choix du moment où les ordonnances ont été prononcées, mais aussi parce qu’Abitibi y était la seule personne désignée alors que d’autres semblaient également responsables — et en certains cas, principalement responsables — de la contamination. Par exemple, la province a ordonné à Abitibi d’effectuer des travaux de décontamination d’un site qu’elle avait abandonné plus de 50 ans avant le prononcé des ordonnances alors que le rapport d’expert sur lequel les ordonnances étaient fondées ne distinguait aucunement les activités d’Abitibi, qui avait utilisé des chevaux,

there. In the judge's opinion, this finding of fact went to the Province's intent to establish a basis for performing the work itself and asserting a claim against Abitibi.

[56] These reasons — and others — led the CCAA judge to conclude that the Province had not expected Abitibi to perform the remediation work and that the “intended, practical and realistic effect of the EPA Orders was to establish a basis for the Province to recover amounts of money to be eventually used for the remediation of the properties in question” (para. 211). He found that the Province appeared to have in fact taken some steps to liquidate the claims arising out of the *EPA* Orders.

[57] In the end, the judge found that there was definitely a claim that “might” be filed, and that it was not left to “the subjective choice of the creditor to hold the claim in its pocket for tactical reasons” (para. 227). In his words, the situation did not involve a “detached regulator or public enforcer issuing [an] order for the public good” (para. 175), and it was “the hat of a creditor that best fit[ed] the Province, not that of a disinterested regulator” (para. 176).

[58] In sum, although the analytical framework used by Gascon J. was driven by the facts of the case, he reviewed all the legal principles and facts that needed to be considered in order to make the determination in the case at bar. He did at times rely on indicators that are unique and that do not appear in the analytical framework I propose above, but he did so because of the exceptional facts of this case. Yet, had he formulated the question in the same way as I have, his conclusion, based on his objective findings of fact, would have been the same. Earmarking money may be a strong indicator that a province will perform remediation work, and actually commencing the work is the first step towards the creation of a debt, but these are not the

et les activités subséquentes d'autres personnes qui y avaient utilisé des véhicules alimentés au mazout. Ce fait, pour le juge, illustre l'intention de la province d'établir un fondement pour exécuter elle-même les travaux et présenter une réclamation contre Abitibi.

[56] Ces motifs — et d'autres — ont amené le juge de première instance à conclure que la province ne s'attendait pas à ce qu'Abitibi exécute les travaux de décontamination et que [TRADUCTION] « les ordonnances *EPA* avaient pour effet voulu, pratique et réaliste de jeter les bases qui permettraient à la province de recouvrer les sommes d'argent devant éventuellement être employées pour la décontamination des terrains en question » (par. 211). Il a conclu que la province semblait avoir en fait pris des mesures en vue de liquider les réclamations découlant des ordonnances *EPA*.

[57] En fin de compte, le juge a conclu qu'il existait véritablement une réclamation qui « pourrait » être présentée, et qu'on ne pouvait laisser au bon vouloir du créancier [TRADUCTION] « le choix subjectif de la garder en réserve pour des raisons tactiques » (par. 227). Pour reprendre ses propres mots, il ne s'agissait pas d'un cas où « un organisme de réglementation ou d'application de la loi a émis de manière objective une ordonnance dans l'intérêt public » (par. 175), mais que « la province a agi plus comme un créancier que comme un organisme administratif désintéressé » (par. 176).

[58] En somme, bien que le cadre analytique utilisé par le juge Gascon a été dicté par les faits de l'affaire, il a examiné tous les principes juridiques et les faits qu'il était tenu de prendre en compte pour statuer sur la question qui se posait. À l'occasion, il s'est appuyé sur des indicateurs singuliers qui ne figurent pas dans le cadre analytique que j'ai déjà proposé, mais cela s'explique par les faits exceptionnels en l'espèce. Or, s'il avait formulé la question comme je l'ai posée, sa conclusion, appuyée sur ses constatations de fait objectives, aurait été la même. Le fait de prévoir un budget peut constituer un indicateur clair qu'une province exécutera des travaux de décontamination, et le fait que ces travaux soient entrepris constitue la première étape de

only considerations that can lead to a finding that a creditor has a monetary claim. The CCAA judge's assessment of the facts, particularly his finding that the EPA Orders were the first step towards performance of the remediation work by the Province, leads to no conclusion other than that it was sufficiently certain that the Province would perform remediation work and therefore fall within the definition of a creditor with a monetary claim.

VI. Conclusion

[59] In sum, I agree with the Chief Justice that, as a general proposition, an environmental order issued by a regulatory body can be treated as a contingent claim, and that such a claim can be included in the claims process if it is sufficiently certain that the regulatory body will make a monetary claim against the debtor. Our difference of views lies mainly in the applicable threshold for including contingent claims and in our understanding of the CCAA judge's findings of fact.

[60] With respect to the law, the Chief Justice would craft a standard specific to the context of environmental orders by requiring a "likelihood approaching certainty" that the regulatory body will perform the remediation work. She finds that this threshold is justified because "remediation may cost a great deal of money" (para. 86). I acknowledge that remediating pollution is often costly, but I am of the view that Parliament has borne this consideration in mind in enacting provisions specific to environmental claims. Moreover, I recall that in this case, the Premier announced that the remediation work would be performed at no net cost to the Province. It was clear to him that the *Abitibi Act* would make it possible to offset all the related costs.

la constitution d'une dette, mais ces considérations ne sont pas les seules qui permettent de conclure qu'un créancier fait valoir une réclamation pécuniaire. L'appréciation des faits par le juge de première instance, plus particulièrement sa constatation que les ordonnances constituaient la première étape en vue de la décontamination des sites, ne permet de tirer aucune conclusion autre que celle suivant laquelle il était suffisamment certain que la province exécuterait des travaux de décontamination et qu'elle était par conséquent visée par la définition d'un créancier ayant une réclamation pécuniaire.

VI. Conclusion

[59] En somme, je suis d'accord avec la Juge en chef pour dire qu'en règle générale, une ordonnance environnementale d'un organisme administratif peut être traitée comme une réclamation éventuelle et qu'une telle réclamation peut être incluse au processus de réclamation s'il est suffisamment certain que l'organisme administratif fera valoir une réclamation pécuniaire contre le débiteur. Nos divergences de vues portent principalement sur le critère applicable pour que les réclamations éventuelles soient incluses et sur la façon dont nous interprétons les constatations de fait tirées par le juge de première instance.

[60] En ce qui concerne le droit, la Juge en chef établirait une norme propre au contexte des ordonnances environnementales qui exigerait une « probabilité proche de la certitude » que l'organisme administratif réalisera les travaux de restauration. Elle estime que ce critère s'impose parce que « les travaux de restauration peuvent être très coûteux » (par. 86). Je reconnais que les travaux de décontamination sont souvent coûteux, mais je crois que cette considération a été prise en compte par le législateur fédéral lors de l'adoption des dispositions particulières visant les réclamations en matière environnementale. De plus, je rappelle qu'en l'instance, le premier ministre a annoncé que les travaux de décontamination seraient réalisés sans coût net pour la province. Il était évident pour lui que l'adoption de l'*Abitibi Act* permettrait de compenser tous les coûts afférents.

[61] Thus, I prefer to take the approach generally taken for all contingent claims. In my view, the CCAA court is entitled to take all relevant facts into consideration in making the relevant determination. Under this approach, the contingency to be assessed in a case such as this is whether it is sufficiently certain that the regulatory body will perform remediation work and be in a position to assert a monetary claim.

[62] Finally, the Chief Justice would review the CCAA court's findings of fact. I would instead defer to them. On those findings, applying any legal standard, be it the one proposed by the Chief Justice or the one I propose, the Province's claim is monetary in nature and its motion for a declaration exempting the EPA Orders from the claims procedure order was properly dismissed.

[63] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

THE CHIEF JUSTICE (dissenting) —

1. Overview

[64] The issue in this case is whether orders made under the *Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, c. E-14.2 (“EPA”), by the Newfoundland and Labrador Minister of Environment and Conservation (“Minister”) requiring a polluter to clean up sites (the “EPA Orders”) are monetary claims that can be compromised in corporate restructuring under the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“CCAA”). If they are not claims that can be compromised in restructuring, the Abitibi respondents (“Abitibi”) will still have a legal obligation to clean up the sites following their emergence from restructuring. If they are such claims, Abitibi will have emerged from restructuring free of the obligation, able to recommence business without remediating the

[61] Par conséquent, je préfère retenir la méthode généralement suivie en matière de réclamations éventuelles. À mon avis, le tribunal chargé de l’application de la LACC peut prendre en compte l’ensemble des faits pertinents en vue de rendre la décision appropriée. Suivant cette approche, l’éventualité qu’il faut évaluer dans une affaire comme celle-ci est de savoir s’il est suffisamment certain que l’organisme administratif exécutera les travaux de décontamination et sera en mesure de faire valoir une réclamation pécuniaire.

[62] Enfin, la Juge en chef réviserait les conclusions de fait du juge de première instance. Pour ma part, je m’en remets à ces conclusions. Quelle que soit la norme juridique appliquée, soit celle proposée par la Juge en chef ou celle que je propose, au vu de ces conclusions, la réclamation de la province est de nature pécuniaire et sa requête demandant de déclarer que les ordonnances EPA n’étaient pas assujetties à l’ordonnance relative à la procédure de réclamations a été à juste titre rejetée.

[63] Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens

Version française des motifs rendus par

LA JUGE EN CHEF (dissidente) —

1. Aperçu

[64] Il s’agit en l’espèce de savoir si des ordonnances du ministre de l’Environnement et de la Conservation (le « ministre ») de Terre-Neuve-et-Labrador, émises en vertu de l’*Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, ch. E-14.2 (« EPA »), obligeant un pollueur à décontaminer des sites (les « ordonnances EPA ») constituent des réclamations pécuniaires qui peuvent faire l’objet d’une transaction dans le cadre d’une restructuration d’entreprise engagée sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« LACC »). Si elles ne constituent pas des réclamations pécuniaires pouvant faire l’objet d’une transaction, les intimés du groupe Abitibi (« Abitibi ») auront encore l’obligation légale de décontaminer les sites lorsque leur

properties it polluted, the cost of which will fall on the Newfoundland and Labrador public.

[65] Remediation orders made under a province's environmental protection legislation impose ongoing regulatory obligations on the corporation required to clean up the pollution. They are not monetary claims. In narrow circumstances, specified by the *CCAA*, these ongoing regulatory obligations may be reduced to monetary claims, which can be compromised under *CCAA* proceedings. This occurs where a province has done the work, or where it is "sufficiently certain" that it will do the work. In these circumstances, the regulatory obligation would be extinguished and the province would have a monetary claim for the cost of remediation in the *CCAA* proceedings. Otherwise, the regulatory obligation survives the restructuring.

[66] In my view, the orders for remediation in this case, with a minor exception, are not claims that can be compromised in restructuring. On one of the properties, the Minister did emergency remedial work and put other work out to tender. These costs can be claimed in the *CCAA* proceedings. However, with respect to the other properties, on the evidence before us, the Minister has neither done the clean-up work, nor is it sufficiently certain that he or she will do so. The Province of Newfoundland and Labrador ("Province") retained a number of options, including requiring Abitibi to perform the remediation if it successfully emerged from the *CCAA* restructuring.

restructuration sera terminée. Dans le cas contraire, Abitibi sera déchargée de cette obligation; elle pourra reprendre ses activités à l'issue de la restructuration sans avoir à décontaminer les sites qu'elle a pollués et la population de Terre-Neuve-et-Labrador devra supporter le coût de la décontamination.

[65] Les ordonnances exigeant la décontamination émises aux termes d'une loi provinciale sur la protection de l'environnement imposent des exigences réglementaires continues à la personne morale requise de remédier à la pollution. Ces ordonnances ne constituent pas des réclamations pécuniaires. En certaines circonstances particulières prévues par la *LACC*, ces exigences réglementaires continues peuvent être converties en réclamations pécuniaires, lesquelles peuvent faire l'objet de transactions dans le cadre de procédures engagées aux termes de la *LACC*. Cette situation se produit lorsqu'une province a exécuté les travaux, ou lorsqu'il est « suffisamment certain » qu'elle exécutera les travaux. Dans ces circonstances, l'exigence réglementaire serait éteinte et la province pourrait produire, dans le cadre de procédures engagées sous le régime de la *LACC*, une réclamation pécuniaire couvrant le coût des travaux de décontamination. Autrement, l'exigence réglementaire subsiste après la restructuration.

[66] À mon avis, les ordonnances exigeant la décontamination en l'espèce, à une exception près, ne constituent pas des réclamations pouvant faire l'objet de transactions dans le cadre d'une restructuration. Dans un des sites, la ministre de l'époque a effectué d'urgence la décontamination et a lancé un appel d'offres pour d'autres travaux. Le coût de ces travaux peut faire l'objet d'une réclamation dans les procédures engagées sous le régime de la *LACC*. Toutefois, en ce qui concerne les autres sites, selon les éléments de preuve dont nous disposons, le ministre en poste n'a pas effectué les travaux de décontamination et il n'est pas suffisamment certain qu'il le fera. La province de Terre-Neuve-et-Labrador (« province ») a conservé un certain nombre de solutions, dont celle d'obliger Abitibi à décontaminer les sites si elle réussit sa restructuration engagée sous le régime de la *LACC*.

[67] I would therefore allow the appeal and grant the Province the declaration it seeks that Abitibi is still subject to its obligations under the *EPA* following its emergence from restructuring, except for work done or tendered for on the Buchans site.

2. The Proceedings Below

[68] The *CCAA* judge took the view that the Province issued the *EPA* Orders, not in order to make Abitibi remediate, but as part of a money grab. He therefore concluded that the orders were monetary and financial in nature and should be considered claims that could be compromised under the *CCAA* (2010 QCCS 1261, 68 C.B.R. (5th) 1). The Quebec Court of Appeal denied leave to appeal on the ground that this “factual” conclusion could not be disturbed (2010 QCCA 965, 68 C.B.R. (5th) 57).

[69] The *CCAA* judge’s stark view that an *EPA* obligation can be considered a monetary claim capable of being compromised simply because (as he saw it) the Province’s motive was money, is no longer pressed. Whether an *EPA* order is a claim under the *CCAA* depends on whether it meets the requirements for a claim under that statute. That is the only issue to be resolved. Insofar as this determination touches on the division of powers, I am in substantial agreement with my colleague Deschamps J., at paras. 18-19.

3. The Distinction Between Regulatory Obligations and Claims Under the CCAA

[70] Orders to clean up polluted property under provincial environmental protection legislation are regulatory orders. They remain in effect until the

[67] Je suis par conséquent d’avis d’accueillir le pourvoi et d’accorder à la province le jugement déclaratoire sollicité portant qu’Abitibi reste assujettie à ses obligations en vertu de l’*EPA* au terme de cette période de restructuration, à l’exception des travaux sur le site de Buchans déjà exécutés ou à l’égard desquels des appels d’offres ont été lancés.

2. Les décisions des juridictions inférieures

[68] Le juge de première instance a adopté le point de vue selon lequel la province avait émis les ordonnances *EPA*, non pas pour obliger Abitibi à réparer les dommages causés, mais pour lui soustraire de l’argent. Il a donc conclu que les ordonnances étaient de nature pécuniaire et financière, et qu’elles devraient être considérées comme des réclamations pouvant faire l’objet de transactions sous le régime de la *LACC* (2010 QCCS 1261, 68 C.B.R. (5th) 1). La Cour d’appel du Québec a refusé l’autorisation d’interjeter appel de cette décision au motif que rien ne permettait de modifier cette conclusion « de fait » (2010 QCCA 965, 68 C.B.R. (5th) 57).

[69] Le point de vue peu nuancé du juge de première instance, selon lequel une obligation découlant de l’*EPA* peut être considérée comme une réclamation pécuniaire susceptible de faire l’objet d’une transaction du simple fait (à son avis) que la province n’était motivée que par l’argent, n’est plus en cause. Pour répondre à la question de savoir si une ordonnance émise sous le régime de l’*EPA* constitue une réclamation au sens de la *LACC*, il faut déterminer si elle satisfait aux conditions d’existence d’une réclamation établies par cette loi. Il s’agit de la seule question à trancher. Dans la mesure où la décision sur ce point touche le partage des pouvoirs, je souscris pour l’essentiel à l’opinion exprimée par ma collègue la juge Deschamps aux par. 18-19.

3. La distinction entre une exigence réglementaire et une réclamation au titre de la LACC

[70] Les ordonnances exigeant la décontamination des sites pollués émises en vertu des lois provinciales sur l’environnement sont des ordonnances

property has been cleaned up or the matter otherwise resolved.

[71] It is not unusual for corporations seeking to restructure under the *CCAA* to be subject to a variety of ongoing regulatory orders arising from statutory schemes governing matters like employment, energy conservation and the environment. The corporation remains subject to these obligations as it continues to carry on business during the restructuring period, and remains subject to them when it emerges from restructuring unless they have been compromised or liquidated.

[72] The *CCAA*, like the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“*BIA*”), draws a fundamental distinction between ongoing regulatory obligations owed to the public, which generally survive the restructuring, and monetary claims that can be compromised.

[73] This distinction is also recognized in the jurisprudence, which has held that regulatory duties owed to the public are not “claims” under the *BIA*, nor, by extension, under the *CCAA*. In *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. v. Northern Badger Oil & Gas Ltd.* (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 45, the Alberta Court of Appeal held that a receiver in bankruptcy must comply with an order from the Energy Resources Conservation Board to comply with well abandonment requirements. Writing for the court, Laycraft C.J.A. said the question was whether the *Bankruptcy Act* “requires that the assets in the estate of an insolvent well licensee should be distributed to creditors leaving behind the duties respecting environmental safety . . . as a charge to the public” (para. 29). He answered the question in the negative:

The duty is owed as a public duty by all the citizens of the community to their fellow citizens. When the

de nature réglementaire. Elles demeurent en vigueur jusqu’à ce que le site ait été décontaminé ou que l’affaire soit réglée d’une autre façon.

[71] Il n’est pas inhabituel pour les sociétés qui cherchent à se restructurer sous le régime de la *LACC* d’être assujetties à diverses ordonnances réglementaires continues découlant de régimes législatifs régissant des domaines tels que l’emploi, la conservation de l’énergie et l’environnement. La société demeure assujettie à ces exigences alors qu’elle continue d’exercer ses activités pendant la période de restructuration, et elle y demeure assujettie au terme de cette période de restructuration, à moins que ces exigences n’aient fait l’objet d’une transaction ou qu’elles n’aient été liquidées.

[72] La *LACC*, à l’instar de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI* »), établit une distinction fondamentale entre les exigences réglementaires continues établies en faveur du public, lesquelles continuent de s’appliquer après la restructuration, et les réclamations pécuniaires qui peuvent faire l’objet d’une transaction.

[73] Cette distinction est aussi reconnue dans la jurisprudence, selon laquelle les obligations réglementaires établies en faveur du public ne sont pas des « réclamations » aux termes de la *LFI* ni, par extension, aux termes de la *LACC*. Dans l’arrêt *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. c. Northern Badger Oil & Gas Ltd.* (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 45, la Cour d’appel de l’Alberta a statué qu’un séquestre doit se conformer à une ordonnance de l’Energy Resources Conservation Board lui enjoignant de respecter des exigences en matière d’abandon de puits. Le juge en chef Laycraft, au nom de la cour, a affirmé que la question à trancher était de savoir si la *Loi sur la faillite* [TRADUCTION] « exige que les actifs se trouvant dans le patrimoine d’un titulaire de permis de puits soient distribués aux créanciers en laissant à la charge du public les obligations en matière de sécurité environnementale » (par. 29). Il a répondu par la négative :

[TRADUCTION] L’obligation est établie comme une obligation à caractère public qui doit être respectée par

citizen subject to the order complies, the result is not the recovery of money by the peace officer or public authority, or of a judgment for money, nor is that the object of the whole process. Rather, it is simply the enforcement of the general law. The enforcing authority does not become a “creditor” of the citizen on whom the duty is imposed. [Emphasis added; para. 33.]

[74] The distinction between regulatory obligations under the general law aimed at the protection of the public and monetary claims that can be compromised in CCAA restructuring or bankruptcy is a fundamental plank of Canadian corporate law. It has been repeatedly acknowledged: *Lamford Forest Products Ltd. (Re)* (1991), 86 D.L.R. (4th) 534 (B.C.S.C.); *Shirley (Re)* (1995), 129 D.L.R. (4th) 105 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 109; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, at para. 146, *per* Iacobucci J. (dissenting). As Farley J. succinctly put it in *Air Canada, Re [Regulators’ motions]* (2003), 28 C.B.R. (5th) 52 (Ont. S.C.J.), at para. 18: “Once [the company] emerges from these CCAA proceedings (successfully one would hope), then it will have to deal with each and every then unresolved [regulatory] matter.”

[75] Recent amendments to the CCAA confirm this distinction. Section 11.1(2) now explicitly provides that, except to the extent a regulator is enforcing a payment obligation, a general stay does not affect a regulatory body’s authority in relation to a corporation going through restructuring. The CCAA court may only stay specific actions or suits brought by a regulatory body, and only if such action is necessary for a viable compromise to be reached and it would not be contrary to the public interest to make such an order (s. 11.1(3)).

l’ensemble des citoyens de la collectivité à l’égard de leurs concitoyens. Lorsque le citoyen visé par l’ordonnance s’y conforme, le résultat n’est pas perçu comme le recouvrement d’une somme d’argent par un agent de la paix ou l’autorité publique, ni comme l’exécution d’un jugement ordonnant le paiement d’une somme d’argent; d’ailleurs, cela ne constitue pas non plus l’objectif de l’ensemble du processus. Il faut plutôt y voir l’application d’une loi générale. L’organisme d’application de la loi ne devient pas un « créancier » du citoyen à qui incombe l’obligation. [Je souligne; par. 33.]

[74] La distinction entre les exigences réglementaires découlant d’une loi d’application générale visant la protection du public, d’une part, et les réclamations pécuniaires pouvant faire l’objet d’une transaction dans le cadre d’une restructuration engagée sous le régime de la LACC ou en matière de faillite, d’autre part, constitue un élément important du droit canadien des sociétés. Cette distinction a maintes fois été reconnue : *Lamford Forest Products Ltd. (Re)* (1991), 86 D.L.R. (4th) 534 (C.S.C.-B.); *Shirley (Re)* (1995), 129 D.L.R. (4th) 105 (C. Ont. (Div. gén.)), p. 109; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, par. 146, le juge Iacobucci (dissident). Comme l’a dit succinctement le juge Farley dans *Air Canada, Re [Regulators’ motions]* (2003), 28 C.B.R. (5th) 52 (C.S.J. Ont.), par. 18 : [TRADUCTION] « À l’issue des procédures engagées en vertu de la LACC — souhaitons qu’elles soient couronnées de succès — [la société] aura alors à régler chacun des dossiers non résolus [en matière réglementaire]. »

[75] Des modifications apportées récemment à la LACC confirment cette distinction. Le paragraphe 11.1(2) prévoit maintenant expressément que, sauf dans la mesure où un organisme de réglementation fait respecter une obligation de paiement, une suspension générale ne porte aucunement atteinte aux pouvoirs de celui-ci à l’égard d’une société en restructuration. Le tribunal chargé d’appliquer la LACC ne peut ordonner une suspension qu’à l’égard de certaines actions ou poursuites intentées par un organisme administratif, et seulement si cette mesure est nécessaire à la conclusion d’une transaction viable et si une telle ordonnance ne serait pas contraire à l’intérêt public (par. 11.1(3)).

[76] Abitibi argues that another amendment to the CCAA, s. 11.8(9), treats ongoing regulatory duties owed to the public as claims, and erases the distinction between the two types of obligation: see *General Chemical Canada Ltd., Re*, 2007 ONCA 600, 228 O.A.C. 385, per Goudge J.A., relying on s. 14.06(8) of the BIA (the equivalent of s. 11.8(9) of the CCAA). With respect, this reads too much into the provision. Section 11.8(9) of the CCAA refers only to the situation where a government has performed remediation, and provides that the *costs of the remediation* become a claim in the restructuring process even where the environmental damage arose after CCAA proceedings have begun. As stated in *Strathcona (County) v. PriceWaterhouseCoopers Inc.*, 2005 ABQB 559, 47 Alta. L.R. (4th) 138, per Burrows J., the section “does not convert a statutorily imposed obligation owed to the public at large into a liability owed to the public body charged with enforcing it” (para. 42).

4. When Does a Regulatory Obligation Become a Claim Under the CCAA?

[77] This brings us to the heart of the question before us: When does a regulatory obligation imposed on a corporation under environmental protection legislation become a “claim” provable and compromisable under the CCAA?

[78] Regulatory obligations are, as a general proposition, not compromisable claims. Only financial or monetary claims provable by a “creditor” fall within the definition of “claim” under the CCAA. A “creditor” is defined as “a person having a claim”: s. 2, BIA. Thus, the identification of a “creditor” hangs on the existence of a “claim”. Section 12(1) of the CCAA defines “claim” as “any indebtedness, liability or obligation . . . that . . . would be a debt provable in bankruptcy”, which is

[76] Abitibi plaide qu’en vertu d’une autre modification apportée à la LACC, le par. 11.8(9), les exigences réglementaires continues établies en faveur du public sont considérées comme des réclamations, et que cette modification élimine la distinction entre les deux types d’obligations : voir *General Chemical Canada Ltd., Re*, 2007 ONCA 600, 228 O.A.C. 385, le juge Goudge, citant le par. 14.06(8) de la LFI (la disposition équivalente au par. 11.8(9) de la LACC). Avec égards, cette interprétation de la disposition est trop large. Le paragraphe 11.8(9) de la LACC vise uniquement la situation où un gouvernement a exécuté des travaux de réparation du dommage, et prévoit que les *frais de réparation* constituent une réclamation dans le cadre du processus de restructuration, même si les dommages ont été causés à l’environnement après l’introduction des procédures au titre de la LACC. Comme l’a déclaré le juge Burrows dans *Strathcona (County) c. PriceWaterhouseCoopers Inc.*, 2005 ABQB 559, 47 Alta. L.R. (4th) 138, la disposition [TRADUCTION] « ne convertit pas une exigence imposée par la loi et établie en faveur du public en général en une dette envers l’organisme public chargé d’appliquer la loi » (par. 42).

4. Quand une exigence réglementaire devient-elle une réclamation au titre de la LACC?

[77] Ceci nous amène au cœur de la question dont nous sommes saisis : quand une exigence réglementaire imposée à une société en vertu d’une loi sur la protection de l’environnement devient-elle une « réclamation » prouvable et pouvant faire l’objet d’une transaction aux termes de la LACC?

[78] En règle générale, les exigences réglementaires ne sont pas des réclamations pouvant faire l’objet d’une transaction. Seules les réclamations financières ou pécuniaires prouvables par un « créancier » correspondent à la définition de « réclamation » au sens de la LACC. Un « créancier » est défini comme étant une « [p]ersonne ayant une réclamation » : art. 2, LFI. Ainsi, l’identification d’un « créancier » repose sur l’existence d’une « réclamation ». Le paragraphe 12(1) de la LACC définit une « réclamation »

accepted as confined to obligations of a financial or monetary nature.

[79] The *CCAA* does not depart from the proposition that a claim must be financial or monetary. However, it contains a scheme to deal with disputes over whether an obligation is a monetary obligation as opposed to some other kind of obligation.

[80] Such a dispute may arise with respect to environmental obligations of the corporation. The *CCAA* recognizes three situations that may arise when a corporation enters restructuring.

[81] The first situation is where the remedial work has not been done (and there is no “sufficient certainty” that the work will be done, unlike the third situation described below). In this situation, the government cannot claim the cost of remediation: see s. 102(3) of the *EPA*. The obligation of compliance falls in principle on the monitor who takes over the corporation’s assets and operations. If the monitor remediates the property, he can claim the costs as costs of administration. If he does not wish to do so, he may obtain a court order staying the remediation obligation or abandon the property: s. 11.8(5) *CCAA* (in which case costs of remediation shall not rank as costs of administration: s. 11.8(7)). In this situation, the obligation cannot be compromised.

[82] The second situation is where the government that has issued the environmental protection order moves to clean up the pollution, as the legislation entitles it to do. In this situation, the government has a claim for the cost of remediation that is compromisable in the *CCAA* proceedings. This is because the government, by moving to clean up the pollution, has changed the outstanding regulatory

comme étant « toute dette, tout engagement ou toute obligation [. . .] qui [. . .] constituerait une dette prouvable en matière de faillite », une définition dont la portée reconnue se limite aux obligations de nature financière ou pécuniaire.

[79] La *LACC* ne s’écarte pas du principe selon lequel une réclamation doit être financière ou pécuniaire. Elle prévoit cependant un régime permettant de régler les différends portant sur la question de savoir si une obligation est de nature pécuniaire, par opposition à une obligation d’une autre nature.

[80] Les obligations environnementales qui incombent à une personne morale peuvent engendrer un tel différend. La *LACC* reconnaît trois situations susceptibles de se présenter lorsqu’une personne morale s’engage dans un processus de restructuration.

[81] La première situation est celle où les travaux de restauration du site n’ont pas été exécutés (et il n’est pas « suffisamment certain » que les travaux seront exécutés, contrairement à la troisième situation exposée ci-après). En pareil cas, le gouvernement ne peut réclamer le coût de la restauration : voir le par. 102(3) de l’*EPA*. En principe, l’obligation de se conformer à la loi incombe au contrôleur qui prend en charge l’actif et les activités de la société. Si le contrôleur exécute les travaux de restauration du site, il peut réclamer les frais en tant que frais d’administration. S’il ne désire pas le faire, il peut obtenir de la cour une ordonnance suspendant l’exigence de restauration ou il peut abandonner l’immeuble : par. 11.8(5) de la *LACC* (dans ce cas, les frais de restauration ne font pas partie des frais d’administration : par. 11.8(7)). En pareil cas, l’obligation ne peut faire l’objet d’une transaction.

[82] La deuxième situation est celle où le gouvernement qui a émis l’ordonnance environnementale prend des mesures de décontamination, ce que la législation l’autorise à faire. En pareil cas, le gouvernement peut produire, pour le coût de la décontamination, une réclamation qui pourra faire l’objet d’une transaction dans le cadre des procédures engagées sous le régime de la *LACC*. Il en est ainsi

obligation owed to the public into a financial or monetary obligation owed by the corporation to the government. Section 11.8(9), already discussed, makes it clear that this applies to damage after the CCAA proceedings commenced, which might otherwise not be claimable as a matter of timing.

[83] A third situation may arise: the government has not yet performed the remediation at the time of restructuring, but there is “sufficient certainty” that it will do so. This situation is regulated by the provisions of the CCAA for contingent or future claims. Under the CCAA, a debt or liability that is contingent on a future event may be compromised.

[84] It is clear that a mere possibility that work will be done does not suffice to make a regulatory obligation a contingent claim under the CCAA. Rather, there must be “sufficient certainty” that the obligation will be converted into a financial or monetary claim to permit this. The impact of the obligation on the insolvency process is irrelevant to the analysis of contingency. The future liabilities must not be “so remote and speculative in nature that they could not properly be considered contingent claims”: *Confederation Treasury Services Ltd. (Bankrupt), Re* (1997), 96 O.A.C. 75, at para. 4.

[85] Where environmental obligations are concerned, courts to date have relied on a high degree of probability verging on certainty that the government will in fact step in and remediate the property. In *Anvil Range Mining Corp., Re* (2001), 25 C.B.R. (4th) 1 (Ont. S.C.J.), Farley J. concluded that a contingent claim was established where the money had already been earmarked in the budget for the remediation project. He observed that

parce que le gouvernement, en prenant des mesures pour décontaminer le site, a transformé l'exigence réglementaire non exécutée établie en faveur du public en une obligation financière ou pécuniaire à laquelle la société est tenue envers le gouvernement. Le paragraphe 11.8(9), examiné précédemment, prévoit clairement que cette situation s'applique aux dommages survenus après que les procédures ont été engagées au titre de la LACC; en l'absence d'une telle précision, ces dommages ne pourraient faire l'objet d'une réclamation compte tenu du moment choisi pour agir.

[83] Une troisième situation peut se présenter : le gouvernement n'a pas encore exécuté des travaux de restauration au moment de la restructuration, mais il est « suffisamment certain » qu'il le fera. Cette situation est prévue par les dispositions de la LACC relatives aux réclamations éventuelles ou futures. Aux termes de la LACC, une dette ou un engagement qui dépend d'un événement futur peut faire l'objet d'une transaction.

[84] Il est évident qu'une simple possibilité que les travaux soient exécutés ne suffit pas pour transformer une exigence réglementaire en une réclamation éventuelle au titre de la LACC. Pour en arriver à ce résultat, il faut plutôt qu'il soit « suffisamment certain » que l'exigence sera convertie en une réclamation financière ou pécuniaire. L'incidence de l'exigence sur le processus d'insolvabilité n'est pas pertinente pour l'analyse du caractère éventuel de la réclamation. Les engagements futurs ne doivent pas être [TRADUCTION] « si lointains et hypothétiques qu'ils ne puissent être considérés à bon droit comme des réclamations éventuelles » : *Confederation Treasury Services Ltd. (Bankrupt), Re* (1997), 96 O.A.C. 75, par. 4.

[85] Lorsque des exigences environnementales sont en cause, les tribunaux se sont jusqu'à ce jour fondés sur un haut degré de probabilité, proche de la certitude, que le gouvernement prendra réellement des mesures et exécutera les travaux de restauration. Dans *Anvil Range Mining Corp., Re* (2001), 25 C.B.R. (4th) 1 (C.S.J. Ont.), le juge Farley a conclu que la preuve d'une réclamation éventuelle était établie parce que les fonds avaient

“there appears to be every likelihood to a certainty that every dollar in the budget for the year ending March 31, 2002 earmarked for reclamation will be spent” (para. 15 (emphasis added)). Similarly, in *Shirley (Re)*, Kennedy J. relied on the fact that the Ontario Minister of the Environment had already entered the property at issue and commenced remediation activities to conclude that “[a]ny doubt about the resolve of the [Ministry’s] intent to realize upon its authority ended when it began to incur expense from operations” (p. 110).

[86] There is good reason why “sufficient certainty” should be interpreted as requiring “likelihood approaching certainty” when the issue is whether ongoing environmental obligations owed to the public should be converted to contingent claims that can be expunged or compromised in the restructuring process. Courts should not overlook the obstacles governments may encounter in deciding to remediate environmental damage a corporation has caused. To begin with, the government’s decision is discretionary and may be influenced by any number of competing political and social considerations. Furthermore, remediation may cost a great deal of money. For example, in this case, the CCAA court found that at a minimum the remediation would cost in the “mid-to-high eight figures”, and could indeed cost several times that (para. 81). In concrete terms, the remediation at issue in this case may be expected to meet or exceed the entire budget of the Minister (\$65 million) for 2009. Not only would this be a massive expenditure, but it would also likely require the specific approval of the legislature and thereby be subject to political uncertainties. To assess these factors and determine whether all this will occur would embroil the CCAA judge in social, economic and political considerations — matters which are not normally subject to judicial consideration: *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45, at para. 74. It is small wonder, then, that courts assessing whether it is “sufficiently certain” that a government will clean up pollution created

déjà été dédiés au projet de restauration dans le budget. Il a fait remarquer qu’[TRADUCTION] « il semble fortement probable et presque certain que chaque dollar dédié aux réclamations figurant au budget établi pour l’année se terminant le 31 mars 2002 sera dépensé » (par. 15 (je souligne)). De même, dans *Shirley (Re)*, le juge Kennedy s’est fondé sur le fait que les employés du ministère de l’Environnement de l’Ontario se trouvaient déjà sur le terrain en cause et avaient commencé les travaux de restauration pour conclure que [TRADUCTION] « [t]ous doutes quant à la détermination du [ministère] d’exercer son droit se sont estompés lorsque l’opération a commencé à lui occasionner des dépenses » (p. 110).

[86] Une bonne raison explique pourquoi il convient d’interpréter l’expression « suffisamment certain » comme exigeant une « probabilité proche de la certitude » lorsqu’il s’agit de déterminer si des exigences environnementales continues établies en faveur du public devraient être converties en réclamations éventuelles qui peuvent être rayées ou faire l’objet d’une transaction dans le cadre du processus de restructuration. Les tribunaux ne devraient pas oublier les obstacles auxquels les gouvernements peuvent se heurter lorsqu’ils décident de réparer les dommages environnementaux causés par une société. D’abord, la décision du gouvernement est discrétionnaire, et elle peut être influencée par nombre de considérations politiques et sociales concurrentes. En outre, les travaux de restauration peuvent être très coûteux. En l’espèce, par exemple, le juge de première instance a conclu que ces travaux pourraient coûter au minimum [TRADUCTION] « entre cinquante et cent millions de dollars », et même plusieurs fois cette somme (par. 81). En termes concrets, le coût des travaux en cause en l’espèce pourrait atteindre ou dépasser le budget total du ministre (65 millions de dollars) pour l’exercice 2009. Il s’agirait non seulement d’une dépense énorme, mais il faudrait probablement aussi l’approbation explicite de l’assemblée législative, avec les incertitudes politiques que cela comporte. L’évaluation de ces facteurs et l’appréciation de la possibilité que tout ce qui précède se produise entraîneraient le juge chargé d’appliquer la LACC dans des considérations d’ordre

by a corporation have insisted on proof of likelihood approaching certainty.

[87] In this case, as will be seen, apart from the Buchans property, the record is devoid of any evidence capable of establishing that it is “sufficiently certain” that the Province will itself remediate the properties. Even on a more relaxed standard than the one adopted in similar cases to date, the evidence in this case would fail to establish that remediation is “sufficiently certain”.

5. The Result in This Case

[88] Five different sites are at issue in this case. The question in each case is whether the Minister has already remediated the property (making it to that extent an actual claim), or if not, whether it is “sufficiently certain” that he or she will remediate the property, permitting it to be considered a contingent claim.

[89] The Buchans site posed immediate risks to human health as a consequence of high levels of lead and other contaminants in the soil, groundwater, surface water and sediment. There was a risk that the wind would disperse the contamination, posing a threat to the surrounding population. Lead has been found in residential areas of Buchans and adults tested in the town had elevated levels of lead in their blood. In addition, a structurally unsound dam at the Buchans site raised the risk of contaminating silt entering the Exploits and Buchans rivers.

[90] The Minister quickly moved to address the immediate concern of the unsound dam and put

social, économique et politique — des questions normalement soustraites à l’examen judiciaire : *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45, par. 74. Il n’est donc pas étonnant que les tribunaux, lorsqu’il s’agit d’apprécier s’il est « suffisamment certain » qu’un gouvernement procédera à la décontamination causée par une société, s’en soient tenus à la preuve d’une probabilité proche de la certitude.

[87] En l’espèce, comme nous le verrons, à l’exclusion du site de Buchans, le dossier est dénué d’éléments de preuve susceptibles d’établir qu’il est « suffisamment certain » que la province exécutera elle-même les travaux de décontamination. Même si l’on applique une norme plus souple que celle retenue jusqu’à ce jour dans des affaires semblables, la preuve en l’espèce n’établirait pas qu’il est « suffisamment certain » que les sites seront décontaminés.

5. L’issue du présent pourvoi

[88] En l’espèce, cinq sites différents sont en cause. La question dans chaque cas est de savoir si le ministre a déjà décontaminé les sites — il aurait alors une réclamation — ou, si tel n’est pas le cas, s’il est « suffisamment certain » qu’il exécutera les travaux de restauration, ce qui permettrait de considérer le coût de la décontamination comme une réclamation éventuelle.

[89] Le site de Buchans posait un risque immédiat à la santé pour les humains en raison de la forte concentration de plomb et d’autres contaminants présente dans le sol, l’eau souterraine et de surface ainsi que dans des sédiments. Il y avait un risque que le vent disperse la contamination, ce qui aurait représenté une menace pour la population environnante. On a trouvé du plomb dans des zones résidentielles de Buchans et les tests de sang ont révélé chez des adultes résidant dans la ville des concentrations élevées de plomb. De plus, un barrage en mauvais état situé sur le site de Buchans augmentait le risque de contamination du limon se déversant dans les rivières Exploits et Buchans.

[90] La ministre de l’époque a rapidement pris des mesures pour régler le problème immédiat du

out a request for tenders for other measures that required immediate action at the Buchans site. Money expended is clearly a claim under the CCAA. I am also of the view that the work for which the request for tenders was put out meets the “sufficiently certain” standard and constitutes a contingent claim.

[91] Beyond this, it has not been shown that it is “sufficiently certain” that the Province will do the remediation work to permit Abitibi’s ongoing regulatory obligations under the EPA Orders to be considered contingent debts. The same applies to the other properties, on which no work has been done and no requests for tender to do the work initiated.

[92] Far from being “sufficiently certain”, there is simply nothing on the record to support the view that the Province will move to remediate the remaining properties. It has not been shown that the contamination poses immediate health risks, which must be addressed without delay. It has not been shown that the Province has taken any steps to do any work. And it has not been shown that the Province has set aside or even contemplated setting aside money for this work. Abitibi relies on a statement by the then-Premier in discussing the possibility that the Province would be obliged to compensate Abitibi for expropriation of some of the properties, to the effect that “there would not be a net payment to Abitibi”: R.F., at para. 12. Apart from the fact that the Premier was not purporting to state government policy, the statement simply does not say that the Province would do the remediation. The Premier may have simply been suggesting that outstanding environmental liabilities made the properties worth little or nothing, obviating any net payment to Abitibi.

[93] My colleague Deschamps J. concludes that the findings of the CCAA court establish that it was

barrage en mauvais état et a lancé un appel d’offres relatif aux autres mesures nécessitant une intervention immédiate sur le site de Buchans. Il est clair que les sommes d’argent dépensées constituent une réclamation au sens de la LACC. J’estime également que les travaux à l’égard desquels des appels d’offres ont été lancés satisfont à la norme de ce qui est « suffisamment certain » et qu’ils constituent une réclamation éventuelle.

[91] Quant au reste, on n’a pas établi qu’il soit « suffisamment certain » que la province exécutera les travaux de décontamination de façon à pouvoir considérer comme des dettes éventuelles les exigences réglementaires continues que les ordonnances EPA ont imposées à Abitibi. La même conclusion s’applique à l’égard des autres sites, où aucun travail n’a été réalisé et pour lesquels aucun appel d’offres n’a été lancé pour l’exécution des travaux.

[92] Il n’est pas « suffisamment certain » que la province entreprenne la décontamination des autres sites : aucune preuve au dossier ne laisse entrevoir cette possibilité. Il n’a pas été démontré que la contamination pose pour la santé des risques immédiats exigeant la prise de mesures dans les plus brefs délais. Il n’a pas été démontré que la province a pris quelque mesure que ce soit pour réaliser des travaux. Et il n’a pas été démontré que la province a prévu des sommes d’argent pour ces travaux ou qu’elle a même songé à en prévoir. Abitibi se fonde sur une déclaration du premier ministre de l’époque, qui examinait la possibilité que la province soit tenue de verser à Abitibi une indemnité pour l’expropriation de certains terrains, selon laquelle [TRADUCTION] « aucun montant net ne serait versé à Abitibi » : m.i., par. 12. Mis à part le fait que le premier ministre ne prétendait pas établir une politique gouvernementale, sa déclaration n’indique aucunement que la province exécuterait la décontamination. Le premier ministre indiquait peut-être simplement qu’en raison des exigences environnementales non respectées, les terrains ne valaient plus rien ou presque et qu’il serait inutile de verser quoi que ce soit à Abitibi.

[93] Ma collègue la juge Deschamps conclut que les constatations du juge de première instance

“sufficiently certain” that the Province would remediate the land, converting Abitibi’s regulatory obligations under the *EPA* Orders to contingent claims that can be compromised under the *CCAA*. With respect, I find myself unable to agree.

[94] The *CCAA* judge never asked himself the critical question of whether it was “sufficiently certain” that the Province would do the work itself. Essentially, he proceeded on the basis that the *EPA* Orders had not been put forward in a sincere effort to obtain remediation, but were simply a money grab. The *CCAA* judge buttressed his view that the Province’s regulatory orders were not sincere by opining that the orders were unenforceable (which if true would not prevent new *EPA* orders) and by suggesting that the Province did not want to assert a contingent claim, since this might attract a counterclaim by Abitibi for the expropriation of the properties (something that may be impossible due to Abitibi’s decision to take the expropriation issue to NAFTA (the *North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, Can. T.S. 1994 No. 2), excluding Canadian courts). In any event, it is clear that the *CCAA* judge, on the reasoning he adopted, never considered the question of whether it was “sufficiently certain” that the Province would remediate the properties. It follows that the *CCAA* judge’s conclusions cannot support the view that the outstanding obligations are contingent claims under the *CCAA*.

[95] My colleague concludes:

[The *CCAA* judge] did at times rely on indicators that are unique and that do not appear in the analytical framework I propose above, but he did so because of the exceptional facts of this case. Yet, had he formulated the

établissement qu’il est « suffisamment certain » que la province décontaminerait les terrains, transformant ainsi les exigences réglementaires que les ordonnances *EPA* imposent à Abitibi en réclamations éventuelles pouvant faire l’objet d’une transaction sous le régime de la *LACC*. Avec égards, je ne puis souscrire à cette conclusion.

[94] Le juge de première instance ne s’est jamais posé la question cruciale de savoir s’il était « suffisamment certain » que la province exécuterait elle-même les travaux. Essentiellement, il a tenu pour acquis que les ordonnances *EPA* n’avaient pas été émises avec l’intention sincère d’obtenir la décontamination des sites, mais qu’il s’agissait simplement d’une manœuvre pour soutirer de l’argent. Le juge a renforcé son point de vue selon lequel les ordonnances réglementaires émises par la province étaient dépourvues de sincérité en exprimant l’avis qu’elles n’étaient pas susceptibles d’exécution (ce qui, si cela s’avérait exact, n’empêcherait pas que de nouvelles ordonnances soient émises). Le juge a également laissé entendre que la province ne voulait pas produire une réclamation éventuelle, ce qui aurait pu provoquer le dépôt d’une demande reconventionnelle d’Abitibi pour l’expropriation des propriétés (un résultat qui peut s’avérer impossible étant donné la décision d’Abitibi de soumettre la question de l’expropriation à l’ALÉNA (*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d’Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, R.T. Can. 1994 n° 2), en écartant la juridiction des tribunaux canadiens). Quoi qu’il en soit, il est évident que dans son raisonnement, le juge de première instance n’a jamais examiné la question de savoir s’il était « suffisamment certain » que la province décontaminerait les sites. Il s’ensuit que les conclusions du juge ne peuvent soutenir le point de vue selon lequel les obligations non exécutées constituent des réclamations éventuelles au sens de la *LACC*.

[95] Ma collègue conclut comme suit :

À l’occasion, [le juge] s’est appuyé sur des indicateurs singuliers qui ne figurent pas dans le cadre analytique que j’ai déjà proposé, mais cela s’explique par les faits exceptionnels en l’espèce. Or, s’il avait formulé la question

question in the same way as I have, his conclusion, based on his objective findings of fact, would have been the same. . . . The CCAA judge's assessment of the facts . . . leads to no conclusion other than that it was sufficiently certain that the Province would perform remediation work and therefore fall within the definition of a creditor with a monetary claim. [Emphasis added; para. 58.]

[96] I must respectfully confess to a less sanguine view. First, I find myself unable to decide the case on what I think the CCAA judge would have done had he gotten the law right and considered the central question. In my view, his failure to consider that question requires this Court to answer it in his stead on the record before us: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 35. But more to the point, I see no objective facts that support, much less compel, the conclusion that it is “sufficiently certain” that the Province will move to itself remediate any or all of the pollution Abitibi caused. The mood of the regulator in issuing remediation orders, be it disinterested or otherwise, has no bearing on the likelihood that the Province will undertake such a massive project itself. The Province has options. It could, to be sure, opt to do the work. Or it could await the result of Abitibi's restructuring and call on it to remediate once it resumed operations. It could even choose to leave the sites contaminated. There is nothing in the record that makes the first option more probable than the others, much less establishes “sufficient certainty” that the Province will itself clean up the pollution, converting it to a debt.

[97] I would allow the appeal and issue a declaration that Abitibi's remediation obligations under the EPA Orders do not constitute claims compensable under the CCAA, except for work done or tendered for on the Buchans site.

comme je l'ai posée, sa conclusion, appuyée sur ses constatations de fait objectives, aurait été la même. [. . .] L'appréciation des faits par le juge [. . .] ne permet de tirer aucune conclusion autre que celle suivant laquelle il était suffisamment certain que la province exécuterait des travaux de décontamination et qu'elle était par conséquent visée par la définition d'un créancier ayant une réclamation pécuniaire. [Je souligne; par. 58.]

[96] Avec égards, je dois avouer que je ne partage pas la certitude de ma collègue à ce titre. Premièrement, j'estime ne pas pouvoir trancher le pourvoi en me fondant sur ce que je crois qu'aurait fait le juge de première instance s'il avait alors saisi correctement le droit et examiné la question réellement en jeu. À mon avis, le fait qu'il n'ait pas examiné cette question oblige notre Cour à y répondre à sa place au vu du dossier : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 35. Mais, plus précisément, je ne vois pas de faits objectifs qui appuient, et encore moins qui imposent, la conclusion selon laquelle il est « suffisamment certain » que la province entreprendra elle-même de décontaminer un site ou tous les sites pollués par Abitibi. L'humeur de l'organisme de réglementation qui ordonne la décontamination, qu'il soit ou non désintéressé, n'a aucune incidence sur la probabilité que la province entreprenne elle-même un projet d'une telle ampleur. Des choix s'offrent à la province. Elle pourrait certes choisir d'exécuter les travaux. Ou elle pourrait attendre le résultat de la restructuration d'Abitibi et lui demander d'exécuter les travaux d'assainissement une fois qu'elle aura repris ses activités. Elle pourrait même choisir de laisser les sites contaminés. Rien au dossier n'indique que le premier choix est plus susceptible d'être retenu que les autres, et encore moins qui établisse qu'il est « suffisamment certain » que la province exécutera elle-même la décontamination, convertissant ainsi l'opération en une créance.

[97] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de déclarer que les obligations de décontaminer les sites qui incombent à Abitibi aux termes des ordonnances EPA ne constituent pas des réclamations pouvant faire l'objet d'une transaction aux termes de la LACC, à l'exception des travaux exécutés sur le site de Buchans ou à l'égard desquels des appels d'offres ont été lancés.

The following are the reasons delivered by

[98] LEBEL J. (dissenting) — I have read the reasons of the Chief Justice and Deschamps J. They agree that a court overseeing a proposed arrangement under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“CCAA”), cannot relieve debtors of their regulatory obligations. The only regulatory orders that can be subject to compromise are those which are monetary in nature. My colleagues also accept that contingent environmental claims can be liquidated and compromised if it is established that the regulatory body would remediate the environmental contamination itself, and hence turn the regulatory order into a monetary claim.

[99] At this point, my colleagues disagree on the proper evidentiary test with respect to whether the government would remediate the contamination. In the Chief Justice’s opinion, the evidence must show that there is a “likelihood approaching certainty” that the province would remediate the contamination itself (para. 86). In my respectful opinion, this is not the established test for determining where and how a contingent claim can be liquidated in bankruptcy and insolvency law. The test of “sufficient certainty” described by Deschamps J., which does not look very different from the general civil standard of probability, better reflects how both the common law and the civil law view and deal with contingent claims. On the basis of the test Deschamps J. proposes, I must agree with the Chief Justice and would allow the appeal.

[100] First, no matter how I read the CCAA court’s judgment (2010 QCCS 1261, 68 C.B.R. (5th) 1), I find no support for a conclusion that it is consistent with the principle that the CCAA does not apply to purely regulatory obligations, or that the court had evidence that would satisfy the test of “sufficient certainty” that the province of Newfoundland and

Version française des motifs rendus par

[98] LE JUGE LEBEL (dissident) — J’ai pris connaissance des motifs de la Juge en chef et de la juge Deschamps. Elles s’entendent pour affirmer qu’un tribunal qui supervise un arrangement proposé aux termes de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« LACC »), ne peut soustraire les débiteurs aux exigences réglementaires qui leurs sont imposées. Seules peuvent faire l’objet d’une transaction les ordonnances réglementaires de nature pécuniaire. Mes collègues reconnaissent également que les réclamations environnementales éventuelles peuvent être liquidées ou faire l’objet d’une transaction s’il est établi que l’organisme administratif se chargerait de la décontamination, transformant ainsi l’ordonnance réglementaire en une réclamation pécuniaire.

[99] Sur ce, mes collègues diffèrent d’opinion quant au critère de preuve applicable pour déterminer si le gouvernement entend effectuer la décontamination. De l’avis de la Juge en chef, la preuve doit démontrer une « probabilité proche de la certitude » que la province se chargerait de la décontamination (par. 86). À mon humble avis, il ne s’agit pas du critère établi pour déterminer si, et de quelle façon, une réclamation éventuelle peut être liquidée en droit de la faillite et de l’insolvabilité. Le critère de ce qui est « suffisamment certain » qu’énonce la juge Deschamps ne semble pas différer beaucoup de la norme générale de probabilité en matière civile et reflète mieux la façon dont la common law et le droit civil envisagent et traitent les réclamations éventuelles. Cependant, en appliquant le critère que propose la juge Deschamps, je dois souscrire aux motifs de la Juge en chef et je suis d’avis d’accueillir le pourvoi.

[100] Tout d’abord, sans égard à la façon d’envisager le jugement du tribunal chargé d’appliquer la LACC (2010 QCCS 1261, 68 C.B.R. (5th) 1), rien à mon sens ne permet de conclure qu’il soit conforme au principe selon lequel la LACC ne s’applique pas aux exigences purement réglementaires, ou que la preuve faite devant le tribunal respecterait le critère

Labrador (“Province”) would perform the remedial work itself.

[101] In my view, the CCAA court was concerned that the arrangement would fail if the Abitibi respondents (“Abitibi”) were not released from their regulatory obligations in respect of pollution. The CCAA court wanted to eliminate the uncertainty that would have clouded the reorganized corporations’ future. Moreover, its decision appears to have been driven by an opinion that the Province had acted in bad faith in its dealings with Abitibi both during and after the termination of its operations in the Province. I agree with the Chief Justice that there is no evidence that the Province intends to perform the remedial work itself. In the absence of any other evidence, an offhand comment made in the legislature by a member of the government hardly satisfies the “sufficient certainty” test. Even if the evidentiary test proposed by my colleague Deschamps J. is applied, this Court can legitimately disregard the CCAA court’s finding as the Chief Justice proposes, since it did not rest on a sufficient factual foundation.

[102] For these reasons, I would concur with the disposition proposed by the Chief Justice.

Appeal dismissed with costs, McLachlin C.J. and LeBel J. dissenting.

Solicitors for the appellant: WeirFoulds, Toronto; Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John’s.

Solicitors for the respondents AbitibiBowater Inc., Abitibi-Consolidated Inc. and Bowater Canadian Holdings Inc.: Stikeman Elliott, Toronto.

Solicitors for the respondent the Ad Hoc Committee of Bondholders: Goodmans, Toronto.

Solicitors for the respondents the Ad Hoc Committee of Senior Secured Noteholders and the U.S. Bank National Association (Indenture Trustee

voulant qu’il soit « suffisamment certain » que la province de Terre-Neuve-et-Labrador (« province ») exécuterait elle-même les travaux de décontamination.

[101] À mon avis, le tribunal de première instance craignait un échec de l’arrangement si les sociétés du groupe Abitibi intimées (« Abitibi ») ne pouvaient se libérer des exigences réglementaires relatives à la pollution. Le tribunal voulait écarter l’incertitude qui aurait assombri l’avenir de ces sociétés après leur réorganisation. De plus, sa décision semble motivée par l’opinion suivant laquelle la province avait traité de mauvaise foi avec Abitibi dès que cette dernière eût cessé ses activités dans cette province. Je suis d’accord avec la Juge en chef pour conclure qu’aucune preuve ne confirme l’intention de la province d’exécuter elle-même les travaux de décontamination. En l’absence de tout autre élément de preuve, une remarque faite en passant par un ministre devant l’assemblée législative peut difficilement satisfaire au critère de ce qui est « suffisamment certain ». Même si l’on applique le critère de preuve que propose ma collègue la juge Deschamps, notre Cour peut légitimement écarter les conclusions du tribunal de première instance comme le propose la Juge en chef car elles ne reposent sur aucun fondement factuel suffisant.

[102] Pour ces motifs, je suis d’avis de souscrire au dispositif que propose la Juge en chef.

Pourvoi rejeté avec dépens, la juge en chef McLachlin et le juge LeBel sont dissidents.

Procureurs de l’appelante : WeirFoulds, Toronto; procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John’s.

Procureurs des intimées AbitibiBowater Inc., Abitibi-Consolidated Inc. et Bowater Canadian Holdings Inc. : Stikeman Elliott, Toronto.

Procureurs de l’intimé le comité ad hoc des créanciers obligataires : Goodmans, Toronto.

Procureurs des intimés le comité ad hoc des porteurs de billets garantis de premier rang et U.S. Bank National Association (fiduciaire

for the Senior Secured Noteholders): Borden Ladner Gervais, Toronto.

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

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

Solicitor for the interveners the Attorney General of British Columbia and Her Majesty The Queen in Right of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener Ernst & Young Inc., as Monitor: Thornton Grout Finnigan, Toronto.

Solicitors for the intervener the Friends of the Earth Canada: Ecojustice, University of Ottawa, Ottawa; Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

désigné par l'acte constitutif pour les porteurs de billets garantis de premier rang) : Borden Ladner Gervais, Toronto.

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

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

Procureur des intervenants le procureur général de la Colombie-Britannique et Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante Ernst & Young Inc., en sa qualité de contrôleur : Thornton Grout Finnigan, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Les Ami(e)s de la Terre Canada : Ecojustice, Université d'Ottawa, Ottawa; Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

TAB 11

Orphan Well Association and Alberta Energy Regulator *Appellants*

v.

Grant Thornton Limited and ATB Financial (formerly known as Alberta Treasury Branches) *Respondents*

and

**Attorney General of Ontario,
Attorney General of British Columbia,
Attorney General of Saskatchewan,
Attorney General of Alberta,
Ecojustice Canada Society,
Canadian Association of Petroleum Producers,
Greenpeace Canada,
Action Surface Rights Association,
Canadian Association of Insolvency and
Restructuring Professionals and
Canadian Bankers' Association** *Interveners*

**INDEXED AS: ORPHAN WELL ASSOCIATION v.
GRANT THORNTON LTD.**

2019 SCC 5

File No.: 37627.

2018: February 15; 2019: January 31.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Gascon, Côté and Brown JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA**

Constitutional law — Division of powers — Federal paramountcy — Bankruptcy and insolvency — Environmental law — Oil and gas — Oil and gas companies in Alberta required by provincial comprehensive licensing regime to assume end-of-life responsibilities with respect to oil wells, pipelines, and facilities — Provincial regulator administering licensing regime and enforcing end-of-life obligations pursuant to statutory powers — Trustee in bankruptcy of oil and gas company not taking responsibility for company's unproductive oil and gas assets and seeking to walk away from environmental liabilities

Orphan Well Association et Alberta Energy Regulator *Appellants*

c.

Grant Thornton Limited et ATB Financial (auparavant connue sous le nom d'Alberta Treasury Branches) *Intimées*

et

**Procureure générale de l'Ontario,
procureur général de la Colombie-Britannique,
procureur général de la Saskatchewan,
procureur général de l'Alberta,
Ecojustice Canada Society,
Association canadienne des producteurs
pétroliers, Greenpeace Canada,
Action Surface Rights Association,
Association canadienne des professionnels de
l'insolvabilité et de la réorganisation et
Association des banquiers canadiens** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : ORPHAN WELL ASSOCIATION c.
GRANT THORNTON LTD.**

2019 CSC 5

N° du greffe : 37627.

2018 : 15 février; 2019 : 31 janvier.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE
L'ALBERTA**

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Prépondérance fédérale — Faillite et insolvabilité — Droit de l'environnement — Pétrole et gaz — Sociétés pétrolières et gazières de l'Alberta tenues par le régime provincial complet de délivrance de permis d'assumer des responsabilités de fin de vie à l'égard de puits de pétrole, de pipelines et d'installations — Organisme de réglementation provincial administrant le régime d'octroi de permis et assurant le respect des obligations de fin de vie en vertu des pouvoirs que lui confère la loi — Syndic de faillite d'une société pétrolière et gazière refusant d'assumer la

associated with them or to satisfy secured creditors' claims ahead of company's environmental liabilities — Whether regulator's use of powers under provincial legislation to enforce bankrupt company's compliance with end-of-life obligations conflicts with trustee's powers under federal bankruptcy legislation or with the order of priorities under such legislation — If so, whether provincial regulatory regime inoperative to extent of conflict by virtue of doctrine of federal paramountcy — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 14.06 — Oil and Gas Conservation Act, R.S.A. 2000, c. O-6, s. 1(1)(cc) — Environmental Protection and Enhancement Act, R.S.A. 2000, c. E-12, s. 134(b)(vi) — Pipeline Act, R.S.A. 2000, c. P-15, s. 1(1)(n).

In order to exploit oil and gas resources in Alberta, a company needs a property interest in the oil or gas (typically, a mineral lease with the Crown, which Canadian courts classify as a *profit à prendre*), surface rights and a licence issued by the Alberta Energy Regulator (“Regulator”). Under provincial legislation, the Regulator will not grant a licence to extract, process or transport oil and gas in Alberta unless the licensee assumes end-of-life responsibilities for plugging and capping oil wells to prevent leaks, dismantling surface structures and restoring the surface to its previous condition. These end-of-life obligations are known as “abandonment” and “reclamation”.

The Licensee Liability Rating Program is one means by which the Regulator seeks to ensure that end-of-life obligations will be satisfied by licensees. As part of this program, the Regulator assigns each company a Liability Management Rating (“LMR”), which is the ratio between the aggregate value attributed by the Regulator to a company's licensed assets and the aggregate liability attributed by the Regulator to the eventual cost of abandoning and reclaiming those assets. For the purpose of calculating the LMR, all the licences held by a given company are treated as a package. A licensee's LMR is calculated on a monthly basis and, where it dips below the prescribed ratio, the licensee is required to bring its LMR back up to the prescribed level by paying a security deposit, performing end-of-life obligations, or transferring licences with the Regulator's approval. If either the transferor or the transferee would have a post-transfer LMR below 1.0,

responsabilité des biens pétroliers et gaziers inexploités de la société et tentant de se soustraire aux engagements environnementaux associés à ces biens ou d'acquitter les réclamations des créanciers garantis avant les engagements environnementaux de la société — L'exercice par l'organisme de réglementation des pouvoirs que lui confère la législation provinciale pour contraindre la société faillie à respecter les obligations de fin de vie entre-t-il en conflit avec les pouvoirs accordés au syndic par la loi fédérale sur la faillite ou avec l'ordre de priorités fixé par cette loi? — Dans l'affirmative, le régime de réglementation provincial est-il inopérant dans la mesure du conflit par application de la doctrine de la prépondérance fédérale? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 14.06 — Oil and Gas Conservation Act, R.S.A. 2000, c. O-6, art. 1(1)(cc) — Environmental Protection and Enhancement Act, R.S.A. 2000, c. E-12, art. 134(b)(vi) — Pipeline Act, R.S.A. 2000, c. P-15, art. 1(1)(n).

Pour exploiter des ressources pétrolières et gazières en Alberta, une société a besoin d'un intérêt de propriété sur le pétrole ou le gaz (habituellement un bail d'exploitation minière avec la Couronne que les tribunaux canadiens qualifient de profit à prendre), des droits de surface et d'un permis délivré par l'Alberta Energy Regulator (« organisme de réglementation »). Selon la législation provinciale, l'organisme de réglementation n'accordera pas le permis voulu pour extraire, traiter ou transporter du pétrole et du gaz en Alberta à moins que le titulaire de permis n'assume les responsabilités de fin de vie consistant à obturer et à fermer les puits de pétrole afin d'éviter les fuites, à démanteler les structures de surface ainsi qu'à remettre la surface dans son état antérieur. Ces obligations de fin de vie sont appelées l'« abandon » et la « remise en état ».

Le Programme d'évaluation de la responsabilité du titulaire de permis constitue un moyen par lequel l'organisme de réglementation vise à s'assurer que les titulaires de permis rempliront les obligations de fin de vie. Dans le cadre de ce programme, l'organisme de réglementation attribue à chaque société une cote de gestion de la responsabilité (« CGR »), qui représente le rapport entre la valeur totale attribuée par l'organisme de réglementation aux biens d'une société qui sont visés par des permis et la responsabilité totale que l'organisme de réglementation attribue aux coûts éventuels de l'abandon et de la remise en état de ces biens. Pour les besoins du calcul de la CGR, tous les permis détenus par une société donnée sont traités comme un tout. La CGR d'un titulaire de permis est calculée sur une base mensuelle et, lorsqu'elle tombe sous le ratio prescrit, le titulaire de permis doit la ramener en versant un dépôt de garantie, en exécutant les obligations

the Regulator will normally refuse to approve the licence transfer.

The insolvency of an oil and gas company licensed to operate in Alberta engages Alberta's comprehensive licensing regime, which is binding on companies active in the oil and gas industry, and the *Bankruptcy and Insolvency Act* ("BIA"), federal legislation that governs the administration of a bankrupt's estate and the orderly and equitable distribution of property among its creditors. Alberta's *Environmental Protection and Enhancement Act* ("EPEA") ensures that a licensee's regulatory obligations will continue to be fulfilled when it is subject to insolvency proceedings by including the trustee of a licensee in the definition of "operator" for the purposes of the duty to reclaim and by providing that an order to perform reclamation work may be issued to a trustee. However, it expressly limits a trustee's liability in relation to such an order to the value of the assets in the bankrupt estate, absent gross negligence or wilful misconduct. The *Oil and Gas Conservation Act* ("OGCA") and the *Pipeline Act* take a more generic approach: they simply include trustees in the definition of "licensee". As a result, every power which these Acts give the Regulator against a licensee can theoretically also be exercised against a trustee. The Regulator has delegated the authority to abandon and reclaim "orphans" — oil and gas assets and their sites left behind in an improperly abandoned or unreclaimed state by defunct companies at the close of their insolvency proceedings — to the Orphan Well Association ("OWA"), an independent non-profit entity. The OWA has no power to seek reimbursement of its costs, but it may be reimbursed up to the value of any security deposit held by the Regulator to the credit of the licensee of the orphans once it has completed its environmental work.

Redwater, a publicly traded oil and gas company, was first granted licences by the Regulator in 2009. Its principal assets are 127 oil and gas assets — wells, pipelines and facilities — and their corresponding licences. A few of its licensed wells are still producing and profitable, but the majority are spent and burdened with abandonment and reclamation liabilities that exceed their value. In 2013, ATB Financial, which had full knowledge of the

de fin de vie ou en transférant des permis avec l'approbation de l'organisme de réglementation. Si le cédant ou le cessionnaire devait avoir une CGR inférieure à 1,0 après le transfert, l'organisme de réglementation refusera normalement d'approuver le transfert de permis.

L'insolvabilité d'une société pétrolière et gazière autorisée à exercer ses activités en Alberta met en jeu le régime complet de délivrance de permis de l'Alberta qui lie les sociétés actives dans l'industrie pétrolière et gazière, ainsi que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (« LFI »), une loi fédérale qui régit l'administration de l'actif d'un failli ainsi que la répartition ordonnée et équitable des biens entre ses créanciers. L'*Environmental Protection and Enhancement Act* (« EPEA ») de l'Alberta garantit que les obligations réglementaires d'un titulaire de permis continuent d'être respectées pendant qu'il fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité en incluant le syndic d'un titulaire de permis dans la définition d'« exploitant » pour l'application de l'obligation de remettre en état et en prévoyant la possibilité qu'une ordonnance de remise en état soit adressée à un syndic. Cependant, faute de négligence grave ou d'inconduite délibérée, elle limite expressément la responsabilité du syndic à l'égard d'une telle ordonnance à la valeur des éléments de l'actif du failli. L'*Oil and Gas Conservation Act* (« OGCA ») et la *Pipeline Act* adoptent une approche plus générique : elles incluent simplement le syndic dans la définition de « titulaire de permis ». En conséquence, tout pouvoir que ces lois confèrent à l'organisme de réglementation à l'encontre d'un titulaire de permis peut, en théorie, s'exercer également contre un syndic. L'organisme de réglementation a délégué à l'Orphan Well Association (« OWA »), une entité indépendante sans but lucratif, le pouvoir d'abandonner et de remettre en état les « orphelins » — les biens pétroliers et gaziers ainsi que leurs sites délaissés sans que les processus en question n'aient été correctement effectués par les sociétés liquidées à la fin de leur procédure d'insolvabilité. L'OWA n'a pas le pouvoir de demander le remboursement de ses frais, mais elle peut être remboursée jusqu'à concurrence de la valeur du dépôt de garantie détenu, le cas échéant, par l'organisme de réglementation au profit du titulaire de permis associé au puits orphelin une fois ses travaux environnementaux terminés.

Redwater, une société pétrolière et gazière cotée en bourse, s'est vu octroyer ses premiers permis par l'organisme de réglementation en 2009. Son actif est principalement composé de 127 biens pétroliers et gaziers — puits, pipelines et installations — et des permis correspondants. Quelques-uns des puits autorisés de Redwater sont encore productifs et rentables, mais la majorité est tarie et grevée de responsabilités relatives à l'abandon et à la remise en

end-of-life obligations associated with Redwater's assets, advanced funds to Redwater and, in return, was granted a security interest in Redwater's present and after-acquired property. In mid-2014, Redwater began to experience financial difficulties. Grant Thornton Limited ("GTL") was appointed as its receiver in 2015. At that time, Redwater owed ATB approximately \$5.1 million and had 84 wells, 7 facilities and 36 pipelines, 72 of which were inactive or spent, but, since Redwater's LMR did not drop below the prescribed ratio until after it went into receivership, it never paid any security deposits to the Regulator.

Upon being advised of Redwater's receivership, the Regulator notified GTL that it was legally obligated to fulfill abandonment obligations for all licensed assets prior to distributing any funds or finalizing any proposal to creditors. The Regulator warned that it would not approve the transfer of any of Redwater's licences unless it was satisfied that both the transferee and the transferor would be in a position to fulfill all regulatory obligations, and that the transfer would not cause a deterioration in Redwater's LMR. GTL concluded that it could not meet the Regulator's requirements because the cost of the end-of-life obligations for the spent wells would likely exceed the sale proceeds for the productive wells. Based on this assessment, GTL informed the Regulator that it was taking possession and control only of Redwater's 17 most productive wells, 3 associated facilities and 12 associated pipelines ("Retained Assets"), and that it was not taking possession or control of any of Redwater's other licensed assets ("Renounced Assets"). GTL's position was that it had no obligation to fulfill any regulatory requirements associated with the Renounced Assets. In response, the Regulator issued orders under the *OGCA* and the *Pipeline Act* requiring Redwater to suspend and abandon the Renounced Assets ("Abandonment Orders"). The Regulator imposed short deadlines, as it considered the Renounced Assets an environmental and safety hazard.

The Regulator and the OWA then filed an application for a declaration that GTL's renunciation of the Renounced Assets was void, and for orders requiring GTL to comply with the Abandonment Orders and to fulfill the end-of-life obligations associated with Redwater's licensed properties.

état qui excèdent leur valeur. En 2013, ATB, qui avait pleinement connaissance des obligations de fin de vie associées aux biens de Redwater, lui a avancé des fonds et, en contrepartie, s'est vu accorder une sûreté sur ses biens actuels et futurs. Au milieu de 2014, Redwater a commencé à éprouver des difficultés financières. Grant Thornton Limited (« GTL ») a été nommé séquestre de Redwater en 2015. À cette époque, Redwater devait environ 5,1 millions de dollars à ATB et comptait 84 puits, 7 installations et 36 pipelines, dont 72 étaient inactifs ou taris, mais, comme la CGR de Redwater n'est tombée sous le ratio prescrit qu'après la mise sous séquestre de cette dernière, elle n'a jamais versé de dépôt de garantie à l'organisme de réglementation.

Après avoir été informé de la mise sous séquestre de Redwater, l'organisme de réglementation a avisé GTL qu'il était légalement tenu de remplir les obligations d'abandon pour tous les biens visés par des permis avant de distribuer des fonds ou de finaliser toute proposition aux créanciers. L'organisme de réglementation a averti qu'il n'approuverait pas le transfert de l'un ou l'autre permis de Redwater à moins d'être convaincu que le cessionnaire et le cédant seraient en mesure de s'acquitter de toutes les obligations réglementaires, et que le transfert n'occasionnerait pas une détérioration de la CGR de Redwater. GTL a conclu qu'il ne pouvait pas satisfaire aux exigences de l'organisme de réglementation car le coût des obligations de fin de vie des puits taris dépasserait probablement le produit de la vente des puits productifs. Sur la base de cette évaluation, GTL a informé l'organisme de réglementation qu'il prenait possession et contrôle seulement des 17 puits les plus productifs de Redwater, ainsi que de 3 installations et de 12 pipelines connexes (« biens conservés »), et qu'il ne prenait pas possession ou contrôle de tous les autres éléments d'actif de Redwater visés par des permis (« biens faisant l'objet de la renonciation »). Selon GTL, il n'était aucunement tenu de satisfaire aux exigences réglementaires en lien avec les biens faisant l'objet de la renonciation. L'organisme de réglementation a réagi en rendant des ordonnances au titre de l'*OGCA* et de la *Pipeline Act* enjoignant à Redwater de suspendre l'exploitation des biens faisant l'objet de la renonciation et de les abandonner (« ordonnances d'abandon »). L'organisme de réglementation a imposé des délais serrés parce qu'il considérait les biens faisant l'objet de la renonciation comme un danger pour l'environnement et la sécurité.

L'organisme de réglementation et l'OWA ont alors déposé une demande en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que l'abandon par GTL des biens faisant l'objet de la renonciation était nul, de même qu'une ordonnance obligeant GTL à se conformer aux ordonnances

The Regulator did not seek to hold GTL liable for these obligations beyond the assets remaining in the Redwater estate. GTL brought a cross-application seeking approval to pursue a sales process excluding the Renounced Assets and an order directing that the Regulator could not prevent the transfer of the licences associated with the Retained Assets on the basis of, *inter alia*, the LMR requirements, failure to comply with the Abandonment Orders, refusal to take possession of the Renounced Assets or Redwater's outstanding debts to the Regulator. A bankruptcy order was issued for Redwater and GTL was appointed as trustee. GTL invoked s. 14.06(4)(a)(ii) of the *BIA* in relation to the Renounced Assets.

The chambers judge and a majority of the Court of Appeal agreed with GTL and held that the Regulator's proposed use of its statutory powers to enforce Redwater's compliance with abandonment and reclamation obligations during bankruptcy conflicted with the *BIA* in two ways: (1) it imposed on GTL the obligations of a licensee in relation to the Redwater assets disclaimed by GTL, contrary to s. 14.06(4) of the *BIA*; and (2) it upended the priority scheme for the distribution of a bankrupt's assets established by the *BIA* by requiring that the provable claims of the Regulator, an unsecured creditor, be paid ahead of the claims of Redwater's secured creditors. The dissenting judge in the Court of Appeal would have allowed the Regulator's appeal on the basis that there was no conflict between Alberta's environmental legislation and the *BIA*.

Held (Moldaver and Côté JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Wagner C.J. and Abella, Karakatsanis, Gascon and Brown JJ.: The Regulator's use of its statutory powers does not create a conflict with the *BIA* so as to trigger the doctrine of federal paramountcy. Section 14.06(4) of the *BIA* is concerned with the personal liability of trustees, and does not empower a trustee to walk away from the environmental liabilities of the estate it is administering. Furthermore, the Regulator is not asserting any claims provable in the bankruptcy, and the priority scheme in the *BIA* is not upended. Thus, no conflict is caused by GTL's status as a licensee under Alberta legislation. Alberta's

d'abandon et à remplir les obligations de fin de vie associées aux biens de Redwater visés par des permis. L'organisme de réglementation n'a pas cherché à tenir GTL responsable de ces obligations au-delà des éléments qui faisaient encore partie de l'actif de Redwater. GTL a présenté une demande reconventionnelle visant à obtenir l'autorisation de poursuivre un processus de vente excluant les biens faisant l'objet de la renonciation ainsi qu'une ordonnance interdisant à l'organisme de réglementation d'empêcher le transfert des permis associés aux biens conservés en raison, notamment, des exigences relatives à la CGR, du non-respect des ordonnances d'abandon, du refus de prendre possession des biens faisant l'objet de la renonciation ou des dettes en souffrance de Redwater envers l'organisme de réglementation. Une ordonnance de faillite a été rendue à l'égard de Redwater, et GTL a été nommé syndic. GTL a invoqué le sous-al. 14.06(4)(a)(ii) de la *LFI* à l'égard des biens faisant l'objet de la renonciation.

Le juge siégeant en cabinet et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont donné raison à GTL et décidé que l'utilisation proposée par l'organisme de réglementation des pouvoirs que lui confère la loi pour contraindre Redwater à respecter les obligations d'abandon et de remise en état au cours de la faillite était incompatible avec la *LFI* de deux façons : (1) elle imposait à GTL les obligations d'un titulaire de permis relativement aux biens de Redwater auxquels GTL avait renoncé, ce qui est contraire au par. 14.06(4) de la *LFI*; (2) elle renversait le régime de priorité établi par la *LFI* pour le partage des biens d'un failli en exigeant que le paiement de ses réclamations prouvables, en tant que créancier ordinaire, soit effectué avant celui des réclamations des créanciers garantis de Redwater. La juge dissidente de la Cour d'appel aurait accueilli l'appel de l'organisme de réglementation au motif qu'il n'y avait pas de conflit entre la législation environnementale de l'Alberta et la *LFI*.

Arrêt (les juges Moldaver et Côté sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Karakatsanis, Gascon et Brown : L'utilisation par l'organisme de réglementation des pouvoirs que lui confère la loi ne crée pas de conflit avec la *LFI* de façon à mettre en jeu la doctrine de la prépondérance fédérale. Le paragraphe 14.06(4) de la *LFI* intéresse la responsabilité personnelle du syndic et il ne l'investit pas du pouvoir de se soustraire aux engagements environnementaux liant l'actif qu'il administre. De plus, l'organisme de réglementation ne fait valoir aucune réclamation prouvable en matière de faillite, et le régime de priorité de la *LFI* n'est pas renversé. Donc, le statut

regulatory regime can coexist with and apply alongside the *BIA*.

Bankruptcy is not a licence to ignore rules, and insolvency professionals are bound by and must comply with valid provincial laws during bankruptcy. They must, for example, comply with non-monetary obligations that are binding on the bankrupt estate, that cannot be reduced to provable claims, and the effects of which do not conflict with the *BIA*, notwithstanding the consequences this may have for the bankrupt's secured creditors. Given the procedural nature of the *BIA*, the bankruptcy regime relies heavily on the continued operation of provincial laws but, where there is a genuine conflict between provincial laws concerning property and civil rights and federal bankruptcy legislation, the *BIA* prevails. The *BIA* as a whole is intended to further two purposes: the equitable distribution of the bankrupt's assets among his or her creditors and the bankrupt's financial rehabilitation. As Redwater is a corporation that will never emerge from bankruptcy, only the former purpose is relevant here.

The Abandonment Orders and the LMR requirements are based on valid provincial laws of general application — exactly the kind of valid provincial laws upon which the *BIA* is built. There is no conflict between the Alberta regulatory scheme and s. 14.06 of the *BIA*, because, under s. 14.06(4), a trustee's disclaimer of real property when there is an order to remedy any environmental condition or damage affecting that property protects the trustee from personal liability, while the ongoing liability of the bankrupt estate is unaffected. This interpretation is supported by the plain language of the section, the Hansard evidence, a previous decision of this Court and the French version of the section. The same concept is also found in both s. 14.06(1.2) and s. 14.06(2), which also specifically state that the trustee is not personally liable — it is impossible to coherently read s. 14.06(2) as referring to personal liability and yet read s. 14.06(4) as somehow referring to the liability of the bankrupt estate.

Even assuming that GTL had successfully disclaimed in this case, no operational conflict or frustration of purpose would result from the fact that the Regulator requires GTL, as a licensee, to expend estate assets on abandoning the Renounced Assets. Furthermore, no conflict would be caused by continuing to include the Renounced Assets in the calculation of Redwater's LMR. Finally, given the

de GTL en tant que titulaire de permis au sens de la loi albertaine n'est à l'origine d'aucun conflit. Le régime de réglementation de l'Alberta peut coexister et s'appliquer conjointement avec la *LFI*.

La faillite n'est pas un permis de faire abstraction des règles, et les professionnels de l'insolvabilité sont liés par les lois provinciales valides au cours de la faillite. Par exemple, ils doivent respecter les obligations non pécuniaires liant l'actif du failli qui ne peuvent être réduites à des réclamations prouvables et dont les effets n'entrent pas en conflit avec la *LFI*, sans égard aux répercussions que cela peut avoir sur les créanciers garantis du failli. Étant donné la nature procédurale de la *LFI*, le régime de faillite repose en grande partie sur l'application continue des lois provinciales mais, en cas de conflit véritable entre les lois provinciales concernant la propriété et les droits civils et la législation fédérale sur la faillite, la *LFI* l'emporte. La *LFI* dans son ensemble est censée favoriser l'atteinte de deux objectifs : le partage équitable des biens du failli entre ses créanciers et la réhabilitation financière du failli. Puisque Redwater est une société qui ne s'extirpera jamais de la faillite, seul le premier objectif est pertinent en l'espèce.

Les ordonnances d'abandon et exigences relatives à la CGR reposent sur des lois provinciales valides d'application générale et elles représentent exactement le genre de loi provinciale valide sur lequel se fonde la *LFI*. Il n'y a aucun conflit entre le régime de réglementation de l'Alberta et l'art. 14.06 de la *LFI* parce que, suivant le par. 14.06(4), la renonciation du syndic à un bien réel en cas d'ordonnance de réparation de tout fait ou dommage lié à l'environnement et touchant ce bien dégage le syndic de toute responsabilité personnelle, alors que la responsabilité continue de l'actif du failli n'est pas touchée. Cette interprétation est étayée par le texte clair de l'article, les débats parlementaires, un arrêt de notre Cour et la version française de l'article. On retrouve également le même concept aux par. 14.06(1.2) et (2), lesquels disposent expressément que le syndic est dégagé de toute responsabilité personnelle. Il est impossible d'interpréter de manière cohérente le par. 14.06(2) comme mentionnant la responsabilité personnelle tout en interprétant le par. 14.06(4) comme renvoyant d'une façon ou d'une autre à la responsabilité de l'actif du failli.

À supposer même que GTL ait renoncé avec succès à des biens en l'espèce, l'organisme de réglementation ne cause aucun conflit d'application ni n'entrave la réalisation d'un objet fédéral en exigeant de GTL, à titre de titulaire de permis, qu'il se serve d'éléments de l'actif pour abandonner les biens faisant l'objet de la renonciation. En outre, il n'y aurait aucun conflit du fait que ces biens soient

restraint with which the doctrine of paramourty must be applied, and given that the Regulator has not attempted to hold GTL personally liable as a licensee for the costs of abandonment, no conflict with s. 14.06(2) or s. 14.06(4) of the *BIA* is caused by the mere theoretical possibility of personal liability under the *OGCA* or the *Pipeline Act*.

The end-of-life obligations binding on GTL are not claims provable in the Redwater bankruptcy. Not all environmental obligations enforced by a regulator will be claims provable in bankruptcy. The test set out by the Court in *Newfoundland and Labrador v. AbitibiBowater Inc.*, 2012 SCC 67, [2012] 3 S.C.R. 443 (“*Abitibi*”), must be applied to determine whether a particular regulatory obligation amounts to a claim provable in bankruptcy: (1) there must be a debt, a liability or an obligation to a creditor; (2) the debt, liability or obligation must be incurred before the debtor becomes bankrupt; and (3) it must be possible to attach a monetary value to the debt, liability or obligation. Only the first and third parts of the test are at issue in the instant case.

With respect to the first part of the test, *Abitibi* should not be taken as standing for the proposition that a regulator is always a creditor when it exercises its statutory enforcement powers against a debtor. A regulator exercising a power to enforce a public duty is not a creditor of the individual or corporation subject to that duty. Here, it is not disputed that, in seeking to enforce Redwater’s end-of-life obligations, the Regulator is acting in a *bona fide* regulatory capacity and does not stand to benefit financially. It is clear that the Regulator acted in the public interest and for the public good in issuing the Abandonment Orders and enforcing the LMR requirements and that it is, therefore, not a creditor of Redwater. The public is the beneficiary of those environmental obligations; the province does not stand to gain financially from them. Strictly speaking, this is sufficient to dispose of this aspect of the appeal.

As it may prove helpful in future cases, under the third part of the test, a court must determine whether there are sufficient facts indicating the existence of an environmental duty that will ripen into a financial liability owed

toujours inclus dans le calcul de la CGR de Redwater. Enfin, vu la retenue avec laquelle il faut appliquer la doctrine de la prépondérance, et vu que l’organisme de réglementation n’a pas tenté de tenir GTL personnellement responsable, en tant que titulaire de permis, des frais d’abandon, aucun conflit avec les par. 14.06(2) ou (4) de la *LFI* n’est causé par la simple possibilité théorique de responsabilité personnelle en application de la *OGCA* ou de la *Pipeline Act*.

Les obligations de fin de vie incombant à GTL ne sont pas des réclamations prouvables dans la faillite de Redwater. Les obligations environnementales appliquées par un organisme de réglementation ne sont pas toutes des réclamations prouvables en matière de faillite. Il faut appliquer le critère énoncé par la Cour dans *Terre-Neuve-et-Labrador c. AbitibiBowater Inc.*, 2012 CSC 67, [2012] 3 R.C.S. 443 (« *Abitibi* »), pour déterminer si une obligation réglementaire précise équivaut à une réclamation prouvable en matière de faillite : (1) on doit être en présence d’une dette, d’un engagement ou d’une obligation envers un créancier; (2) la dette, l’engagement ou l’obligation doit avoir pris naissance avant que le débiteur ne devienne failli; et (3) il doit être possible d’attribuer une valeur pécuniaire à cette dette, cet engagement ou cette obligation. Seules les première et troisième parties du critère sont en litige dans la présente affaire.

Pour ce qui est de la première partie du critère, l’arrêt *Abitibi* ne doit pas être considéré comme soutenant la thèse qu’un organisme de réglementation est toujours un créancier lorsqu’il exerce les pouvoirs d’application qui lui sont dévolus par la loi à l’encontre d’un débiteur. L’organisme de réglementation exerçant un pouvoir pour faire respecter un devoir public n’est pas un créancier de la personne ou de la société assujettie à ce devoir. En l’espèce, personne ne conteste qu’en cherchant à assurer le respect des obligations de fin de vie incombant à Redwater, l’organisme de réglementation agit de bonne foi à titre d’autorité de réglementation et il n’est pas en mesure d’obtenir un avantage financier. Il est clair que l’organisme de réglementation a agi dans l’intérêt public et pour le bien public en rendant les ordonnances d’abandon et en assurant le respect des exigences relatives à la CGR, et qu’il n’est donc pas un créancier de Redwater. C’est le public qui bénéficie de ces obligations environnementales; la province n’est pas en mesure d’en bénéficier financièrement. Cela suffit, à proprement parler, pour trancher cet aspect du pourvoi.

Comme cela pourrait se révéler utile à l’avenir, à la troisième partie du critère, le tribunal doit décider s’il y a suffisamment de faits indiquant qu’il existe une obligation environnementale de laquelle résultera une dette envers un

to a regulator. In determining whether a non-monetary regulatory obligation of a bankrupt is too remote or too speculative to be included in the bankruptcy proceeding, the court must apply the general rules that apply to future or contingent claims. It must be sufficiently certain that the contingency will come to pass — in other words, that the regulator will enforce the obligation by performing the environmental work and seeking reimbursement. In the instant case, the Abandonment Orders and the LMR requirements fail to satisfy this part of the test. It is not established by the evidence that it is sufficiently certain that the Regulator will perform the abandonments and advance a claim for reimbursement. This claim is too remote and speculative to be included in the bankruptcy process. Furthermore, the Regulator's refusal to approve licence transfers unless and until the LMR requirements have been satisfied does not give it a monetary claim against Redwater.

In crafting the priority scheme of the *BIA*, Parliament intended to permit regulators to place a first charge on real property of a bankrupt affected by an environmental condition or damage in order to fund remediation. Thus, the *BIA* explicitly contemplates that environmental regulators will extract value from the bankrupt's real property if that property is affected by an environmental condition or damage. Although the nature of property ownership in the Alberta oil and gas industry meant that s. 14.06(7) was unavailable to the Regulator, the Abandonment Orders and the LMR replicate the effect of s. 14.06(7) in this case. Furthermore, Redwater's only substantial assets were affected by environmental conditions or damage. Accordingly, the Abandonment Orders and LMR requirements did not seek to force Redwater to fulfill end-of-life obligations with assets unrelated to the environmental condition or damage. In other words, recognizing that the Abandonment Orders and LMR requirements are not provable claims in this case does not interfere with the aims of the *BIA* — rather, it facilitates them.

Per Moldaver and Côté JJ. (dissenting): GTL and ATB have satisfied their burden of demonstrating a genuine inconsistency between federal and provincial law under both branches of the paramountcy test, namely operational conflict and frustration of purpose. Accordingly, the appeal should be dismissed.

organisme de réglementation. Pour établir si une obligation réglementaire non pécuniaire du failli est trop éloignée ou trop conjecturale pour être incluse dans la procédure de faillite, le tribunal doit appliquer les règles générales qui visent les réclamations futures ou éventuelles. Il doit être suffisamment certain que l'éventualité se concrétisera ou, en d'autres termes, que l'organisme de réglementation fera respecter l'obligation en exécutant les travaux environnementaux et en sollicitant le remboursement de ses frais. Dans le cas présent, les ordonnances d'abandon et les exigences relatives à la CGR ne satisfont pas à cette partie du critère. La preuve n'établit pas qu'il est suffisamment certain que l'organisme de réglementation procédera à l'abandon et présentera une demande de remboursement. Cette réclamation est trop éloignée et conjecturale pour être incluse dans la procédure de faillite. En outre, le refus de l'organisme de réglementation d'approuver les transferts de permis jusqu'à ce que les exigences relatives à la CGR aient été satisfaites ne lui donne pas une réclamation pécuniaire contre Redwater.

Au moment d'élaborer le régime de priorité de la *LFI*, le Parlement voulait permettre aux organismes de réglementation d'imposer une charge prioritaire sur le bien réel du failli touché par un fait ou dommage lié à l'environnement en vue de financer la décontamination. Ainsi, la *LFI* envisage explicitement la possibilité que des organismes de réglementation tirent une valeur des biens réels du failli touchés par un fait ou dommage lié à l'environnement. Bien que l'organisme de réglementation n'ait pu se prévaloir du par. 14.06(7), compte tenu de la nature de la propriété des biens dans l'industrie pétrolière et gazière de l'Alberta, les ordonnances d'abandon et la CGR reproduisent l'effet du par. 14.06(7) en l'espèce. De plus, les seuls biens de valeur de Redwater étaient touchés par un fait ou dommage lié à l'environnement. Les ordonnances d'abandon et exigences relatives à la CGR n'avaient donc pas pour objet de forcer Redwater à s'acquitter des obligations de fin de vie avec des biens étrangers au fait ou dommage lié à l'environnement. Autrement dit, la reconnaissance que les ordonnances d'abandon et exigences relatives à la CGR ne sont pas des réclamations prouvables en l'espèce facilite l'atteinte des objets de la *LFI* au lieu de la contrecarrer.

Les juges Moldaver et Côté (dissidents) : GTL et ATB se sont acquittés de leur fardeau de démontrer qu'il existe une incompatibilité véritable entre la loi fédérale et la loi provinciale selon les deux volets du test de la prépondérance, à savoir le conflit d'application et l'entrave à la réalisation d'un objet fédéral. Par conséquent, il y a lieu de rejeter le pourvoi.

Because Alberta's statutory regime does not recognize the disclaimers by trustees of assets encumbered by environmental liabilities as lawful by virtue of the fact that receivers and trustees are regulated as licensees who cannot disclaim assets, there is an unavoidable conflict between federal and provincial law. Alberta's legislation governing the oil and gas sector should therefore be held inoperative to the extent that it does not recognize the legal effect of GTL's disclaimers. An operational conflict arises where it is impossible to comply with both laws. An operational conflict analysis is an exercise in statutory interpretation: the Court must ascertain the meaning of each competing enactment in order to determine whether dual compliance is possible. This interpretation exercise takes place within the guiding confines of cooperative federalism, which operates as a straightforward interpretive presumption — one that supports, rather than supplants, the modern approach to statutory interpretation. Courts should favour an interpretation of the federal legislation that allows the concurrent operation of both laws; however, where the proper meaning of the provision cannot support a harmonious interpretation, it is beyond a court's power to create harmony where Parliament did not intend it.

In the instant case, reliance on cooperative federalism must not result in an interpretation of s. 14.06(4) of the *BIA* that is inconsistent with its language, context and purpose. The natural meaning which appears when s. 14.06(4) is simply read through is that it assumes and incorporates a pre-existing common law right to disclaim property in the context of bankruptcy and insolvency. This right is in keeping with the fundamental objective of trustees, which is the maximization of recovery for creditors as a whole by realizing the estate's valuable assets. It enables trustees to administer the estate in the most efficient manner and to avoid significant costs of administration that would reduce creditor recovery. Section 14.06(4) expresses the disclaimer right in unqualified terms and emphasizes that a trustee may not be held liable whenever that right is exercised. Parliament did not intend to condition the right to disclaim property on the actual existence of a risk of personal liability. Although the opening words of s. 14.06(4) refer to the personal liability of the trustee, when the words of the provision are read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament, their meaning becomes apparent. Avoiding personal liability is not the only effect of the appropriate exercise of this power. By properly disclaiming certain properties, the trustee is relieved of

Étant donné que le régime législatif albertain ne reconnaît pas la légalité des renonciations des syndics à des biens grevés d'engagements environnementaux en raison du fait que les séquestres et les syndics sont réglementés comme des titulaires de permis qui ne peuvent renoncer à des biens, il y a un conflit inévitable entre la loi fédérale et la loi provinciale. La loi albertaine régissant l'industrie pétrolière et gazière devrait donc être déclarée inopérante dans la mesure où elle ne reconnaît pas l'effet juridique des renonciations de GTL. Il y a conflit d'application lorsqu'il est impossible de respecter les deux lois. L'analyse relative au conflit d'application relève de l'interprétation des lois : la Cour doit déterminer le sens de chaque loi concurrente afin de décider s'il est possible de respecter les deux lois. Cette démarche d'interprétation s'effectue à l'intérieur du cadre directeur du fédéralisme coopératif, lequel fait office de simple présomption en matière d'interprétation — qui appuie, sans la supplanter, la méthode moderne d'interprétation des lois. Les tribunaux doivent favoriser une interprétation de la loi fédérale permettant une application concurrente des deux lois; cependant, lorsque le sens qu'il convient de donner à la disposition ne peut appuyer une interprétation harmonieuse, un tribunal n'a pas le pouvoir de créer l'harmonie là où le Parlement n'a pas eu l'intention de le faire.

En l'espèce, le recours au principe du fédéralisme coopératif ne doit pas donner lieu à une interprétation du par. 14.06(4) de la *LFI* qui est incompatible avec son libellé, son contexte et son objet. Le sens naturel qui se dégage de la simple lecture du par. 14.06(4) dans son ensemble est qu'il présume et incorpore un droit pré-existant en common law de renoncer à des biens dans le contexte de la faillite et de l'insolvabilité. Ce droit est en accord avec l'objectif fondamental poursuivi par les syndics : maximiser le recouvrement au bénéfice de l'ensemble des créanciers par la réalisation des éléments de valeur de l'actif. Il permet aux syndics d'administrer l'actif le plus efficacement possible et leur épargne des frais considérables d'administration qui réduiraient le recouvrement pour les créanciers. Le paragraphe 14.06(4) exprime le droit de renonciation en des termes qui ne comportent aucune restriction et fait ressortir que le syndic ne peut être tenu responsable quand ce droit est exercé. Le Parlement ne voulait pas rendre le droit de renoncer à un bien tributaire de l'existence d'un risque de responsabilité personnelle. Bien que le début du par. 14.06(4) parle de la responsabilité personnelle du syndic, lorsqu'on lit les termes de la disposition dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur, leur sens devient apparent. La protection contre

any liabilities associated with the disclaimed property and loses the ability to sell it for the benefit of the estate. The disclaimer right allows the trustee not to realize assets that would provide no value to the estate's creditors and whose realization would therefore undermine the trustee's objective of maximizing recovery. However, s. 14.06(4) does not relieve the estate of its liabilities or environmental obligations once a trustee exercises the disclaimer power. The disclaimed property ultimately reverts to the estate at the conclusion of the bankruptcy proceedings, as is the case with unrealized assets. Whether the estate has sufficient assets capable of satisfying those liabilities at that point in time is a separate question that is unrelated to the underlying fact of ongoing liability.

In accordance with the predominant and well-established modern approach to statutory interpretation, courts must read statutory provisions in their entire context, as parts of a coherent whole. In s. 14.06(4) of the *BIA*, Parliament has expressly referred to this disclaimer power and spelled out the particular effects flowing from its proper exercise. By doing so, it has purposefully incorporated the disclaimer power into its statutory scheme to achieve its desired purpose. Courts must read statutory provisions in their entire context, and Parliament is presumed to craft sections and subsections of legislation as parts of a coherent whole. The immediate statutory context surrounding s. 14.06(4), specifically, ss. 14.06(2), (5), (6) and (7), as well as the Hansard evidence, confirms that a trustee's right to disclaim property is not limited to protecting itself from personal liability.

The power to disclaim assets provided to trustees by s. 14.06(4) of the *BIA* was available to GTL on the facts of this case. The statutory conditions to the exercise of this power were met: the Abandonment Orders clearly relate to the remediation of an environmental condition. Additionally, the right of disclaimer is applicable in the context of the statutory regime governing the oil and gas industry. In delineating what interests may be disclaimed by a trustee under s. 14.06(4), Parliament used exceptionally broad language: the trustee is permitted to disclaim "any interest" in "any real property". GTL sought to disclaim *profits à prendre* and surface leases, which can be characterized as real property interests.

The requirement by the Regulator that GTL satisfy Redwater's environmental liabilities ahead of the estate's

toute responsabilité personnelle n'est pas le seul effet de l'exercice régulier de ce pouvoir. En renonçant à bon droit à certains biens, le syndic est dégagé de toute responsabilité associée aux biens faisant l'objet de la renonciation et ne peut plus vendre les biens au profit de l'actif. Le droit de renonciation permet au syndic de ne pas réaliser des biens qui ne seraient pas profitables aux créanciers de l'actif et compromettraient par le fait même son objectif de maximiser le recouvrement. Cependant, le par. 14.06(4) ne décharge pas l'actif de ses obligations ou engagements environnementaux une fois que le syndic exerce le pouvoir de renonciation. Le bien visé par une renonciation retourne ultimement dans l'actif du failli à l'issue du processus de faillite, comme c'est le cas pour les biens non réalisés. La question de savoir si les éléments d'actif sont suffisants pour satisfaire à ces engagements à ce moment précis est une question distincte qui n'a aucun rapport avec le fait sous-jacent de la responsabilité continue.

D'après la méthode prédominante et bien établie d'interprétation des lois, les tribunaux doivent lire les dispositions législatives dans leur contexte global, comme un tout cohérent. Au paragraphe 14.06(4) de la *LFI*, le Parlement a mentionné expressément ce pouvoir de renonciation et exposé les effets particuliers découlant de son exercice approprié. Il a incorporé ainsi à dessein à son régime législatif le pouvoir de renonciation pour en réaliser l'objectif visé. Les tribunaux doivent lire les dispositions législatives dans leur contexte global, et le Parlement est présumé rédiger les articles et paragraphes d'une loi comme un tout cohérent. Le contexte immédiat du par. 14.06(4), plus précisément les par. 14.06(2), (5), (6) et (7), ainsi que les débats parlementaires, confirme que le droit du syndic de renoncer à des biens ne se limite pas à se prémunir contre une responsabilité personnelle.

Le pouvoir de renoncer à des biens que confère aux syndics le par. 14.06(4) de la *LFI* pouvait être exercé par GTL à la lumière des faits de la présente affaire. Les conditions statutaires préalables à l'exercice de ce pouvoir étaient réunies : les ordonnances d'abandon se rapportent clairement à la réparation d'un fait lié à l'environnement. En outre, le droit de renonciation s'applique dans le contexte du régime législatif régissant l'industrie pétrolière et gazière. En décidant des intérêts auxquels peut renoncer un syndic en vertu du par. 14.06(4), le Parlement a utilisé des mots exceptionnellement larges : il est permis au syndic de renoncer à « tout intérêt » sur « le bien réel ». GTL a tenté de renoncer aux profits à prendre et aux droits de surface, qui peuvent être qualifiés d'intérêts sur des biens réels.

L'exigence de l'organisme de réglementation voulant que GTL acquitte les engagements environnementaux de

other debts contravenes the *BIA*'s priority scheme. The Province's licensing scheme therefore should be held inoperative under the second prong of the paramountcy test, frustration of purpose. Even where dual compliance with both federal and provincial law is, strictly speaking, possible, provincial legislation or provisions will be rendered inoperative to the extent that they have the effect of frustrating a valid federal legislative purpose. The focus of the analysis is on the effect of the provincial legislation or provision, not its purpose. In the instant case, if the environmental claims asserted by the Regulator (i.e., the Abandonment Orders) are provable in bankruptcy, the Regulator will not be permitted to assert those claims outside the bankruptcy process and ahead of Redwater's secured creditors because this would frustrate the purpose of the federal priority scheme.

In *Abitibi*, the Court established a three-part test, rooted in the language of the *BIA*, to determine whether a claim is provable in bankruptcy. The first prong of the *Abitibi* test asks whether the debt, liability or obligation at issue is owed by a bankrupt entity to a creditor. The language of *Abitibi* admits of no ambiguity, uncertainty or doubt: the only determination that has to be made is whether the regulatory body has exercised its enforcement power against a debtor. Most environmental regulatory bodies can be creditors, and government entities cannot systematically evade the priority requirements of federal bankruptcy legislation under the guise of enforcing public duties. In the instant case, the first prong is satisfied. There is no doubt that the Regulator exercised its enforcement power against a debtor when it issued orders requiring Redwater to perform the environmental work on the non-producing properties. It is neither appropriate nor necessary in this case to attempt to redefine the first prong of the *Abitibi* test by narrowing the broad definition of "creditor" as the majority does.

There is no dispute that the second prong of the *Abitibi* test, which requires that the debt, liability or obligation be incurred before the debtor becomes bankrupt, is satisfied. The third prong asks whether it is sufficiently certain that the regulator will perform the work and make a claim for reimbursement. In this case, it is sufficiently certain that either the Regulator or its delegate, the OWA, will ultimately perform the abandonment and reclamation work and assert a monetary claim for reimbursement. Therefore, the final prong of the *Abitibi* test is satisfied. The chambers

Redwater avant les autres dettes de l'actif contrevient au régime de priorité établi par la *LFI*. Le régime provincial de délivrance de permis devrait donc être déclaré inopérant suivant le second volet du critère de la prépondérance, l'entrave à la réalisation d'un objet fédéral. Même lorsqu'il est à proprement parler possible de se conformer à la fois à la loi fédérale et à la loi provinciale, la loi ou les dispositions provinciales seront néanmoins rendues inopérantes dans la mesure où elles ont pour effet d'entraver la réalisation d'un objet valide d'une loi fédérale. L'analyse est axée sur l'effet de la loi ou de la disposition provinciale, et non sur son objet. En l'espèce, si les réclamations environnementales que fait valoir l'organisme de réglementation (c.-à-d. les ordonnances d'abandon) sont prouvables en matière de faillite, il n'est pas autorisé à faire valoir ces réclamations en dehors du processus de faillite et avant les créanciers garantis de Redwater, car cela entraverait la réalisation de l'objet du régime de priorité fédéral.

Dans *Abitibi*, la Cour a établi un test à trois volets, fondé sur le libellé de la *LFI*, pour déterminer si une réclamation est prouvable en matière de faillite. Le premier volet du test *Abitibi* pose la question de savoir si la dette, l'engagement ou l'obligation en cause sont dus par une entité faillie à un créancier. Le texte de cet arrêt ne laisse place à aucune ambiguïté, incertitude ou doute à cet égard : la seule question à trancher est de savoir si l'organisme de réglementation a exercé, à l'encontre d'un débiteur, son pouvoir de faire appliquer la loi. La plupart des organismes de réglementation environnementaux peuvent agir à titre de créanciers, et les entités gouvernementales ne sauraient systématiquement se soustraire aux exigences en matière de priorité de la loi fédérale sur la faillite sous le couvert de l'obligation de faire respecter les devoirs publics. Dans la présente affaire, il est satisfait au premier volet. Il ne fait aucun doute que l'organisme de réglementation a exercé son pouvoir d'appliquer la loi à l'encontre d'une débitrice lorsqu'il a rendu les ordonnances enjoignant à Redwater d'accomplir les travaux environnementaux sur les biens inexploités. Il n'est ni approprié ni nécessaire en l'espèce d'essayer de redéfinir ce volet du test *Abitibi* en restreignant le large sens attribué par la majorité au mot « créancier ».

Personne ne conteste qu'il est satisfait au second volet du test *Abitibi*, lequel exige que la dette, l'engagement ou l'obligation ait pris naissance avant que le débiteur ne devienne failli. Le troisième volet pose la question de savoir s'il est suffisamment certain que l'organisme de réglementation exécutera les travaux et présentera une demande de remboursement. En l'espèce, il est suffisamment certain que l'organisme de réglementation ou sa délégataire, l'OWA, effectuera ultimement les travaux d'abandon et de remise en état et fera valoir une réclamation pécuniaire

judge made three critical findings of fact that easily support this conclusion. First, he found that GTL was not in possession of the disclaimed properties and, in any event, had no ability to perform any kind of work on these assets because the environmental liabilities exceeded the value of the estate itself and Redwater had no working interest participants that would step in to perform the work. As a result, he concluded that there was no other party who could be compelled to carry out the work. Second, in light of the fact that neither GTL nor Redwater's working interest participants would (or could) undertake this work, the chambers judge found as a fact that the Regulator will ultimately be responsible for the abandonment costs, since it has the power to seek recovery of abandonment costs and has actually performed the work on occasion, and has expressly stated an intention to seek reimbursement for the costs of abandoning the renounced assets. Third, the chambers judge found that the Regulator's only realistic alternative to performing the remediation work itself was to deem the renounced assets to be orphan wells. In this circumstance, he found that the legislation and evidence shows that if the Regulator deems a well an orphan, then the OWA will perform the work. In light of these factual determinations, the chambers judge rightly concluded that the sufficient certainty standard of *Abitibi* was satisfied because at a minimum, either the Regulator or the OWA will complete the abandonment work.

The majority elevates form over substance in concluding that the sufficient certainty standard is not satisfied when a regulatory body's delegate, as opposed to the regulatory body itself, performs the work. Considering the salient features of the OWA and its relationship with the Regulator, one must conclude that they are inextricably intertwined. When the Regulator exercises its statutory powers to declare a property an "orphan" under s. 70(2) of Alberta's *Oil and Gas Conservation Act*, it effectively delegates the abandonment work to the OWA. The majority's alternative conclusion that it is not sufficiently certain that even the OWA will perform the abandonment work would permit the Regulator to benefit from strategic gamesmanship by manipulating the timing of its intervention in order to escape the insolvency regime and strip Redwater of its assets.

afin d'obtenir un remboursement. Il est donc satisfait au dernier volet du test *Abitibi*. Le juge en cabinet a tiré trois conclusions de fait cruciales qui appuient aisément cette conclusion. Premièrement, il a conclu que GTL n'était pas en possession des biens visés par les renonciations et, de toute façon, qu'il ne peut pas exécuter de travaux sur ces biens parce que les engagements environnementaux dépassaient la valeur de l'actif même et Redwater ne comptait aucun participant en participation directe qui se chargerait d'exécuter les travaux. Il a donc conclu qu'il n'existe aucune autre partie susceptible d'être contrainte d'exécuter les travaux. Deuxièmement, compte tenu du fait que ni GTL ni les participants en participation directe de Redwater ne voudraient (ou ne pourraient) entreprendre ces travaux, le juge en cabinet a tiré la conclusion de fait selon laquelle l'organisme de réglementation sera en fin de compte responsable des frais d'abandon, car il a le pouvoir de tenter de recouvrer les frais d'abandon et a réellement exécuté les travaux à l'occasion. Il a aussi expressément manifesté l'intention de demander le remboursement des frais liés à l'abandon des biens faisant l'objet de la renonciation. Troisièmement, le juge en cabinet a conclu que la seule solution réaliste qui s'offre à l'organisme de réglementation autre que celle d'effectuer lui-même les travaux de décontamination était de considérer les biens faisant l'objet de la renonciation comme des puits orphelins. Il a conclu qu'en pareil cas, les dispositions législatives et les éléments de preuve démontrent que, si l'organisme de réglementation considère un puits comme orphelin, l'OWA exécutera les travaux. À la lumière de ces conclusions de fait, le juge en cabinet a eu raison de conclure qu'il était satisfait à la norme de certitude suffisante énoncée dans *Abitibi* parce qu'à tout le moins, l'organisme de réglementation ou l'OWA mènerait à terme les travaux d'abandon.

La majorité fait passer la forme avant le fond en concluant qu'il n'est pas satisfait à la norme de certitude suffisante lorsque le délégué de l'organisme de réglementation, et non l'organisme de réglementation lui-même, effectue les travaux. Vu les caractéristiques saillantes de l'OWA et de sa relation avec l'organisme de réglementation, force est de constater qu'ils sont inextricablement liés. Lorsque l'organisme de réglementation exerce le pouvoir de déclarer un bien « orphelin » que lui confère le par. 70(2) de l'*Oil and Gas Conservation Act* de l'Alberta, il délègue effectivement l'exécution des travaux d'abandon à l'OWA. La conclusion subsidiaire de la majorité selon laquelle il n'est pas suffisamment certain que même l'OWA exécutera les travaux d'abandon permettrait à l'organisme de réglementation de tirer profit de manœuvres stratégiques en manipulant le moment de son intervention afin de se soustraire au régime d'insolvabilité et de dépouiller Redwater de ses biens.

Since it is sufficiently certain that the Regulator (or the OWA, as its delegate) will complete the abandonment and reclamation work, all three prongs of the *Abitibi* test are satisfied. The Regulator's Abandonment Orders constitute "claims provable in bankruptcy". It would undermine the *BIA*'s priority scheme and therefore frustrate an essential purpose of the *BIA* if the Regulator could assert those claims outside the bankruptcy process — and ahead of the estate's secured creditors — whether by compelling GTL to carry out those orders or by making the sale of Redwater's valuable assets conditional on the fulfillment of those obligations.

Cases Cited

By Wagner C.J.

Applied: *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. v. Northern Badger Oil & Gas Ltd.*, 1991 ABCA 181, 81 Alta. L.R. (2d) 45; *Newfoundland and Labrador v. AbitibiBowater Inc.*, 2012 SCC 67, [2012] 3 S.C.R. 443; **approved:** *Nortel Networks Corp., Re*, 2013 ONCA 599, 368 D.L.R. (4th) 122; *Strathcona (County) v. Fantasy Construction Ltd. (Trustee of)*, 2005 ABQB 559, 256 D.L.R. (4th) 536; **distinguished:** *Alberta (Attorney General) v. Moloney*, 2015 SCC 51, [2015] 3 S.C.R. 327; *Northstar Aerospace Inc., Re*, 2013 ONCA 600, 8 C.B.R. (6th) 154; **referred to:** *Berkheiser v. Berkheiser*, [1957] S.C.R. 387; *Imperial Oil Ltd. v. Quebec (Minister of the Environment)*, 2003 SCC 58, [2003] 2 S.C.R. 624; *Peters v. Remington*, 2004 ABCA 5, 49 C.B.R. (4th) 273; *Garner v. Newton* (1916), 29 D.L.R. 276; *Nortel Networks Corp., Re*, 2012 ONSC 1213, 88 C.B.R. (5th) 111; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 SCC 53, [2015] 3 S.C.R. 419; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536; *GMAC Commercial Credit Corp. — Canada v. T.C.T. Logistics Inc.*, 2006 SCC 35, [2006] 2 S.C.R. 123; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *New Skeena Forest Products Inc. v. Don Hull & Sons Contracting Ltd.*, 2005 BCCA 154, 251 D.L.R. (4th) 328; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 SCC 52, [2001] 2 S.C.R. 781; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686; *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24; *AbitibiBowater Inc., Re*, 2010 QCCS 1261, 68 C.B.R. (5th) 1; *Strathcona (County) v. Fantasy Construction Ltd. (Trustee of)*, 2005 ABQB

Comme il est suffisamment certain que l'organisme de réglementation (ou l'OWA, sa délégataire) achèvera les travaux d'abandon et de remise en état, il est satisfait aux trois volets du test *Abitibi*. Les ordonnances d'abandon de l'organisme de réglementation constituent des « réclamations prouvables en matière de faillite ». Ce serait saper le régime de priorités établi par la *LFI* et entraver la réalisation d'un objet essentiel de la *LFI* que de permettre à l'organisme de réglementation de faire valoir ces réclamations en dehors du processus de faillite — et en priorité par rapport aux créanciers garantis de l'actif — que ce soit en obligeant GTL à exécuter ces ordonnances ou en faisant dépendre la vente des biens de valeur de Redwater de l'acquiescement de ces obligations.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Wagner

Arrêts appliqués : *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. c. Northern Badger Oil & Gas Ltd.*, 1991 ABCA 181, 81 Alta. L.R. (2d) 45; *Terre-Neuve-et-Labrador c. AbitibiBowater Inc.*, 2012 CSC 67, [2012] 3 R.C.S. 443; **arrêts approuvés :** *Nortel Networks Corp., Re*, 2013 ONCA 599, 368 D.L.R. (4th) 122; *Strathcona (County) c. Fantasy Construction Ltd. (Trustee of)*, 2005 ABQB 559, 256 D.L.R. (4th) 536; **distinction d'avec les arrêts :** *Alberta (Procureur général) c. Moloney*, 2015 CSC 51, [2015] 3 R.C.S. 327; *Northstar Aerospace Inc., Re*, 2013 ONCA 600, 8 C.B.R. (6th) 154; **arrêts mentionnés :** *Berkheiser c. Berkheiser*, [1957] R.C.S. 387; *Cie pétrolière Impériale ltée c. Québec (Ministre de l'Environnement)*, 2003 CSC 58, [2003] 2 R.C.S. 624; *Peters c. Remington*, 2004 ABCA 5, 49 C.B.R. (4th) 273; *Garner c. Newton* (1916), 29 D.L.R. 276; *Nortel Networks Corp., Re*, 2012 ONSC 1213, 88 C.B.R. (5th) 111; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Saskatchewan (Procureur général) c. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 CSC 53, [2015] 3 R.C.S. 419; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536; *Société de crédit commercial GMAC — Canada c. T.C.T. Logistics Inc.*, 2006 CSC 35, [2006] 2 R.C.S. 123; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *New Skeena Forest Products Inc. c. Don Hull & Sons Contracting Ltd.*, 2005 BCCA 154, 251 D.L.R. (4th) 328; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686; *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24; *AbitibiBowater Inc., Re*, 2010 QCCS 1261, 68 C.B.R.

794, 261 D.L.R. (4th) 221; *Lamford Forest Products Ltd. (Re)* (1991), 86 D.L.R. (4th) 534; *Daishowa-Marubeni International Ltd. v. Canada*, 2013 SCC 29, [2013] 2 S.C.R. 336; *Alberta Energy Regulator v. Grant Thornton Limited*, 2017 ABCA 278, 57 Alta. L.R. (6th) 37.

By Côté J. (dissenting)

Newfoundland and Labrador v. AbitibiBowater Inc., 2012 SCC 67, [2012] 3 S.C.R. 443; *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; *Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 SCC 53, [2015] 3 S.C.R. 419; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, 2018 SCC 48, [2018] 3 S.C.R. 189; *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724; *New Skeena Forest Products Inc. v. Don Hull & Sons Contracting Ltd.*, 2005 BCCA 154, 251 D.L.R. (4th) 328; *Re Thompson Knitting Co., Ltd.*, [1925] 2 D.L.R. 1007; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *GMAC Commercial Credit Corp. — Canada v. T.C.T. Logistics Inc.*, 2006 SCC 35, [2006] 2 S.C.R. 123; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. v. Northern Badger Oil & Gas Ltd.*, 1991 ABCA 181, 81 D.L.R. (4th) 280; *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610; *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *R. v. L.T.H.*, 2008 SCC 49, [2008] 2 S.C.R. 739; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121; *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; *Teva Canada Ltd. v. TD Canada Trust*, 2017 SCC 51, [2017] 2 S.C.R. 317; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Nortel Networks Corp., Re*, 2013 ONCA 599, 6 C.B.R. (6th) 159; *Northstar Aerospace Inc., Re*, 2013 ONCA 600, 8 C.B.R. (6th) 154; *Sydco Energy Inc. (Re)*, 2018 ABQB 75, 64 Alta. L.R. (6th) 156.

Statutes and Regulations Cited

Alberta Energy Regulator Administration Fees Rules, Alta. Reg. 98/2013.
Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 2
 “claim provable in bankruptcy, provable claim or claim

(5th) 1; *Strathcona (County) c. Fantasy Construction Ltd. (Trustee of)*, 2005 ABQB 794, 261 D.L.R. (4th) 221; *Lamford Forest Products Ltd. (Re)* (1991), 86 D.L.R. (4th) 534; *Daishowa-Marubeni International Ltd. c. Canada*, 2013 CSC 29, [2013] 2 R.C.S. 336; *Alberta Energy Regulator c. Grant Thornton Limited*, 2017 ABCA 278, 57 Alta. L. R. (6th) 37.

Citée par la juge Côté (dissidente)

Terre-Neuve-et-Labrador c. AbitibiBowater Inc., 2012 CSC 67, [2012] 3 R.C.S. 443; *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; *Saskatchewan (Procureur général) c. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 CSC 53, [2015] 3 R.C.S. 419; *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Renvoi relatif à la réglementation pan-canadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, [2018] 3 R.C.S. 189; *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. Canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724; *New Skeena Forest Products Inc. c. Don Hull & Sons Contracting Ltd.*, 2005 BCCA 154, 251 D.L.R. (4th) 328; *Re Thompson Knitting Co., Ltd.*, [1925] 2 D.L.R. 1007; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *Société de crédit commercial GMAC — Canada c. T.C.T. Logistics Inc.*, 2006 CSC 35, [2006] 2 R.C.S. 123; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. c. Northern Badger Oil & Gas Ltd.*, 1991 ABCA 181, 81 D.L.R. (4th) 280; *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610; *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *R. c. L.T.H.*, 2008 CSC 49, [2008] 2 R.C.S. 739; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; *Teva Canada Ltd. c. TD Canada Trust*, 2017 CSC 51, [2017] 2 R.C.S. 317; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Nortel Networks Corp., Re*, 2013 ONCA 599, 6 C.B.R. (6th) 159; *Northstar Aerospace Inc., Re*, 2013 ONCA 600, 8 C.B.R. (6th) 154; *Sydco Energy Inc. (Re)*, 2018 ABQB 75, 64 Alta. L.R. (6th) 156.

Lois et règlements cités

Alberta Energy Regulator Administration Fees Rules, Alta. Reg. 98/2013.
Conservation and Reclamation Regulation, Alta. Reg. 115/93.

provable”, “creditor”, 14.06, (2), (4) [am. 1997, c. 12, s. 15(1)], 16 to 38, 40, 69.3(1), (2), 72(1), 80, 121 to 154, 169(4), 197(3).

Companies’ Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, s. 11.8(8).

Conservation and Reclamation Regulation, Alta. Reg. 115/93.

Constitution Act, 1867, ss. 91(21), 92(13), 92A(1)(c).

Environmental Protection and Enhancement Act, R.S.A. 2000, c. E-12, ss. 1(ddd), 112 to 122, 134(b), 137, 140, 142(1)(a)(ii), 227 to 230, 240, 245.

Oil and Gas Conservation Act, R.S.A. 2000, c. O-6, ss. 1(1)(a), (w), (cc), (eee), 11(1), 12(1), 18(1), 24(2), 25, 27 to 30, 68(d), 70(1), (2), 73(1), (2), 74, 106, 108, 110.

Oil and Gas Conservation Rules, Alta. Reg. 151/71, ss. 1.100(2), 3.012.

Orphan Fund Delegated Administration Regulation, Alta. Reg. 45/2001, ss. 3(2)(b), 6.

Pipeline Act, R.S.A. 2000, c. P-15, ss. 1(1)(a), (n), (t), 6(1), 9(1), 23 to 26, 51 to 54.

Responsible Energy Development Act, S.A. 2012, c. R-17.3, ss. 2(1)(a), 2(2)(h), 3(1), 28, 29.

Surface Rights Act, R.S.A. 2000, c. S-24, ss. 1(h), 15.

Authors Cited

Alberta. Energy Resources Conservation Board. *Directive 006: Licensee Liability Rating (LLR) Program and Licence Transfer Process*, March 12, 2013.

Alberta Energy Regulator. *Licensee Eligibility — Alberta Energy Regulator Measures to Limit Environmental Impacts Pending Regulatory Changes to Address the Redwater Decision*, June 20, 2016 (online: <https://www.aer.ca/documents/bulletins/Bulletin-2016-16.pdf>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC5_1_eng.pdf).

Bankes, Nigel. *Majority of the Court of Appeal Confirm Chief Justice Wittmann’s Redwater Decision*, May 3, 2017 (online: <https://ablawg.ca/2017/05/03/majority-of-the-court-of-appeal-confirms-chief-justice-wittmanns-redwater-decision>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC5_2_eng.pdf).

Bennett, Frank. *Bennett on Creditors’ and Debtors’ Rights and Remedies*, 5th ed. Toronto: Thomson Carswell, 2006.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Industry. *Evidence*, No. 16, 2nd Sess., 35th Parl., June 11, 1996.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Industry. *Evidence*, No. 21, 2nd Sess., 35th Parl., September 25, 1996.

Environmental Protection and Enhancement Act, R.S.A. 2000, c. E-12, art. 1(ddd), 112 à 122, 134(b), 137, 140, 142(1)(a)(ii), 227 à 230, 240, 245.

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(21), 92(13), 92A(1)(c).

Loi sur la faillite et l’insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 2 « réclamation prouvable en matière de faillite ou réclamation prouvable », « créancier », 14.06, (2), (4) [mod. 1997, c. 12, s. 15(1)], 16 à 38, 40, 69.3(1), (2), 72(1), 80, 121 à 154, 169(4), 197(3).

Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36, art. 11.8(8).

Oil and Gas Conservation Act, R.S.A. 2000, c. O-6, art. 1(1)(a), (w), (cc), (eee), 11(1), 12(1), 18(1), 24(2), 25, 27 à 30, 68(d), 70(1), (2), 73(1), (2), 74, 106, 108, 110.

Oil and Gas Conservation Rules, Alta. Reg. 151/71, art. 1.100(2), 3.012.

Orphan Fund Delegated Administration Regulation, Alta. Reg. 45/2001, art. 3(2)(b), 6.

Pipeline Act, R.S.A. 2000, c. P-15, art. 1(1)(a), (n), (t), 6(1), 9(1), 23 à 26, 51 à 54.

Responsible Energy Development Act, S.A. 2012, c. R-17.3, art. 2(1)(a), 2(2)(h), 3(1), 28, 29.

Surface Rights Act, R.S.A. 2000, c. S-24, art. 1(h), 15.

Doctrine et autres documents cités

Alberta. Energy Resources Conservation Board. *Directive 006 : Licensee Liability Rating (LLR) Program and Licence Transfer Process*, March 12, 2013.

Alberta Energy Regulator. *Licensee Eligibility — Alberta Energy Regulator Measures to Limit Environmental Impacts Pending Regulatory Changes to Address the Redwater Decision*, June 20, 2016 (en ligne : <https://www.aer.ca/documents/bulletins/Bulletin-2016-16.pdf>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC5_1_eng.pdf).

Bankes, Nigel. *Majority of the Court of Appeal Confirm Chief Justice Wittmann’s Redwater Decision*, May 3, 2017 (en ligne : <https://ablawg.ca/2017/05/03/majority-of-the-court-of-appeal-confirms-chief-justice-wittmanns-redwater-decision>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC5_2_eng.pdf).

Bennett, Frank. *Bennett on Creditors’ and Debtors’ Rights and Remedies*, 5th ed., Toronto, Thomson Carswell, 2006.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de l’industrie. *Témoignages*, n° 16, 2^e sess., 35^e lég., 11 juin 1996.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de l’industrie. *Témoignages*, n° 21, 2^e sess., 35^e lég., 25 septembre 1996.

- Canada. Senate. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce*, No. 13, 2nd Sess., 35th Parl., November 4, 1996.
- Goode, Roy. *Principles of Corporate Insolvency Law*, 4th ed. London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2011.
- Grand Robert de la langue française*, 2^e éd. Paris: Le Robert, 2001, “ès”.
- Klimek, Jennifer. *Insolvency and Environment Liability*. Toronto: Carswell, 1994.
- Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2018.
- Lund, Anna J. “Lousy Dentists, Bad Drivers, and Abandoned Oil Wells: a New Approach to Reconciling Provincial Regulatory Regimes with Federal Insolvency Law” (2017), 80 *Sask. L. Rev.* 157.
- Oxford English Dictionary* (online: <http://www.oed.com>), “probably”.
- Robert & Collins* (online: https://grc.bvdep.com/login_.asp), “ès qualités”.
- Silverstein, Lee. “Rejection of Executory Contracts in Bankruptcy and Reorganization” (1964), 31 *U. Chi. L. Rev.* 467.
- Stewart, Fenner L. “How to Deal with a Fickle Friend? Alberta’s Troubles with the Doctrine of Federal Paramountcy”, in Janis P. Sarra and Barbara Romaine, eds., *Annual Review of Insolvency Law 2017*. Toronto: Thomson Reuters, 2018, 163.
- Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2016.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- Canada. Sénat. *Délibérations du comité sénatorial permanent des Banques et du commerce*, n° 13, 2^e sess., 35^e lég., 4 novembre 1996.
- Goode, Roy. *Principles of Corporate Insolvency Law*, 4th ed. London, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2011.
- Grand Robert de la langue française*, 2^e éd., Paris, Le Robert, 2001, “ès”.
- Klimek, Jennifer. *Insolvency and Environment Liability*. Toronto, Carswell, 1994.
- Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 5th ed. Markham (Ont.), LexisNexis, 2018.
- Lund, Anna J. « Lousy Dentists, Bad Drivers, and Abandoned Oil Wells : a New Approach to Reconciling Provincial Regulatory Regimes with Federal Insolvency Law » (2017), 80 *Sask. L. Rev.* 157.
- Oxford English Dictionary* (en ligne : <http://www.oed.com>), « probably ».
- Robert & Collins* (en ligne : https://grc.bvdep.com/login_.asp), « ès qualités ».
- Silverstein, Lee. « Rejection of Executory Contracts in Bankruptcy and Reorganization » (1964), 31 *U. Chi. L. Rev.* 467.
- Stewart, Fenner L. « How to Deal with a Fickle Friend? Alberta’s Troubles with the Doctrine of Federal Paramountcy », in Janis P. Sarra and Barbara Romaine, eds., *Annual Review of Insolvency Law 2017*, Toronto, Thomson Reuters, 2018.
- Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed., Toronto, Irwin Law, 2016.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Slatter, Schutz and Martin JJ.A.), 2017 ABCA 124, 47 C.B.R. (6th) 171, [2017] 6 W.W.R. 301, 8 C.E.L.R. (4th) 1, 50 Alta. L.R. (6th) 1, [2017] A.J. No. 402 (QL), 2017 CarswellAlta 695 (WL Can.), affirming a decision of Wittmann C.J., 2016 ABQB 278, 37 C.B.R. (6th) 88, [2016] 11 W.W.R. 716, 33 Alta. L.R. (6th) 221, [2016] A.J. No. 541 (QL), 2016 CarswellAlta 994 (WL Can.). Appeal allowed, Moldaver and Côté JJ. dissenting.

Ken Lenz, Q.C., Patricia Johnston, Q.C., Keely R. Cameron, Brad Gilmour and Michael W. Selnes, for the appellants.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Slatter, Schutz et Martin), 2017 ABCA 124, 47 C.B.R. (6th) 171, [2017] 6 W.W.R. 301, 8 C.E.L.R. (4th) 1, 50 Alta. L.R. (6th) 1, [2017] A.J. No. 402 (QL), 2017 CarswellAlta 695 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge en chef Wittmann, 2016 ABQB 278, 37 C.B.R. (6th) 88, [2016] 11 W.W.R. 716, 33 Alta. L.R. (6th) 221, [2016] A.J. No. 541 (QL), 2016 CarswellAlta 994 (WL Can.). Pourvoi accueilli, les juges Moldaver et Côté sont dissidents.

Ken Lenz, c.r., Patricia Johnston, c.r., Keely R. Cameron, Brad Gilmour et Michael W. Selnes, pour les appelants.

Kelly J. Bourassa, Jeffrey Oliver, Tom Cumming, Ryan Zahara, Danielle Maréchal, Brendan MacArthur-Stevens and Chris Nyberg, for the respondents.

Josh Hunter and Hayley Pitcher, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Gareth Morley, Aaron Welch and Barbara Thomson, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Richard James Fyfe, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

Robert Normey and Vivienne Ball, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Adrian Scotchmer, for the intervener Ecojustice Canada Society.

Lewis Manning and Toby Kruger, for the intervener the Canadian Association of Petroleum Producers.

Nader R. Hasan and Lindsay Board, for the intervener Greenpeace Canada.

Christine Laing and Shaun Fluker, for the intervener Action Surface Rights Association.

Caireen E. Hanert and Adam Maerov, for the intervener the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals.

Howard A. Gorman, Q.C., and *D. Aaron Stephenson*, for the intervener the Canadian Bankers' Association.

The judgment of Wagner C.J. and Abella, Karakatsanis, Gascon and Brown JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] The oil and gas industry is a lucrative and important component of Alberta's and Canada's economy. The industry also carries with it certain

Kelly J. Bourassa, Jeffrey Oliver, Tom Cumming, Ryan Zahara, Danielle Maréchal, Brendan MacArthur-Stevens et Chris Nyberg, pour les intimées.

Josh Hunter et Hayley Pitcher, pour l'intervenante la procureure générale de l'Ontario.

Gareth Morley, Aaron Welch et Barbara Thomson, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Richard James Fyfe, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Robert Normey et Vivienne Ball, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Adrian Scotchmer, pour l'intervenante Ecojustice Canada Society.

Lewis Manning et Toby Kruger, pour l'intervenante l'Association canadienne des producteurs pétroliers.

Nader R. Hasan et Lindsay Board, pour l'intervenante Greenpeace Canada.

Christine Laing et Shaun Fluker, pour l'intervenante Action Surface Rights Association.

Caireen E. Hanert et Adam Maerov, pour l'intervenante l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation.

Howard A. Gorman, c.r., et *D. Aaron Stephenson*, pour l'intervenante l'Association des banquiers canadiens.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Karakatsanis, Gascon et Brown rendu par

LE JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] L'industrie pétrolière et gazière est une composante lucrative et importante de l'économie albertaine et canadienne. Cette industrie entraîne

unavoidable environmental costs and consequences. To address them, Alberta has established a comprehensive cradle-to-grave licensing regime that is binding on companies active in the industry. A company will not be granted the licences that it needs to extract, process or transport oil and gas in Alberta unless it assumes end-of-life responsibilities for plugging and capping oil wells to prevent leaks, dismantling surface structures and restoring the surface to its previous condition. These obligations are known as “reclamation” and “abandonment” (*Environmental Protection and Enhancement Act*, R.S.A. 2000, c. E-12 (“EPEA”), s. 1(ddd), and *Oil and Gas Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. O-6 (“OGCA”), s. 1(1)(a)).

[2] The question in this appeal is what happens to these obligations when a company is bankrupt and a trustee in bankruptcy is charged with distributing its assets among various creditors according to the rules in the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“BIA”). Redwater Energy Corporation (“Redwater”) is the bankrupt company at the centre of this appeal. Its principal assets are 127 oil and gas assets — wells, pipelines and facilities — and their corresponding licences. A few of Redwater’s licensed wells are still producing and profitable. The majority of the wells are spent and burdened with abandonment and reclamation liabilities that exceed their value.

[3] The Alberta Energy Regulator (“Regulator”) and the Orphan Well Association (“OWA”) are the appellants in this Court. (For simplicity, I will refer to the Regulator when discussing the appellants’ position, unless otherwise noted.) The Regulator administers Alberta’s licensing regime and enforces the abandonment and reclamation obligations of licensees. The Regulator has delegated to the OWA, an independent non-profit entity, the authority to abandon and reclaim “orphans”, which are oil and gas assets and their sites left behind in an improperly abandoned or unreclaimed state by defunct companies at the close of their insolvency proceedings. The Regulator says that, one way or another, the

également certains coûts et certaines conséquences inévitables pour l’environnement. Pour y faire face, l’Alberta a mis en place un régime complet de délivrance de permis du berceau à la tombe qui lie les sociétés actives dans l’industrie. Une société n’obtiendra pas les permis dont elle a besoin pour extraire, traiter ou transporter du pétrole et du gaz en Alberta, à moins qu’elle n’assume les responsabilités de fin de vie consistant à obturer et à fermer les puits de pétrole afin d’éviter les fuites, à démanteler les structures de surface ainsi qu’à remettre la surface dans son état antérieur. Ces obligations sont appelées la [TRADUCTION] « remise en état » et l’« abandon » (*Environmental Protection and Enhancement Act*, R.S.A. 2000, c. E-12 (« EPEA »), al. 1(ddd) et *Oil and Gas Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. O-6 (« OGCA »), al. 1(1)(a)).

[2] La question en l’espèce est de savoir ce qu’il advient de ces obligations lorsqu’une société est en faillite et qu’un syndic de faillite est chargé de répartir ses biens entre divers créanciers conformément aux règles prévues dans la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3 (« LFI »). Redwater Energy Corporation (« Redwater ») est la société en faillite au cœur du présent pourvoi. Son actif est principalement composé de 127 biens pétroliers et gaziers — puits, pipelines et installations — et des permis correspondants. Quelques-uns des puits autorisés de Redwater sont encore productifs et rentables. La majorité est tarie et grevée de responsabilités relatives à l’abandon et à la remise en état qui excèdent leur valeur.

[3] L’Alberta Energy Regulator (« organisme de réglementation ») et l’Orphan Well Association (« OWA ») sont les appelants devant notre Cour (pour simplifier, je les appellerai l’organisme de réglementation au moment d’analyser la position des appelants, sauf indication contraire). L’organisme de réglementation administre le régime de délivrance de permis de l’Alberta et assure le respect, par les titulaires de permis, des obligations relatives à l’abandon et à la remise en état. L’organisme de réglementation a délégué à l’OWA, une entité indépendante sans but lucratif, le pouvoir d’abandonner et de remettre en état les « orphelins » — les biens pétroliers et gaziers ainsi que leurs sites délaissés ou non réclamés sans

remaining value of the Redwater estate must be applied to meet the abandonment and reclamation obligations associated with its licensed assets.

[4] Redwater’s trustee in bankruptcy, Grant Thornton Limited (“GTL”), and Redwater’s primary secured creditor, Alberta Treasury Branches (“ATB”), oppose the appeal. (For simplicity, I will refer to GTL when discussing the respondents’ position, unless otherwise noted.) GTL argues that, since it has disclaimed Redwater’s unproductive oil and gas assets, s. 14.06(4) of the *BIA* empowers it to walk away from those assets and the environmental liabilities associated with them and to deal solely with Redwater’s producing oil and gas assets. Alternatively, GTL argues that, under the priority scheme in the *BIA*, the claims of Redwater’s secured creditors must be satisfied ahead of Redwater’s environmental liabilities. Relying on the doctrine of paramountcy, GTL says that Alberta’s environmental legislation regulating the oil and gas industry is constitutionally inoperative to the extent that it authorizes the Regulator to interfere with this arrangement.

[5] The chambers judge (2016 ABQB 278, 37 C.B.R. (6th) 88) and a majority of the Court of Appeal (2017 ABCA 124, 47 C.B.R. (6th) 171) agreed with GTL. The Regulator’s proposed use of its statutory powers to enforce Redwater’s compliance with abandonment and reclamation obligations during bankruptcy was held to conflict with the *BIA* in two ways: (1) it imposed on GTL the obligations of a licensee in relation to the Redwater assets disclaimed by GTL, contrary to s. 14.06(4) of the *BIA*; and (2) it upended the priority scheme for the distribution of a bankrupt’s assets established by the *BIA* by requiring that the “provable claims” of the Regulator, an unsecured creditor, be paid ahead of the claims of Redwater’s secured creditors.

que les processus en question n’aient été correctement effectués par les sociétés liquidées à la fin de leur procédure d’insolvabilité. L’organisme de réglementation affirme que, d’une façon ou d’une autre, la valeur restante de l’actif de Redwater doit être utilisée pour satisfaire aux obligations d’abandon et de remise en état qui sont associées à ses biens visés par des permis.

[4] Le syndic de faillite de Redwater, Grant Thornton Limited (« GTL »), et le principal créancier garanti de Redwater, Alberta Treasury Branches (« ATB »), s’opposent au pourvoi (pour simplifier, je les appellerai GTL au moment d’analyser la position des intimées, sauf indication contraire). GTL soutient que, comme il a renoncé aux biens pétroliers et gaziers inexploités de Redwater, le par. 14.06(4) de la *LFI* l’investit du pouvoir de les délaisser et de se soustraire aux engagements environnementaux qui s’y rattachent et de s’occuper uniquement des biens pétroliers et gaziers productifs de Redwater. GTL soutient subsidiairement que, d’après le régime de priorité établi dans la *LFI*, il faut acquitter les réclamations des créanciers garantis de Redwater avant de respecter ses engagements environnementaux. Invoquant la doctrine de la prépondérance, GTL affirme que la législation environnementale de l’Alberta réglementant l’industrie pétrolière et gazière est constitutionnellement inopérante dans la mesure où elle autorise l’organisme de réglementation à se mêler de cet arrangement.

[5] Le juge siégeant en cabinet (2016 ABQB 278, 37 C.B.R. (6th) 88) et les juges majoritaires de la Cour d’appel (2017 ABCA 124, 47 C.B.R. (6th) 171) ont donné raison à GTL. L’utilisation proposée par l’organisme de réglementation des pouvoirs que lui confère la loi pour contraindre Redwater à respecter les obligations d’abandon et de remise en état au cours de la faillite a été jugée incompatible avec la *LFI* de deux façons : (1) elle imposait à GTL les obligations d’un titulaire de permis relativement aux biens de Redwater auxquels GTL avait renoncé, ce qui est contraire au par. 14.06(4) de la *LFI*; (2) elle renversait le régime de priorité établi par la *LFI* pour le partage des biens d’un failli en exigeant que le paiement de ses « réclamations prouvables », en tant que créancier ordinaire, soit effectué avant celui des réclamations des créanciers garantis de Redwater.

[6] Martin J.A., as she then was, dissented. She would have allowed the Regulator's appeal on the basis that there was no conflict between Alberta's environmental legislation and the *BIA*. Martin J.A. was of the view that: (1) s. 14.06 of the *BIA* did not operate to relieve GTL of Redwater's obligations with respect to its licensed assets; and (2) the Regulator was not asserting any provable claims, so the priority scheme in the *BIA* was not upended.

[7] For the reasons that follow, I would allow the appeal. Although my analysis differs from hers in some respects, I agree with Martin J.A. that the Regulator's use of its statutory powers does not create a conflict with the *BIA* so as to trigger the doctrine of federal paramountcy. Section 14.06(4) is concerned with the personal liability of trustees, and does not empower a trustee to walk away from the environmental liabilities of the estate it is administering. The Regulator is not asserting any claims provable in the bankruptcy, and the priority scheme in the *BIA* is not upended. Thus, no conflict is caused by GTL's status as a licensee under Alberta legislation. Alberta's regulatory regime can coexist with and apply alongside the *BIA*.

II. Background

A. *Alberta's Regulatory Regime*

[8] The resolution of the constitutional questions and the ultimate outcome of this appeal depend on a proper understanding of the complex regulatory regime which governs Alberta's oil and gas industry. I will therefore describe that regime in considerable detail.

[9] In order to exploit oil and gas resources in Alberta, a company needs three things: a property interest in the oil or gas, surface rights and a licence issued by the Regulator. In Alberta, mineral rights are typically reserved from ownership rights in land.

[6] La juge d'appel Martin, maintenant juge de notre Cour, n'était pas d'accord. Elle aurait accueilli l'appel de l'organisme de réglementation au motif qu'il n'y avait pas de conflit entre la législation environnementale de l'Alberta et la *LFI*. La juge Martin a estimé que : (1) l'art. 14.06 de la *LFI* n'a pas eu pour effet de libérer GTL des obligations de Redwater à l'égard de ses biens visés par des permis; (2) l'organisme de réglementation ne faisait valoir aucune réclamation prouvable, de sorte que le régime de priorité de la *LFI* n'était pas renversé.

[7] Pour les motifs qui suivent, j'accueillerais le pourvoi. Bien que mon analyse diffère de la sienne à certains égards, je conviens avec la juge Martin que l'utilisation par l'organisme de réglementation des pouvoirs que lui confère la loi ne crée pas de conflit avec la *LFI* de façon à mettre en jeu la doctrine de la prépondérance fédérale. Le paragraphe 14.06(4) intéresse la responsabilité personnelle du syndic et il ne l'investit pas du pouvoir de se soustraire aux engagements environnementaux liant l'actif qu'il administre. L'organisme de réglementation ne fait valoir aucune réclamation prouvable en matière de faillite, et le régime de priorité de la *LFI* n'est pas renversé. Donc, le statut de GTL en tant que titulaire de permis au sens de la loi albertaine n'est à l'origine d'aucun conflit. Le régime de réglementation de l'Alberta peut coexister et s'appliquer conjointement avec la *LFI*.

II. Contexte

A. *Le régime de réglementation de l'Alberta*

[8] Le règlement des questions constitutionnelles et l'issue finale du présent pourvoi reposent sur une compréhension adéquate du régime complexe de réglementation qui régit l'industrie pétrolière et gazière de l'Alberta. Je vais donc décrire ce régime de façon très détaillée.

[9] Pour exploiter des ressources pétrolières et gazières en Alberta, une société a besoin de trois choses : un intérêt de propriété sur le pétrole ou le gaz, des droits de surface et un permis délivré par l'organisme de réglementation. En Alberta, les droits miniers sont

About 90 percent of Alberta’s mineral rights are held by the Crown on behalf of the public.

[10] A company’s property interest in the oil or gas it seeks to exploit typically takes the form of a mineral lease with the Crown (but occasionally with a private owner). The company also needs surface rights so it can access and occupy the physical land located above the oil and gas and place the equipment needed to pump, store and haul away the oil and gas. Surface rights may be obtained through a lease with the landowner, who is often a farmer or rancher (but is occasionally the Crown). Where a landowner does not voluntarily grant surface rights, Alberta law authorizes the Surface Rights Board to issue a right of entry order in favour of an “operator”, that is, the person having the right to a mineral or the right to work it (*Surface Rights Act*, R.S.A. 2000, c. S-24, ss. 1(h) and 15).

[11] Canadian courts characterize a mineral lease that allows a company to exploit oil and gas resources as a *profit à prendre*. It is not disputed that a *profit à prendre* is a form of real property interest held by the company (*Berkheiser v. Berkheiser*, [1957] S.C.R. 387). A *profit à prendre* is fully assignable and has been defined as “a non-possessory interest in land, like an easement, which can be passed on from generation to generation, and remains with the land, regardless of changes in ownership” (F. L. Stewart, “How to Deal with a Fickle Friend? Alberta’s Troubles with the Doctrine of Federal Paramountcy”, in J. P. Sarra and B. Romaine, eds., *Annual Review of Insolvency Law 2017* (2018), 163 (“Stewart”), at p. 193). Solvent and insolvent companies alike will often hold *profits à prendre* in both producing and unproductive or spent wells. There are a variety of potential “working interest” arrangements whereby several parties can share an interest in oil and gas resources.

généralement soustraits des droits de propriété sur les terres. Environ 90 p. 100 des droits miniers de l’Alberta sont détenus par la Couronne au nom du public.

[10] L’intérêt de propriété d’une société dans le pétrole ou le gaz qu’elle cherche à exploiter prend généralement la forme d’un bail d’exploitation minière avec la Couronne (mais parfois avec un propriétaire privé). La société a également besoin de droits de surface, afin de pouvoir accéder au terrain physique situé au-dessus du pétrole et du gaz, de l’occuper, ainsi que d’installer l’équipement nécessaire pour pomper, stocker et transporter le pétrole de même que le gaz. On obtient les droits de surface au moyen d’un bail avec le propriétaire foncier, dans bien des cas un agriculteur ou un éleveur (mais parfois la Couronne). Lorsqu’un propriétaire foncier n’accorde pas volontairement des droits de surface, la loi albertaine autorise le Surface Rights Board (Conseil des droits de surface) à rendre une ordonnance d’accès aux terres en faveur d’un [TRADUCTION] « exploitant », soit la personne qui a droit à une substance minérale ou le droit de la travailler (*Surface Rights Act*, R.S.A. 2000, c. S-24, al. 1h) et art. 15).

[11] Les tribunaux canadiens qualifient le bail d’exploitation minière permettant à une société d’exploiter des ressources pétrolières et gazières de profit à prendre. Il n’est pas contesté qu’un profit à prendre constitue une forme d’intérêt détenue par la société sur un bien réel (*Berkheiser c. Berkheiser*, [1957] R.C.S. 387). Un profit à prendre est entièrement cessible et il a été défini comme [TRADUCTION] « un intérêt foncier sans possession, comme une servitude, qui peut être transmis de génération en génération et qui reste avec la terre, indépendamment des changements de propriétaire » (F. L. Stewart, « How to Deal with a Fickle Friend? Alberta’s Troubles with the Doctrine of Federal Paramountcy », dans J. P. Sarra et B. Romaine, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2017* (2018), 163 (« Stewart »), p. 193). Les sociétés, qu’elles soient solvables ou insolvables, détiennent souvent des profits à prendre tant dans les puits productifs que dans les puits inexploités ou épuisés. Il existe une foule d’ententes potentielles de « participation directe » par lesquelles plusieurs parties peuvent partager un intérêt dans des ressources pétrolières et gazières.

[12] The third thing a company needs in order to access and exploit Alberta’s oil and gas resources, and the one most germane to this appeal, is a licence issued by the Regulator. The *OGCA* prohibits any person without a licence from commencing to drill a well or undertaking any operations preparatory or incidental to the drilling of a well, and from commencing to construct or operate a facility (ss. 11(1) and 12(1)). The *Pipeline Act*, R.S.A. 2000, c. P-15, similarly prohibits the construction of pipelines without a licence (s. 6(1)). The *profit à prendre* in an oil and gas deposit may be bought and sold without regulatory approval. However, it is of little practical use on its own, as, without the licence associated with a well, the purchaser cannot “continue any drilling operations, any producing operations or any injecting operations” (*OGCA*, s. 11(1)), and, without the licence associated with a facility, the purchaser cannot “continue any construction or operation” (*OGCA*, s. 12(1)).

[13] The three relevant licensed assets in the Alberta oil and gas industry are wells, facilities and pipelines. A “well” is defined, *inter alia*, as “an orifice in the ground completed or being drilled . . . for the production of oil or gas” (*OGCA*, s. 1(1)(eee)). A “facility” is broadly defined and includes any building, structure, installation or equipment that is connected to or associated with the recovery, development, production, handling, processing, treatment or disposal of oil and gas resources (*OGCA*, s. 1(1)(w)). A “pipeline” is defined as “a pipe used to convey a substance or combination of substances”, including associated installations (*Pipeline Act*, s. 1(1)(t)).

[14] The licences a company needs to recover, process and transport oil and gas are issued by the Regulator. The Regulator is not an agent of the Crown. It is established as a corporation by s. 3(1) of the *Responsible Energy Development Act*, S.A. 2012, c. R-17.3 (“*REDA*”). It exercises a wide range of powers under the *OGCA* and the *Pipeline Act*. It also acts as the regulator in respect of energy resource

[12] La troisième chose — celle qui se rapporte le plus au présent pourvoi — dont une société a besoin pour avoir accès aux ressources pétrolières et gazières de l’Alberta ainsi que pour les exploiter, c’est un permis délivré par l’organisme de réglementation. L’*OGCA* interdit à toute personne non titulaire d’un permis de commencer le forage d’un puits, y compris les activités préparatoires ou accessoires à cette fin, ou d’amorcer la construction ou l’exploitation d’une installation (par. 11(1) et 12(1)). La *Pipeline Act*, R.S.A. 2000, c. P-15, interdit également la construction de pipelines sans permis (par. 6(1)). Le profit à prendre dans des gisements de pétrole et de gaz peut être acheté et vendu sans approbation réglementaire. Cependant, cela n’a qu’une utilité pratique restreinte en soi, puisque, sans le permis associé à un puits, l’acheteur ne peut pas [TRADUCTION] « poursuivre une opération de forage, d’exploitation ou d’injection » (*OGCA*, par. 11(1)), et sans le permis associé à une installation, l’acheteur ne peut pas [TRADUCTION] « poursuivre la construction ou l’exploitation » (*OGCA*, par. 12(1)).

[13] Les trois biens visés par des permis pertinents dans l’industrie pétrolière et gazière de l’Alberta sont les puits, les installations et les pipelines. Le « puits » est défini, entre autres, comme [TRADUCTION] « un orifice dans le sol complété ou en cours de forage pour la production de pétrole ou de gaz » (*OGCA*, al. 1(1)(eee)). L’« installation » est définie au sens large et englobe tous les bâtiments, structures, installations et matériaux qui sont liés ou associés à la récupération, à la mise en valeur, à la production, à la manutention, au traitement ou à l’élimination de ressources pétrolières et gazières (*OGCA*, al. 1(1)(w)). Le « pipeline » est défini comme [TRADUCTION] « un tuyau utilisé pour transporter une substance ou une combinaison de substances », y compris les installations connexes (*Pipeline Act*, al. 1(1)(t)).

[14] Les permis dont une société a besoin pour récupérer, traiter ainsi que transporter le pétrole et le gaz sont délivrés par l’organisme de réglementation. Ce dernier n’est pas un mandataire de la Couronne. Il est constitué en société par le par. 3(1) de la *Responsible Energy Development Act*, S.A. 2012, c. R-17.3 (« *REDA* »). L’organisme de réglementation exerce un large éventail de pouvoirs en vertu de l’*OGCA*

activities under the *EPEA*, Alberta's more general environmental protection legislation (*REDA*, s. 2(2)(h)). The Regulator's mandate is set out in the *REDA* and includes "the efficient, safe, orderly and environmentally responsible development of energy resources in Alberta" (s. 2(1)(a)). The Regulator is funded almost entirely by the industry it regulates, and it collects its budget through an administration fee (Stewart, at p. 219; *REDA*, ss. 28 and 29; *Alberta Energy Regulator Administration Fees Rules*, Alta. Reg. 98/2013).

[15] The Regulator has a wide discretion when it comes to granting licences to operate wells, facilities and pipelines. On receiving an application for a licence, the Regulator may grant the licence subject to any conditions, restrictions and stipulations, or it may refuse the licence (*OGCA*, s. 18(1); *Pipeline Act*, s. 9(1)). Licences to operate a well, facility or pipeline are granted subject to obligations that will one day arise to abandon the underlying asset and reclaim the land on which it is situated.

[16] "Abandonment" refers to "the permanent dismantlement of a well or facility in the manner prescribed by the regulations or rules" made by the Regulator (*OGCA*, s. 1(1)(a)). Specifically, the abandonment of a well has been defined as "the process of sealing a hole which has been drilled for oil or gas, at the end of its useful life, to render it environmentally safe" (*Panamericana de Bienes y Servicios S.A. v. Northern Badger Oil & Gas Ltd.*, 1991 ABCA 181, 81 Alta. L.R. (2d) 45 ("Northern Badger"), at para. 2). The abandonment of a pipeline refers to its "permanent deactivation . . . in the manner prescribed by the rules" (*Pipeline Act*, s. 1(1)(a)). "Reclamation" includes "the removal of equipment or buildings", "the decontamination of buildings . . . land or water", and the "stabilization, contouring, maintenance, conditioning or reconstruction of the surface of the land" (*EPEA*, s. 1(ddd)). A further duty

et de la *Pipeline Act*. Il agit également à titre d'organisme de réglementation des activités liées aux ressources énergétiques sous le régime de l'*EPEA*, la loi albertaine plus générale sur la protection de l'environnement (*REDA*, al. 2(2)(h)). Le mandat de l'organisme de réglementation est énoncé dans la *REDA* et comprend [TRADUCTION] « la mise en valeur efficiente, sûre, ordonnée et respectueuse de l'environnement des ressources énergétiques en Alberta » (al. 2(1)(a)). L'organisme de réglementation est financé presque entièrement par l'industrie qu'il réglemente et il recueille ses recettes budgétaires au moyen de frais administratifs (Stewart, p. 219; *REDA*, art. 28 et 29; *Alberta Energy Regulator Administration Fees Rules*, Alta. Reg. 98/2013).

[15] L'organisme de réglementation jouit d'un large pouvoir discrétionnaire lorsqu'il s'agit de délivrer des permis d'exploitation de puits, d'installations et de pipelines. À la réception d'une demande de permis, l'organisme de réglementation peut accorder le permis sous réserve de certaines conditions, restrictions et stipulations, ou il peut refuser le permis (*OGCA*, par. 18(1); *Pipeline Act*, par. 9(1)). Les permis d'exploitation d'un puits, d'une installation ou d'un pipeline sont accordés sous réserve d'obligations qui se manifesteront un jour d'abandonner le bien sous-jacent et de remettre en état le terrain sur lequel il est situé.

[16] Le terme [TRADUCTION] « abandon » désigne « le démantèlement permanent d'un puits ou d'une installation de la manière prescrite par les règlements ou les règles » pris par l'organisme de réglementation (*OGCA*, al. 1(1)(a)). Plus précisément, l'abandon d'un puits a été défini comme [TRADUCTION] « l'obturation d'un trou qui a été foré pour le pétrole ou le gaz, à la fin de sa vie utile, afin de le rendre sûr sur le plan environnemental » (*Panamericana de Bienes y Servicios S.A. c. Northern Badger Oil & Gas Ltd.*, 1991 ABCA 181, 81 Alta L.R. (2d) 45 (« Northern Badger »), par. 2). L'abandon d'un pipeline fait référence à sa [TRADUCTION] « mise hors service permanente [. . .] de la manière prescrite par les règles » (*Pipeline Act*, al. 1(1)(a)). La remise en état comprend [TRADUCTION] « l'enlèvement des bâtiments et de l'équipement », « la décontamination des bâtiments, du terrain ou de l'eau », ainsi que

binding on those active in the Alberta oil and gas industry is remediation, which arises where a harmful or potentially harmful substance has been released into the environment (*EPEA*, ss. 112 to 122). As the extent of any remediation obligations that may be associated with Redwater assets is unclear, I will not refer to remediation separately from reclamation, unless otherwise noted. As has been done throughout this litigation, I will refer to abandonment and reclamation jointly as end-of-life obligations.

[17] A licensee must abandon a well or facility when ordered to do so by the Regulator or when required by the rules or regulations. The Regulator may order abandonment when “the Regulator considers that it is necessary to do so in order to protect the public or the environment” (*OGCA*, s. 27(3)). Under the rules, a licensee is required to abandon a well or facility, *inter alia*, on the termination of the mineral lease, surface lease or right of entry, where the Regulator cancels or suspends the licence, or where the Regulator notifies the licensee that the well or facility may constitute an environmental or safety hazard (*Oil and Gas Conservation Rules*, Alta. Reg. 151/71, s. 3.012). Section 23 of the *Pipeline Act* requires licensees to abandon pipelines in similar situations. The duty to reclaim is established by s. 137 of the *EPEA*. This duty is binding on an “operator”, a broader term which encompasses the holder of a licence issued by the Regulator (*EPEA*, s. 134(b)). Reclamation is governed by the procedural requirements set out in regulations (*Conservation and Reclamation Regulation*, Alta. Reg. 115/93).

[18] The Licensee Liability Rating Program, which was, at the time of Redwater’s insolvency, set out in *Directive 006: Licensee Liability Rating (LLR) Program and License Transfer Process* (March 12,

la « stabilisation, l’établissement des courbes de niveau, l’entretien, le conditionnement ou la reconstruction de la surface du terrain » (*EPEA*, al. 1(ddd)). Une autre obligation qui incombe à ceux qui œuvrent dans l’industrie pétrolière et gazière de l’Alberta est celle de la décontamination, qui prend naissance lorsqu’une substance nocive ou potentiellement nocive a été rejetée dans l’environnement (*EPEA*, art. 112 à 122). Puisque l’on ne connaît pas l’étendue des obligations de décontamination, s’il en est, qui peuvent être associées aux biens de Redwater, je ne traiterai pas la décontamination séparément de la remise en état, sauf indication contraire. Comme cela a été fait tout au long du présent litige, je qualifierai conjointement l’abandon et la remise en état d’obligations de fin de vie.

[17] Le titulaire de permis doit abandonner un puits ou une installation lorsque l’organisme de réglementation le lui ordonne, ou lorsque les règles ou les règlements l’exigent. L’organisme de réglementation peut ordonner l’abandon lorsqu’il [TRADUCTION] « l’estime nécessaire pour protéger le public ou l’environnement » (*OGCA*, par. 27(3)). Selon les règles, le titulaire de permis est tenu d’abandonner un puits ou une installation, notamment, à la résiliation du bail d’exploitation minière, du bail de surface ou de l’accès aux terres, lorsque l’organisme de réglementation annule ou suspend le permis, ou lorsqu’il avise le titulaire de permis que le puits ou l’installation peut constituer un danger pour l’environnement ou la sécurité (*Oil and Gas Conservation Rules*, Alta. Reg. 151/71, art. 3.012). L’article 23 de la *Pipeline Act* oblige les titulaires de permis à abandonner des pipelines dans des situations semblables. L’obligation de remise en état est prévue par l’art. 137 de l’*EPEA*. Cette obligation s’impose à un « exploitant », terme plus large qui englobe le titulaire d’un permis délivré par l’organisme de réglementation (*EPEA*, al. 134(b)). La remise en état est régie par les exigences procédurales fixées dans le règlement (*Conservation and Reclamation Regulation*, Alta. Reg. 115/93).

[18] Le Programme d’évaluation de la responsabilité du titulaire de permis, qui était, au moment de l’insolvabilité de Redwater, établi dans la *Directive 006 : Licensee Liability Rating (LLR) Program and*

2013) (“Directive 006”) is one means by which the Regulator seeks to ensure that end-of-life obligations will be satisfied by licensees rather than being offloaded onto the Alberta public. As part of this program, the Regulator assigns each company a Liability Management Rating (“LMR”), which is the ratio between the aggregate value attributed by the Regulator to a company’s licensed assets and the aggregate liability attributed by the Regulator to the eventual cost of abandoning and reclaiming those assets. For the purpose of calculating the LMR, all the licences held by a given company are treated as a package, without any segregation or parcelling of assets. A licensee’s LMR is calculated on a monthly basis and, where it dips below the prescribed ratio (1.0 at the time of Redwater’s insolvency), the licensee is required to pay a security deposit. The security deposit is added to the licensee’s “deemed assets” and must bring its LMR back up to the ratio prescribed by the Regulator. If the required security deposit is not paid, the Regulator may cancel or suspend the company’s licences (*OGCA*, s. 25). As an alternative to posting security, the licensee can perform end-of-life obligations or transfer licences (with approval) in order to bring its LMR back up to the prescribed level.

[19] Licences can be transferred only with the Regulator’s approval. The Regulator uses the Licensee Liability Rating Program to ensure that end-of-life obligations will not be negatively affected by licence transfers. Upon receipt of an application to transfer one or more licences, the Regulator assesses how the transfer, if approved, would affect the LMR of both the transferor and the transferee. At the time of Redwater’s insolvency, if both the transferor and the transferee would have a post-transfer LMR equal to or exceeding 1.0, the Regulator would approve the transfer, absent other concerns. Following the chambers judge’s decision in this case, the Regulator implemented changes to its policies, including the requirement that transferees have an LMR of 2.0 or

License Transfer Process (12 mars 2013) (« Directive 006 ») constitue un moyen par lequel l’organisme de réglementation vise à s’assurer que les titulaires de permis rempliront les obligations de fin de vie, au lieu que celles-ci soient en fin de compte assumées par le public albertain. Dans le cadre de ce programme, l’organisme de réglementation attribue à chaque société une cote de gestion de la responsabilité (« CGR »), qui représente le rapport entre la valeur totale attribuée par l’organisme de réglementation aux biens d’une société qui sont visés par des permis et la responsabilité totale que l’organisme de réglementation attribue aux coûts éventuels de l’abandon et de la remise en état de ces biens. Pour les besoins du calcul de la CGR, tous les permis détenus par une société donnée sont traités comme un tout, sans isolement ou morcellement des biens. La CGR d’un titulaire de permis est calculée sur une base mensuelle et, lorsqu’elle tombe sous le ratio prescrit (1,0 à l’époque de l’insolvabilité de Redwater), le titulaire de permis est tenu de verser un dépôt de garantie. Le dépôt de garantie est ajouté aux [TRADUCTION] « biens réputés » du titulaire de permis, qui doit ramener sa CGR au ratio prescrit par l’organisme de réglementation. Si le dépôt de garantie requis n’est pas payé, l’organisme de réglementation peut annuler ou suspendre les permis de la société (*OGCA*, art. 25). Comme solution de rechange au versement d’une garantie, le titulaire de permis peut exécuter les obligations de fin de vie ou transférer des permis (avec approbation), afin de ramener sa CGR au niveau prescrit.

[19] Les permis ne peuvent être transférés qu’avec l’approbation de l’organisme de réglementation. Ce dernier utilise le Programme d’évaluation de la responsabilité du titulaire de permis pour éviter que les transferts de permis aient un effet néfaste sur les obligations de fin de vie. À la réception d’une demande de transfert d’un ou de plusieurs permis, l’organisme de réglementation évalue la façon dont le transfert, s’il est approuvé, influencerait sur la CGR du cédant et du cessionnaire. À l’époque de l’insolvabilité de Redwater, si le cédant et le cessionnaire devaient avoir, après le transfert, des CGR égales ou supérieures à 1,0, l’organisme de réglementation approuverait le transfert en l’absence d’autres préoccupations. Après la décision du juge siégeant en cabinet dans

higher immediately following any licence transfer: Alberta Energy Regulator, *Licensee Eligibility — Alberta Energy Regulator Measures to Limit Environmental Impacts Pending Regulatory Changes to Address the Redwater Decision*, June 20, 2016 (online). For the purposes of this appeal, I will be referring to the regulatory regime as it existed at the time of Redwater’s insolvency.

[20] As discussed in greater detail below, if either the transferor or the transferee would have a post-transfer LMR below 1.0, the Regulator would refuse to approve the licence transfer. In such a situation, the Regulator would insist on certain remedial steps being taken to ensure that neither LMR would drop below 1.0. Although Directive 006, as it was in the 2013 version, required both the transferee and transferor to have a post transfer LMR of at least 1.0, during this litigation, the Regulator stated that, when licensees are in receivership or bankruptcy, its working rule is to approve transfers as long as they do not cause a deterioration in the transferor’s LMR, even where its LMR will remain below 1.0 following the transfer. The explanation for this working rule is that it helps to facilitate purchases. The Regulator’s position is that the Licensee Liability Rating Program continues to apply to the transfer of licences as part of insolvency proceedings.

[21] The *OGCA*, the *Pipeline Act* and the *EPEA* all contemplate that a licensee’s regulatory obligations will continue to be fulfilled when it is subject to insolvency proceedings. The *EPEA* achieves this by including the trustee of a licensee in the definition of “operator” for the purposes of the duty to reclaim (s. 134(b)(vi)). The *EPEA* also specifically provides that an order to perform reclamation work (known as an “environmental protection order”) may be issued to a trustee (ss. 140 and 142(1)(a)(ii)). The *EPEA* imposes responsibility for carrying out the

la présente affaire, l’organisme de réglementation a apporté des changements à ses politiques, y compris l’exigence selon laquelle les cessionnaires devaient avoir une CGR de 2,0 ou plus immédiatement après tout transfert de permis : Alberta Energy Regulator, *Licensee Eligibility — Alberta Energy Regulator Measures to Limit Environmental Impacts Pending Regulatory Changes to Address the Redwater Decision*, 20 juin 2016 (en ligne). Pour les besoins du présent pourvoi, je ferai référence au régime de réglementation tel qu’il existait à l’époque de l’insolvabilité de Redwater.

[20] Comme il est expliqué plus en détail ci-dessous, si le cédant ou le cessionnaire devait avoir une CGR inférieure à 1,0 après le transfert, l’organisme de réglementation refuserait d’approuver le transfert de permis. Dans une telle situation, l’organisme de réglementation insisterait pour que certaines mesures correctives soient prises afin de s’assurer qu’aucune des deux CGR ne descende en dessous de 1,0. Même si la Directive 006, dans sa version de 2013, exigeait que le cessionnaire ainsi que le cédant aient des CGR d’au moins 1,0 après le transfert, au cours de ce litige, l’organisme de réglementation a déclaré que, lorsque les titulaires de permis sont sous séquestre ou en faillite, sa règle pratique est d’approuver les transferts tant qu’ils n’entraînent pas une détérioration de la CGR du cédant, même si la CGR du cédant demeurerait inférieure à 1,0 après le transfert. L’explication donnée pour cette règle pratique est qu’elle vise à faciliter les achats. L’organisme de réglementation fait valoir que le Programme d’évaluation de la responsabilité du titulaire de permis continue de s’appliquer au transfert de permis dans le cadre de la procédure d’insolvabilité.

[21] L’*OGCA*, la *Pipeline Act* ainsi que l’*EPEA* envisagent toutes que les obligations réglementaires d’un titulaire de permis continuent d’être respectées pendant qu’il fait l’objet d’une procédure d’insolvabilité. L’*EPEA* y parvient en incluant le syndic d’un titulaire de permis dans la définition d’« exploitant » pour l’application de l’obligation de remettre en état (sous-al. 134(b)(vi)). L’*EPEA* prévoit aussi expressément la possibilité qu’une ordonnance de remise en état (appelée [TRADUCTION] « ordonnance de protection de l’environnement ») soit adressée à un syndic

terms of an environmental protection order on the person to whom the order is directed (ss. 240 and 245). However, absent gross negligence or wilful misconduct, a trustee's liability in relation to such an order is expressly limited to the value of the assets in the bankrupt estate (s. 240(3)). The *OGCA* and the *Pipeline Act* take a more generic approach to applying the various obligations of licensees to trustees in the insolvency context: they simply include trustees in the definition of "licensee" (*OGCA*, s. 1(1)(cc); *Pipeline Act*, s. 1(1)(n)). As a result, every power which these Acts give the Regulator against a licensee can theoretically also be exercised against a trustee.

[22] Despite this, Alberta's regulatory regime does contemplate the possibility that some of a licensee's end-of-life obligations will remain unfulfilled when the insolvency process has run its course. The Regulator may designate wells, facilities, and their sites as "orphans" (*OGCA*, s. 70(2)(a)). A pipeline is defined as a "facility" for the purposes of the orphan regime (*OGCA*, s. 68(d)). Directive 006 stated that "a well, facility, or pipeline in the LLR program is eligible to be declared an orphan where the licensee of that licence becomes insolvent or defunct" (s. 7.1). An "orphan fund" has been established for the purpose of paying for, *inter alia*, the abandonment and reclamation of orphans (*OGCA*, s. 70(1)). The orphan fund is financed by an annual industry-wide levy paid by licensees of wells, facilities and unreclaimed sites (s. 73(1)). The amount of the levy is prescribed by the Regulator based on the estimated cost of abandoning and reclaiming orphans in a given fiscal year (s. 73(2)).

[23] The Regulator has delegated its statutory authority to abandon and reclaim orphans to the OWA (*Orphan Fund Delegated Administration Regulation*,

(art. 140 et sous-al. 142(1)(a)(ii)). L'*EPEA* impose la responsabilité d'exécuter une ordonnance de protection de l'environnement à la personne visée par l'ordonnance (art. 240 et 245). Cependant, faute de négligence grave ou d'inconduite délibérée, la responsabilité du syndic à l'égard d'une telle ordonnance est expressément limitée à la valeur des éléments de l'actif du failli (par. 240(3)). L'*OGCA* et la *Pipeline Act* adoptent une approche plus générique pour appliquer les diverses obligations d'un titulaire de permis aux syndics dans le contexte de l'insolvabilité; elles incluent simplement le syndic dans la définition de [TRADUCTION] « titulaire de permis » (*OGCA*, al. 1(1)(cc); *Pipeline Act*, al. 1(1)(n)). En conséquence, tout pouvoir que ces lois confèrent à l'organisme de réglementation à l'encontre d'un titulaire de permis peut, en théorie, s'exercer également contre un syndic.

[22] Malgré cela, le régime de réglementation de l'Alberta envisage la possibilité qu'une partie des obligations de fin de vie d'un titulaire de permis demeure insatisfaite à la fin du processus d'insolvabilité. L'organisme de réglementation peut désigner des puits, des installations et leurs sites comme [TRADUCTION] « orphelins » (*OGCA*, al. 70(2)(a)). Un pipeline est défini comme une « installation » pour l'application du régime relatif aux orphelins (*OGCA*, al. 68(d)). La Directive 006 disposait qu'un [TRADUCTION] « puits, une installation ou un pipeline visé par le Programme d'évaluation de la responsabilité du titulaire de permis peut être déclaré orphelin lorsque le titulaire de ce permis devient insolvable ou est liquidé » (art. 7.1). Un « fonds pour les puits orphelins » a été créé dans le but de payer, entre autres choses, l'abandon et la remise en état des puits orphelins (*OGCA*, par. 70(1)). Le fonds pour les puits orphelins est financé au moyen d'une redevance annuelle, à l'échelle de l'industrie, payée par les titulaires de permis de puits et d'installations ainsi que de sites non remis en état (par. 73(1)). Le montant de la redevance est prescrit par l'organisme de réglementation en fonction du coût estimatif de l'abandon et de la remise en état des puits orphelins au cours d'un exercice donné (par. 73(2)).

[23] L'organisme de réglementation a délégué le pouvoir que lui confère la loi d'abandonner et de remettre en état les puits orphelins à l'OWA (*Orphan*

Alta. Reg. 45/2001), a non-profit organization overseen by an independent board of directors. It is funded almost entirely through the industry-wide levy described above, 100 percent of which is remitted to it by the Regulator. The OWA has no power to seek reimbursement of its costs. However, once it has completed its environmental work, it may be reimbursed up to the value of any security deposit held by the Regulator to the credit of the licensee of the orphans. In recent years, the number of orphans in Alberta has increased rapidly. For example, the number of new orphan wells increased from 80 in the 2013-14 years to 591 in the 2014-15 years.

[24] At issue in this appeal is the applicability during bankruptcy of two powers conferred on the Regulator by the provincial legislation. Both are designed to ensure that licensees satisfy their end-of-life obligations.

[25] The first power at issue in this appeal is the Regulator's power to order a licensee to abandon licensed assets, which is accompanied by statutory powers for the enforcement of such orders. Where a well or facility has not been abandoned in accordance with a direction of the Regulator or the rules or regulations, the Regulator may authorize any person to abandon the well or facility or may do so itself (*OGCA*, s. 28). Where the Regulator or the person it has designated performs the abandonment, the costs of doing so constitute a debt payable to the Regulator. An order of the Regulator showing these costs may be filed with and entered as a judgment of the Alberta Court of Queen's Bench and then enforced according to the ordinary procedure for enforcement of judgments of that court (*OGCA*, s. 30(6)). A similar scheme applies with respect to pipelines (*Pipeline Act*, ss. 23 to 26).

Fund Delegated Administration Regulation, Alta. Reg. 45/2001), un organisme sans but lucratif supervisé par un conseil d'administration indépendant. Cette entité est presque entièrement financée par la redevance décrite ci-dessus qui a été établie dans toute l'industrie, et la totalité de cette redevance est remise à l'OWA par l'organisme de réglementation. L'OWA n'a pas le pouvoir de demander le remboursement de ses frais. Toutefois, une fois ses travaux environnementaux terminés, l'OWA peut être remboursée jusqu'à concurrence de la valeur du dépôt de garantie détenu, le cas échéant, par l'organisme de réglementation au profit du titulaire de permis associé au puits orphelin. Au cours des dernières années, le nombre de puits orphelins a augmenté rapidement en Alberta. Par exemple, le nombre de nouveaux puits orphelins est passé de 80 en 2013-2014 à 591 en 2014-2015.

[24] Ce qui est en cause dans le présent pourvoi, c'est l'applicabilité, durant la faillite, de deux pouvoirs conférés à l'organisme de réglementation par la législation provinciale. Les deux sont conçus pour garantir que les titulaires de permis remplissent les obligations de fin de vie qui leur incombent.

[25] Le premier pouvoir en cause dans le présent pourvoi est celui dont dispose l'organisme de réglementation d'ordonner à un titulaire de permis d'abandonner des biens visés par des permis, auquel s'ajoutent les pouvoirs que la loi confère pour faire exécuter de telles ordonnances. Lorsqu'il y a eu délaissement d'un puits ou d'une installation sans que le processus d'abandon ait été effectué conformément aux directives de l'organisme de réglementation, ou aux règles et règlements, l'organisme peut autoriser toute personne à effectuer ce processus à l'égard du puits ou de l'installation, ou s'en charger lui-même (*OGCA*, art. 28). Quand l'organisme de réglementation ou la personne qu'il a désignée procède à l'abandon, les frais liés à cette opération constituent une dette payable à l'organisme de réglementation. Une ordonnance de l'organisme de réglementation indiquant ces frais peut être déposée à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, inscrite comme un jugement de cette cour, puis exécutée conformément à la procédure ordinaire d'exécution des jugements de cette cour (*OGCA*, par. 30(6)). Un régime semblable s'applique aux pipelines (*Pipeline Act*, art. 23 à 26).

[26] A licensee that contravenes or fails to comply with an order of the Regulator, or that has an outstanding debt to the Regulator in respect of abandonment or reclamation costs, is subject to a number of potential enforcement measures. The Regulator may suspend operations, refuse to consider licence applications or licence transfer applications (*OGCA*, s. 106(3)(a), (b) and (c)), or require the payment of security deposits, generally or as a condition of granting any further licences, approvals or transfers (*OGCA*, s. 106(3)(d) and (e)). Where a licensee contravenes the Act, regulations or rules, any order or direction of the Regulator, or any condition of a licence, the Regulator may prosecute the licensee for a regulatory offence and a fine may be imposed as a penalty, although the licensee can raise a due diligence defence (*OGCA*, ss. 108 and 110). A similar scheme applies with respect to pipelines (*Pipeline Act*, ss. 51 to 54) and the *EPEA* contains similar debt-creating provisions with respect to environmental protection orders. The *EPEA* also provides for the prosecution of regulatory offences in cases of non-compliance, with an available due diligence defence. However, as noted, a trustee's liability in relation to environmental protection orders is capped at estate assets, unless the trustee is guilty of gross negligence or wilful misconduct (*EPEA*, ss. 227 to 230, 240 and 245).

[27] The second power at issue in this appeal is the Regulator's power to impose conditions on a licensee's transfer of its licence(s). As when it initially grants a licence, the Regulator has broad powers to consent to the transfer of a licence subject to any conditions, restrictions and stipulations or to reject the transfer (*OGCA*, s. 24(2)). Under Directive 006 and its 2016 replacement, the Regulator can reject a transfer even where both parties would have the required LMR after the transfer or where a security deposit is available to be posted in compliance with LMR requirements. In particular, the Regulator may determine that it is not in the public interest to

[26] Le titulaire de permis qui contrevient ou ne se conforme pas à une ordonnance de l'organisme de réglementation, ou qui a une dette impayée envers ce dernier relativement aux frais d'abandon ou de remise en état, est assujéti à un certain nombre de mesures d'exécution potentielles. L'organisme de réglementation peut suspendre les activités, refuser d'étudier des demandes de permis ou de transfert de permis (*OGCA*, al. 106(3)(a), (b) et (c)), ou exiger le paiement des dépôts de garantie, de façon générale ou comme condition à l'octroi d'autres permis, approbations ou transferts (*OGCA*, al. 106(3)(d) et (e)). Lorsqu'un titulaire de permis contrevient à la Loi, aux règlements ou aux règles, à toute ordonnance ou directive de l'organisme de réglementation ou à toute condition d'un permis, l'organisme de réglementation peut tenter une poursuite contre le titulaire de permis pour infraction réglementaire, et ce dernier est passible d'une amende en guise de pénalité, bien qu'il puisse invoquer la défense de diligence raisonnable (*OGCA*, art. 108 et 110). Un régime semblable s'applique aux pipelines (*Pipeline Act*, art. 51 à 54). L'*EPEA* contient elle aussi des dispositions similaires relatives à la création de dettes et afférentes aux ordonnances de protection de l'environnement, en plus de prévoir la poursuite d'infractions réglementaires en cas d'inobservation, avec la possibilité d'invoquer une défense de diligence raisonnable. Toutefois, comme il a été mentionné, la responsabilité du syndic en ce qui concerne les ordonnances de protection de l'environnement se limite aux éléments de l'actif, sauf s'il est responsable de négligence flagrante ou d'inconduite délibérée (*EPEA*, art. 227 à 230, 240 et 245).

[27] Le second pouvoir en cause dans le présent pourvoi est celui que possède l'organisme de réglementation d'imposer des conditions au transfert, par un titulaire, d'un ou de plusieurs de ses permis. Tout comme au moment où il octroie un permis au départ, l'organisme de réglementation jouit de vastes pouvoirs pour consentir au transfert d'un permis sous réserve de conditions, restrictions et stipulations, ou pour rejeter le transfert (*OGCA*, par. 24(2)). Suivant la Directive 006 et le texte qui l'a remplacée en 2016, l'organisme peut rejeter un transfert, même si les deux parties auraient la CGR requise après le transfert, ou même quand un dépôt de garantie

approve the licence transfer based on the compliance history of one or both parties or their directors, officers or security holders, or based on the risk posed by the transfer to the orphan fund.

[28] Where a proposed transaction would cause the transferor's LMR to deteriorate below 1.0 (or simply to deteriorate, in the case of an insolvent transferor), the Regulator insists that one of the following conditions be met before it will approve the transaction: (i) that the transferor perform abandonment, reclamation, or both, thus reducing its deemed liabilities, or (ii) that the transferor post a security deposit, thus increasing its deemed assets. Alternatively, the transaction may be structured to avoid any deterioration of the transferor's LMR by "bundling" the licences for spent wells with the licences for producing wells. A transaction in which the licenses for spent wells are retained while the licences for producing wells are transferred will almost always cause a considerable deterioration in a company's LMR.

[29] During this appeal, there was significant discussion of other regulatory regimes which Alberta *could* have adopted to prevent environmental costs associated with the oil and gas industry from being off-loaded onto the public. What Alberta *has* chosen is a licensing regime which makes such costs an inherent part of the value of the licensed assets. This regime has the advantage of aligning with the polluter-pays principle, a well-recognized tenet of Canadian environmental law. This principle assigns polluters the responsibility for remedying environmental damage for which they are responsible, thereby incentivizing companies to pay attention to the environment in the course of their economic activities (*Imperial Oil Ltd. v. Quebec (Minister of the Environment)*, 2003 SCC 58, [2003] 2 S.C.R. 624, at para. 24). The Licensee Liability Rating Program essentially requires licensees to apply the value derived from oil and gas assets during the productive portions of the life cycle of

peut être versé conformément aux exigences relatives à la CGR. Plus particulièrement, l'organisme de réglementation peut décider qu'il n'est pas dans l'intérêt public d'approuver le transfert de permis compte tenu des antécédents de conformité de l'une des parties, ou des deux, ou de leurs administrateurs, dirigeants ou détenteurs de titres, ou encore du risque que présenterait le transfert à l'égard du fonds pour les puits orphelins.

[28] Lorsqu'une transaction proposée entraînerait une détérioration de la CGR du cédant en deçà de 1,0 (ou simplement une détérioration dans le cas d'un cédant insolvable), l'organisme de réglementation insiste sur le respect d'une des conditions suivantes avant d'approuver la transaction : (i) que le cédant effectue les processus d'abandon et/ou de remise en état, réduisant ainsi ses passifs réputés; (ii) que le cédant verse un dépôt de garantie, augmentant ainsi ses biens réputés. La transaction pourrait également être structurée de manière à éviter toute détérioration de la CGR du cédant par le « regroupement » des permis relatifs aux puits épuisés et de ceux liés aux puits productifs. Une transaction au cours de laquelle on conserve les permis des puits épuisés tandis que les permis des puits productifs sont transférés entraînerait presque toujours une détérioration considérable de la CGR d'une société.

[29] Au cours du présent pourvoi, il a été beaucoup question d'autres régimes de réglementation que l'Alberta aurait *pu* adopter pour éviter que les coûts environnementaux associés à l'industrie pétrolière et gazière ne soient passés au public. Ce que l'Alberta *a* choisi, c'est un régime de permis qui fait de ces coûts une partie inhérente de la valeur des biens visés par les permis. Ce régime a l'avantage de s'accorder avec le principe du pollueur-payeur, un précepte bien reconnu du droit canadien de l'environnement. Ce principe attribue aux pollueurs la charge de réparer les dommages environnementaux dont ils sont responsables, ce qui incite les sociétés à se soucier de l'environnement dans le cadre de leurs activités économiques (*Cie pétrolière Impériale ltée c. Québec (Ministre de l'Environnement)*, 2003 CSC 58, [2003] 2 R.C.S. 624, par. 24). Le Programme d'évaluation de la responsabilité des titulaires de permis exige essentiellement que les titulaires de permis

the assets to the inevitable cost of abandoning those assets and reclaiming their sites at the end of those life cycles.

[30] Ultimately, it is not the role of this Court to decide the best regulatory approach to the oil and gas industry. What is not in dispute is that, in adopting its current regulatory regime, Alberta has acted within its constitutional authority over property and civil rights in the province and over the “development, conservation and management of non-renewable natural resources . . . in the province” (*Constitution Act, 1867*, ss. 92(13) and 92A(1)(c)). Alberta has devised a complex regulatory apparatus to address important policy questions concerning when, by whom and in what manner the inevitable environmental costs associated with oil and gas extraction are to be paid. Its solution is a licensing regime that depresses the value of key industry assets to reflect environmental costs, backstopped by a levy on industry in the form of the orphan fund. Alberta intended that apparatus to continue to operate when an oil and gas company is subject to insolvency proceedings.

[31] However, the insolvency of an oil and gas company licensed to operate in Alberta also engages the *BIA*. The *BIA* is federal legislation that governs the administration of a bankrupt’s estate and the orderly and equitable distribution of property among its creditors. It is validly enacted pursuant to Parliament’s constitutional authority over bankruptcy and insolvency (*Constitution Act, 1867*, s. 91(21)). Just as Alberta’s regulatory regime reflects its considered choice about how to address the important policy questions raised by the environmental risks of oil and gas extraction, the *BIA* reflects Parliament’s considered choice about how to balance important policy objectives when a bankrupt’s assets are, by definition, insufficient to meet all of its various obligations. To the extent that there is an operational conflict between the Alberta regulatory regime and the

appliquent la valeur dérivée des biens pétroliers et gazières pendant les parties productives du cycle de vie des biens au coût inévitable de l’abandon de ces biens et de la remise en état de leurs sites à la fin de ce cycle de vie.

[30] En fin de compte, il ne revient pas à notre Cour de décider de la meilleure approche réglementaire pour l’industrie pétrolière et gazière. Ce qui n’est pas contesté, c’est qu’en adoptant son régime de réglementation actuel, l’Alberta a agi dans les limites de sa compétence constitutionnelle en matière de propriété et de droits civils dans la province ainsi que dans le domaine de l’« exploitation, [de la] conservation et [de la] gestion des ressources naturelles non renouvelables [. . .] de la province » (*Loi constitutionnelle de 1867*, par. 92(13) et al. 92A(1)c)). L’Alberta a mis au point un appareil réglementaire complexe pour régler d’importantes questions de politique concernant le moment où, par qui et de quelle manière les coûts environnementaux inévitables associés à l’extraction du pétrole et du gaz doivent être payés. Sa solution est un régime d’octroi de permis qui fait baisser la valeur des principaux éléments d’actif de l’industrie pour refléter les coûts environnementaux, lequel est soutenu par une redevance sur l’industrie sous forme de fonds pour les puits orphelins. L’Alberta voulait que cet appareil continue à fonctionner lorsqu’une société pétrolière et gazière fait l’objet d’une procédure d’insolvabilité.

[31] Par contre, l’insolvabilité d’une société pétrolière et gazière autorisée à exercer ses activités en Alberta met aussi en jeu la *LFI*, une loi fédérale qui régit l’administration de l’actif d’un failli ainsi que la répartition ordonnée et équitable des biens entre ses créanciers. Elle a été valablement promulguée dans l’exercice de la compétence constitutionnelle du Parlement en matière de banqueroute et de faillite (*Loi constitutionnelle de 1867*, par. 91(21)). Tout comme le régime de réglementation de l’Alberta témoigne de son choix réfléchi quant à la façon d’aborder les questions de politique importantes soulevées par les risques environnementaux liés à l’extraction du pétrole et du gaz, la *LFI* témoigne du choix réfléchi du Parlement concernant la manière d’équilibrer des objectifs de politique importants lorsque les biens d’un failli sont, de par leur nature, insuffisants

BIA, or that the Alberta regulatory regime frustrates the purpose of the *BIA*, the doctrine of paramountcy dictates that the *BIA* must prevail.

B. *The Relevant Provisions of the BIA*

[32] Here, I simply wish to note the sections of the *BIA* at issue in this appeal. These sections will determine whether the doctrine of paramountcy applies. I will discuss the purposes of the *BIA* and the various issues raised by s. 14.06 in greater detail below.

[33] The central concept of the *BIA* is that of a “claim provable in bankruptcy”. Several provisions of the *BIA* form the basis for delineating the scope of provable claims. The first is the definition provided in s. 2:

claim provable in bankruptcy, provable claim or claim provable includes any claim or liability provable in proceedings under this Act by a creditor . . .

[34] “Creditor” is defined in s. 2 as “a person having a claim provable as a claim under this Act”.

[35] The definition of “claim provable” is completed by s. 121(1):

All debts and liabilities, present or future, to which the bankrupt is subject on the day on which the bankrupt becomes bankrupt or to which the bankrupt may become subject before the bankrupt’s discharge by reason of any obligation incurred before the day on which the bankrupt becomes bankrupt shall be deemed to be claims provable in proceedings under this Act.

[36] A claim may be provable in a bankruptcy proceeding even if it is a contingent claim. A “contingent claim is ‘a claim which may or may not ever ripen into a debt, according as some future event does or does not happen’” (*Peters v. Remington*, 2004 ABCA

pour satisfaire à toutes ses obligations diverses. Et, pour autant qu’il y ait un conflit d’application entre le régime de réglementation de l’Alberta et la *LFI*, ou que le régime de réglementation de l’Alberta entrave la réalisation de l’objet de la *LFI*, la doctrine de la prépondérance commande que la *LFI* l’emporte.

B. *Les dispositions applicables de la Loi sur la faillite et l’insolvabilité*

[32] À ce stade-ci, je tiens simplement à souligner les articles de la *LFI* qui sont en cause dans le présent pourvoi. Ce sont ces articles qui détermineront si la doctrine de la prépondérance s’applique. J’analyserai plus en détail ci-après les objets de la *LFI* ainsi que les différentes questions soulevées par l’art. 14.06.

[33] Le concept central de la *LFI* est celui d’une « réclamation prouvable en matière de faillite ». Plusieurs dispositions de la *LFI* servent de fondement pour circonscrire la portée des réclamations prouvables. La première est la définition que l’on trouve à l’art. 2 :

réclamation prouvable en matière de faillite ou réclamation prouvable Toute réclamation ou créance pouvant être prouvée dans des procédures intentées sous l’autorité de la présente loi par un créancier.

[34] Le terme « créancier » est défini à l’art. 2 comme une « [p]ersonne titulaire d’une réclamation prouvable à ce titre sous le régime de la présente loi ».

[35] La définition de « réclamation prouvable » se termine au par. 121(1) :

Toutes créances et tous engagements, présents ou futurs, auxquels le failli est assujéti à la date à laquelle il devient failli, ou auxquels il peut devenir assujéti avant sa libération, en raison d’une obligation contractée antérieurement à cette date, sont réputés des réclamations prouvables dans des procédures entamées en vertu de la présente loi.

[36] Une réclamation peut être prouvable dans une procédure de faillite même s’il s’agit d’une réclamation éventuelle. Une [TRADUCTION] « réclamation éventuelle est “une réclamation qui peut ou non se transformer en une créance, selon qu’un événement

5, 49 C.B.R. (4th) 273, at para. 23, quoting *Garner v. Newton* (1916), 29 D.L.R. 276 (Man. K.B.), at p. 281). Sections 121(2) and 135(1.1) provide guidance on when a contingent claim will be a provable claim:

121 (2) The determination whether a contingent or unliquidated claim is a provable claim and the valuation of such a claim shall be made in accordance with section 135.

...

135 (1.1) The trustee shall determine whether any contingent claim or unliquidated claim is a provable claim, and, if a provable claim, the trustee shall value it, and the claim is thereafter, subject to this section, deemed a proved claim to the amount of its valuation.

[37] In *Newfoundland and Labrador v. Abitibi-Bowater Inc.*, 2012 SCC 67, [2012] 3 S.C.R. 443 (“*Abitibi*”), at para. 26, this Court interpreted the foregoing provisions of the *BIA* and articulated a three-part test for determining when an environmental obligation imposed by a regulator will be a provable claim for the purposes of the *BIA* and the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“*CCAA*”):

First, there must be a debt, a liability or an obligation to a *creditor*. Second, the debt, liability or obligation must be incurred *before the debtor becomes bankrupt*. Third, it must be possible to attach a *monetary value* to the debt, liability or obligation. [Emphasis in original.]

[38] I will address the *Abitibi* test in greater detail below.

[39] Once bankruptcy has been declared, creditors of the bankrupt must participate in one collective bankruptcy proceeding if they wish to enforce their provable claims. Section 69.3(1) of the *BIA* thus provides for an automatic stay of enforcement of provable claims outside the bankruptcy proceeding, effective as of the first day of bankruptcy.

futur se produit ou non” » (*Peters c. Remington*, 2004 ABCA 5, 49 B.C.R. (4th) 273, par. 23, citant *Garner v. Newton* (1916), 29 D.L.R. 276, (B.R. Man.), p. 281. Les paragraphes 121(2) et 135(1.1) donnent des indications sur le moment où une réclamation éventuelle deviendra une réclamation prouvable :

121 (2) La question de savoir si une réclamation éventuelle ou non liquidée constitue une réclamation prouvable et, le cas échéant, son évaluation sont décidées en application de l’article 135.

...

135 (1.1) Le syndic décide si une réclamation éventuelle ou non liquidée est une réclamation prouvable et, le cas échéant, il l’évalue; sous réserve des autres dispositions du présent article, la réclamation est dès lors réputée prouvée pour le montant de l’évaluation.

[37] Dans l’arrêt *Terre-Neuve-et-Labrador c. AbitibiBowater Inc.*, 2012 CSC 67, [2012] 3 R.C.S. 443 (« *Abitibi* »), par. 26, notre Cour a interprété les dispositions précédentes de la *LFI* et a formulé un critère tripartite afin de décider quand une obligation environnementale imposée par un organisme de réglementation sera une réclamation prouvable pour l’application de la *LFI* et de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36 (« *LACC* ») :

Premièrement, on doit être en présence d’une dette, d’un engagement ou d’une obligation envers un *créancier*. Deuxièmement, la dette, l’engagement ou l’obligation doit avoir pris naissance *avant que le débiteur ne devienne failli*. Troisièmement, il doit être possible d’attribuer une *valeur pécuniaire* à cette dette, cet engagement ou cette obligation. [En italique dans l’original.]

[38] J’aborderai le critère de l’arrêt *Abitibi* plus en détail ci-dessous.

[39] Une fois la faillite déclarée, les créanciers du failli doivent participer à l’unique procédure collective de faillite s’ils souhaitent faire valoir leurs réclamations prouvables. Le paragraphe 69.3(1) de la *LFI* prévoit donc une suspension automatique de l’exécution des réclamations prouvables en dehors de la procédure de faillite, à compter du premier jour de la faillite.

[40] The *BIA* establishes a comprehensive priority scheme for the satisfaction of the provable claims asserted against the bankrupt in the collective proceeding. Section 141 sets out the general rule, which is that all creditors rank equally and share rateably in the bankrupt's assets. However, the rule set out in s. 141 applies "[s]ubject to [the *BIA*]". Section 136(1) lists the claims of preferred creditors and the order of priority for their payment. It also states that this order of priority is "[s]ubject to the rights of secured creditors". Under s. 69.3(2), the stay of proceedings does not prevent secured creditors from realizing their security interest. The *BIA* therefore sets out a priority scheme for paying claims provable in bankruptcy, with secured creditors being paid first, preferred creditors second and unsecured creditors last (see *Alberta (Attorney General) v. Moloney*, 2015 SCC 51, [2015] 3 S.C.R. 327, at paras. 32-35).

[41] Essential to this appeal is s. 14.06 of the *BIA*, which deals with various environmental matters in the bankruptcy context. I will now reproduce s. 14.06(2) and s. 14.06(4), the two portions of the s. 14.06 scheme that are directly implicated in this appeal. The balance of s. 14.06 can be found in the appendix at the conclusion of these reasons.

[42] Section 14.06(2) reads as follows:

(2) Notwithstanding anything in any federal or provincial law, a trustee is not personally liable in that position for any environmental condition that arose or environmental damage that occurred

(a) before the trustee's appointment; or

(b) after the trustee's appointment unless it is established that the condition arose or the damage occurred as a result of the trustee's gross negligence or wilful misconduct or, in the Province of Quebec, the trustee's gross or intentional fault.

[40] La *LFI* établit un régime de priorité complet pour l'acquittement des réclamations prouvables présentées contre le failli dans la procédure collective. L'article 141 énonce la règle générale, à savoir que tous les créanciers ont un rang égal et une part proportionnelle des biens du failli. Toutefois, la règle énoncée à l'art. 141 s'applique « [s]ous réserve des autres dispositions de [la *LFI*] ». Le paragraphe 136(1) énumère les réclamations des « créanciers privilégiés » et fixe l'ordre de priorité dans lequel ils doivent recevoir leur paiement. Cet ordre établi par le par. 136(1) l'est « [s]ous réserve des droits des créanciers garantis ». Selon le par. 69.3(2), la suspension des procédures n'empêche pas les créanciers garantis de réaliser leur garantie. La *LFI* instaure donc un régime de priorité pour le versement des réclamations prouvables en matière de faillite, les créanciers garantis étant payés en premier, les créanciers privilégiés en deuxième et les créanciers non garantis en dernier (voir *Alberta (Procureur général) c. Moloney*, 2015 CSC 51, [2015] 3 R.C.S. 327, par. 32-35).

[41] L'article 14.06 de la *LFI*, qui traite de diverses questions environnementales dans le contexte de la faillite, est essentiel pour statuer sur le présent pourvoi. Je vais maintenant reproduire les par. 14.06(2) et 14.06(4), les deux parties du régime prévu à l'art. 14.06 qui sont directement en cause dans le présent pourvoi. Le reste de l'art. 14.06 se trouve en annexe à la fin des présents motifs.

[42] Voici le texte du par. 14.06(2) :

(2) Par dérogation au droit fédéral et provincial, le syndic est, ès qualités, dégagé de toute responsabilité personnelle découlant de tout fait ou dommage lié à l'environnement survenu avant ou après sa nomination, sauf celui causé par sa négligence grave ou son inconduite délibérée ou, dans la province de Québec, par sa faute lourde ou intentionnelle.

[43] Section 14.06(4) reads as follows:

(4) Notwithstanding anything in any federal or provincial law but subject to subsection (2), where an order is made which has the effect of requiring a trustee to remedy any environmental condition or environmental damage affecting property involved in a bankruptcy, proposal or receivership, the trustee is not personally liable for failure to comply with the order, and is not personally liable for any costs that are or would be incurred by any person in carrying out the terms of the order,

(a) if, within such time as is specified in the order, within ten days after the order is made if no time is so specified, within ten days after the appointment of the trustee, if the order is in effect when the trustee is appointed, or during the period of the stay referred to in paragraph (b), the trustee

(i) complies with the order, or

(ii) on notice to the person who issued the order, abandons, disposes of or otherwise releases any interest in any real property, or any right in any immovable, affected by the condition or damage;

(b) during the period of a stay of the order granted, on application made within the time specified in the order referred to in paragraph (a), within ten days after the order is made or within ten days after the appointment of the trustee, if the order is in effect when the trustee is appointed, by

(i) the court or body having jurisdiction under the law pursuant to which the order was made to enable the trustee to contest the order, or

(ii) the court having jurisdiction in bankruptcy for the purposes of assessing the economic viability of complying with the order; or

(c) if the trustee had, before the order was made, abandoned or renounced or been divested of any interest in any real property, or any right in any immovable, affected by the condition or damage.

[44] As I will discuss, a main point of contention between the parties is the very different interpretations they ascribe to s. 14.06(4) of the *BIA*. I note that s. 14.06(4)(a)(ii), which is relied upon by *GTL*, refers to a trustee who “abandons, disposes of or otherwise releases any interest in any real property”.

[43] Voici le texte du par. 14.06(4) :

(4) Par dérogation au droit fédéral et provincial, mais sous réserve du paragraphe (2), le syndic est, ès qualités, dérogé de toute responsabilité personnelle découlant du non-respect de toute ordonnance de réparation de tout fait ou dommage lié à l’environnement et touchant un bien visé par une faillite, une proposition ou une mise sous séquestre administrée par un séquestre, et de toute responsabilité personnelle relativement aux frais engagés par toute personne exécutant l’ordonnance :

a) si, dans les dix jours suivant l’ordonnance ou dans le délai fixé par celle-ci, dans les dix jours suivant sa nomination si l’ordonnance est alors en vigueur ou pendant la durée de la suspension visée à l’alinéa b) :

(i) il s’y conforme,

(ii) il abandonne, après avis à la personne ayant rendu l’ordonnance, tout droit sur l’immeuble en cause ou tout intérêt sur le bien réel en cause, en dispose ou s’en dessaisit;

b) pendant la durée de la suspension de l’ordonnance qui est accordée, sur demande présentée dans les dix jours suivant l’ordonnance visée à l’alinéa a) ou dans le délai fixé par celle-ci, ou dans les dix jours suivant sa nomination si l’ordonnance est alors en vigueur :

(i) soit par le tribunal ou l’autorité qui a compétence relativement à l’ordonnance, en vue de permettre au syndic de la contester,

(ii) soit par le tribunal qui a compétence en matière de faillite, en vue d’évaluer les conséquences économiques du respect de l’ordonnance;

c) si, avant que l’ordonnance ne soit rendue, il avait abandonné tout droit sur l’immeuble en cause ou tout intérêt sur le bien réel en cause ou y avait renoncé, ou s’en était dessaisi.

[44] Comme je l’expliquerai, un point de discordance important entre les parties tient aux interprétations fort différentes qu’elles donnent au par. 14.06(4) de la *LFI*. Je remarque que le sous-al. 14.06(4)a(ii), sur lequel s’appuie *GTL*, parle du syndic qui « abandonne [...] tout intérêt sur le bien réel en cause, en dispose

The word “disclaim” is used in these reasons, as it has been throughout this litigation, as a shorthand for these terms.

[45] I turn now to a brief discussion of the events of the Redwater bankruptcy.

C. *The Events of the Redwater Bankruptcy*

[46] Redwater was a publicly traded oil and gas company. It was first granted licences by the Regulator in 2009. On January 31 and August 19, 2013, ATB advanced funds to Redwater and, in return, was granted a security interest in Redwater’s present and after-acquired property. ATB lent funds to Redwater with full knowledge of the end-of-life obligations associated with its assets. In mid-2014, Redwater began to experience financial difficulties. Upon application by ATB, GTL was appointed receiver for Redwater on May 12, 2015. At that time, Redwater owed ATB approximately \$5.1 million.

[47] Upon being advised of the receivership, the Regulator sent GTL a letter dated May 14, 2015, setting out its position. The Regulator noted that the *OGCA* and the *Pipeline Act* included both receivers and trustees in the definition of “licensee”. The Regulator stated that it was not a creditor of Redwater and that it was not asserting a “provable claim in the receivership”. Accordingly, notwithstanding the receivership, Redwater remained obligated to comply with all regulatory requirements, including abandonment obligations for all licensed assets. The Regulator stated that GTL was legally obligated to fulfill these obligations prior to distributing any funds or finalizing any proposal to creditors. It warned that it would not approve the transfer of any of Redwater’s licences unless it was satisfied that both the transferee and the transferor would be in a position to fulfill all regulatory obligations. It requested confirmation that GTL had taken possession of Redwater’s licensed properties and that it was taking steps to comply with all of Redwater’s regulatory obligations.

ou s’en dessaisit ». Dans les présents motifs, le mot « renoncer » sert à raccourcir ces termes, comme cela a été le cas tout au long du litige qui nous occupe.

[45] Je vais maintenant procéder à une brève analyse des faits entourant la faillite de Redwater.

C. *Les faits entourant la faillite de Redwater*

[46] Redwater était une société pétrolière et gazière cotée en bourse. L’organisme de réglementation lui a octroyé ses premiers permis en 2009. Le 31 janvier et le 19 août 2013, ATB a avancé des fonds à Redwater et, en contrepartie, s’est vu accorder une sûreté sur les biens actuels et futurs de Redwater. ATB a prêté des fonds à Redwater en pleine connaissance des obligations de fin de vie associées à ses biens. Au milieu de 2014, Redwater a commencé à éprouver des difficultés financières. Sur demande d’ATB, GTL a été nommé séquestre de Redwater le 12 mai 2015. À cette époque, Redwater devait environ 5,1 millions de dollars à ATB.

[47] Après avoir été informé de la mise sous séquestre, l’organisme de réglementation a envoyé à GTL une lettre datée du 14 mai 2015 exposant sa position. L’organisme de réglementation a fait remarquer que l’*OGCA* et la *Pipeline Act* incluaient à la fois les séquestres et les syndics dans la définition d’un « titulaire de permis ». L’organisme de réglementation a déclaré qu’il n’était pas un créancier de Redwater et qu’il ne faisait pas valoir une [TRADUCTION] « réclamation prouvable dans le cadre de la mise sous séquestre ». Ainsi, malgré la mise sous séquestre, Redwater demeurait tenue de se conformer à toutes les exigences réglementaires, y compris les obligations d’abandon, pour tous les biens visés par des permis. L’organisme de réglementation a déclaré que GTL était légalement tenu de remplir ces obligations avant de distribuer des fonds ou de finaliser toute proposition aux créanciers. L’organisme de réglementation a averti qu’il n’approuverait pas le transfert de l’un ou l’autre permis de Redwater à moins d’être convaincu que le cessionnaire et le cédant seraient en mesure de s’acquitter de toutes les obligations réglementaires. Il a demandé la confirmation que GTL avait pris possession des biens de Redwater visés par des permis et qu’il prenait des mesures pour se conformer à toutes les obligations réglementaires de Redwater.

[48] At the time it ran into financial difficulties, Redwater was licensed by the Regulator for 84 wells, 7 facilities and 36 pipelines, all in central Alberta. The vast majority of its assets were these oil and gas assets. At the time GTL was appointed receiver, 19 of the wells and facilities were producing and the remaining 72 were inactive or spent. There were working interest participants in several of the wells and facilities. Redwater's LMR did not drop below 1.0 until after it went into receivership, so it never paid any security deposits to the Regulator.

[49] By September 2015, Redwater's LMR had dropped to 0.93. The net value of its deemed assets and its deemed liabilities was negative \$553,000. The 19 producing wells and facilities for which Redwater was the licensee would have had an LMR of 2.85 and a deemed net value of \$4.152 million. The remaining 72 wells and facilities for which Redwater was the licensee would have had an LMR of 0.30 and a deemed net value of negative \$4.705 million. Given that Redwater was in receivership, the Regulator's position was that it would approve the transfer of Redwater's licences only if the transfer did not cause a deterioration in its LMR.

[50] In its Second Report to the Alberta Court of Queen's Bench dated October 3, 2015, GTL explained why it had concluded that it could not meet the Regulator's requirements. GTL had concluded that the cost of the end-of-life obligations for the spent wells would likely exceed the sale proceeds for the productive wells. It viewed a sale of the non-producing wells — even if bundled with producing wells — as unlikely. If such a sale were possible, the purchase price would be reduced by the end-of-life obligations, negating the benefit to the estate. Based on this assessment, by letter dated July 3, 2015, GTL informed the Regulator that it was taking possession and control only of Redwater's 17 most productive wells (including a leaking well that was subsequently abandoned), 3 associated facilities and 12 associated

[48] À l'époque où elle a connu des difficultés financières, Redwater avait des permis délivrés par l'organisme de réglementation concernant 84 puits, 7 installations et 36 pipelines, tous situés dans le centre de l'Alberta. La grande majorité de ses éléments d'actif étaient ces biens pétroliers et gaziers. Au moment de la nomination de GTL comme séquestre, 19 des puits ou installations étaient productifs, tandis que les 72 autres étaient inactifs ou taris. Il y avait des participants en participation directe dans plusieurs puits et installations. La CGR de Redwater n'est tombée en dessous de 1,0 qu'après la mise sous séquestre de celle-ci et, en conséquence, Redwater n'a jamais versé de dépôt de garantie à l'organisme de réglementation.

[49] En septembre 2015, la CGR de Redwater avait chuté à 0,93. La valeur nette de ses biens réputés moins ses passifs réputés était égale à un montant négatif de 553 000 \$. Les 19 puits et installations productifs pour lesquels Redwater était titulaire de permis avaient une CRG de 2,85 et une valeur nette réputée de 4,152 millions de dollars. Les 72 autres puits ou installations pour lesquels Redwater était titulaire de permis auraient eu une CGR de 0,30 et une valeur nette réputée négative de 4,705 millions de dollars. Puisque Redwater était sous séquestre, l'organisme de réglementation a mentionné qu'il n'approuverait le transfert des permis de Redwater que si cela n'occasionnait pas une détérioration de sa CGR.

[50] Dans son Deuxième rapport à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta daté du 3 octobre 2015, GTL a expliqué pourquoi il avait conclu qu'il ne pouvait pas satisfaire aux exigences de l'organisme de réglementation. D'après GTL, le coût des obligations de fin de vie des puits taris dépasserait probablement le produit de la vente des puits productifs. Il considérait comme improbable la vente des puits inexploités, même s'ils étaient regroupés avec les puits productifs. Si une telle vente était possible, le prix d'achat serait réduit au regard des obligations de fin de vie, annulant ainsi le bénéfice pour l'actif. Sur la base de cette évaluation, par lettre datée du 3 juillet 2015, GTL a informé l'organisme de réglementation qu'il prenait possession et contrôle seulement des 17 puits les plus productifs de Redwater (y compris un puits

pipelines (“Retained Assets”), and that, pursuant to para. 3(a) of the Receivership Order, it was not taking possession or control of any of Redwater’s other licensed assets (“Renounced Assets”). GTL’s position was that it had no obligation to fulfill any regulatory requirements associated with the Renounced Assets.

[51] In response, on July 15, 2015, the Regulator issued orders under the *OGCA* and the *Pipeline Act* requiring Redwater to suspend and abandon the Renounced Assets (“Abandonment Orders”). The orders required abandonment to be carried out immediately where there were no other working interest participants and, by September 18, 2015, where there were other working interest participants. The Regulator stated that it considered the Renounced Assets an environmental and safety hazard and that s. 3.012(d) of the *Oil and Gas Conservation Rules* required a licensee to abandon wells or facilities so considered. In issuing the Abandonment Orders, the Regulator also relied on ss. 27 to 30 of the *OGCA* and ss. 23 to 26 of the *Pipeline Act*. If the Abandonment Orders were not complied with, the Regulator threatened to abandon the assets itself and to sanction Redwater through the use of s. 106 of the *OGCA*. The Regulator further stated that, once abandonment had taken place, the surface would need to be reclaimed and reclamation certificates obtained in accordance with s. 137 of the *EPEA*.

[52] On September 22, 2015, the Regulator and the OWA filed an application for a declaration that GTL’s renunciation of the Renounced Assets was void, an order requiring GTL to comply with the Abandonment Orders, and an order requiring GTL to “fulfill the statutory obligations as licensee in relation to the abandonment, reclamation and remediation” of all of Redwater’s licensed properties (A.R., vol. II, at p. 41). The Regulator did not seek to hold GTL

qui fuyait et qui a été abandonné par la suite), ainsi que de 3 installations et de 12 pipelines connexes (« biens conservés »), et qu’en vertu du par. 3a) de l’ordonnance de mise sous séquestre, il ne prenait pas possession ou contrôle de tous les autres éléments d’actif de Redwater visés par des permis (« biens faisant l’objet de la renonciation »). Selon GTL, il n’était aucunement tenu de satisfaire aux exigences réglementaires en lien avec les biens faisant l’objet de la renonciation.

[51] Le 15 juillet 2015, l’organisme de réglementation a réagi en rendant des ordonnances au titre de l’*OGCA* et de la *Pipeline Act* enjoignant à Redwater de suspendre l’exploitation des biens faisant l’objet de la renonciation et de les abandonner (« ordonnances d’abandon »). Les ordonnances exigeaient que l’abandon soit effectué sur-le-champ dans les cas où il n’y avait pas d’autres participants en participation directe, et, au plus tard le 18 septembre 2015, dans ceux où il y avait d’autres participants en participation directe. L’organisme de réglementation a déclaré qu’il considérait les biens faisant l’objet de la renonciation comme un danger pour l’environnement et la sécurité, et que l’al. 3.012(d) des *Oil and Gas Conservation Rules* obligeait le titulaire de permis à abandonner ces puits ou installations. Lorsqu’il a rendu les ordonnances d’abandon, l’organisme de réglementation s’est également fondé sur les art. 27 à 30 de l’*OGCA* et sur les art. 23 à 26 de la *Pipeline Act*. Si les ordonnances d’abandon n’étaient pas respectées, l’organisme de réglementation menaçait d’effectuer lui-même le processus d’abandon des biens et de sanctionner Redwater par l’application de l’art. 106 de l’*OGCA*. L’organisme a ajouté qu’une fois qu’il y avait eu abandon, la surface devait être remise en état et il fallait obtenir des certificats de remise en état conformément à l’art. 137 de l’*EPEA*.

[52] Le 22 septembre 2015, l’organisme de réglementation et l’OWA ont déposé une demande en vue d’obtenir un jugement déclaratoire portant que l’abandon par GTL des biens faisant l’objet de la renonciation était nul, une ordonnance obligeant GTL à se conformer aux ordonnances d’abandon, de même qu’une ordonnance enjoignant à GTL de [TRADUCTION] « remplir les obligations légales en tant que titulaire de permis concernant l’abandon,

liable for these obligations beyond the assets remaining in the Redwater estate. GTL brought a cross-application on October 5, 2015, seeking approval to pursue a sales process excluding the Renounced Assets. GTL sought a court order directing that the Regulator could not prevent the transfer of the licences associated with the Retained Assets on the basis of, *inter alia*, the LMR requirements, failure to comply with the Abandonment Orders, refusal to take possession of the Renounced Assets or any outstanding debts owed by Redwater to the Regulator. GTL did not seek to foreclose the possibility that the Regulator might have some other valid reason to reject a proposed transfer.

[53] A bankruptcy order was issued for Redwater on October 28, 2015, and GTL was appointed as trustee. GTL sent another letter to the Regulator on November 2, 2015, this time invoking s. 14.06(4)(a)(ii) of the *BIA* in relation to the Renounced Assets. The Abandonment Orders remain outstanding.

D. *Judicial History*

(1) Court of Queen’s Bench of Alberta

[54] The chambers judge concluded that s. 14.06 of the *BIA* was designed to permit trustees to disclaim property where this was a rational economic decision in light of the environmental condition affecting the property. Personal liability of the trustee was not a condition precedent to the power to disclaim. The chambers judge accordingly found an operational conflict between s. 14.06 of the *BIA* and the definition of “licensee” in the *OGCA* and the *Pipeline Act*. Under s. 14.06 of the *BIA*, GTL could renounce assets and not be responsible for the associated environmental obligations. However, under the *OGCA* and the *Pipeline Act*, GTL could not renounce licensed assets because the definition of “licensee”

la remise en état et la décontamination » de tous les biens de Redwater visés par des permis (A.R., vol. II, p. 41). L’organisme de réglementation n’a pas cherché à tenir GTL responsable de ces obligations au-delà des éléments qui faisaient encore partie de l’actif de Redwater. Le 5 octobre 2015, GTL a présenté une demande reconventionnelle visant à obtenir l’autorisation de poursuivre un processus de vente excluant les biens faisant l’objet de la renonciation. GTL a demandé au tribunal de rendre une ordonnance interdisant à l’organisme de réglementation d’empêcher le transfert des permis associés aux biens conservés en raison, notamment, des exigences relatives à la CGR, du non-respect des ordonnances d’abandon, du refus de prendre possession des biens faisant l’objet de la renonciation ou des dettes en souffrance de Redwater envers l’organisme de réglementation. GTL n’a pas cherché à exclure la possibilité que l’organisme de réglementation ait un autre motif valable de rejeter un transfert proposé.

[53] Le 28 octobre 2015, une ordonnance de faillite a été rendue à l’égard de Redwater, et GTL a été nommé syndic. GTL a envoyé une autre lettre à l’organisme de réglementation le 2 novembre 2015, dans laquelle il invoquait cette fois le sous-al. 14.06(4)a)(ii) de la *LFI* à l’égard des biens faisant l’objet de la renonciation. Les ordonnances d’abandon sont toujours pendantes.

D. *Historique judiciaire*

(1) La Cour du Banc de la Reine de l’Alberta

[54] Le juge siégeant en cabinet a conclu que l’art. 14.06 de la *LFI* visait à permettre aux syndics de renoncer à un bien lorsqu’il s’agissait d’une décision économique rationnelle compte tenu du fait lié à l’environnement et touchant le bien. La responsabilité personnelle du syndic n’était pas une condition préalable au pouvoir de renonciation. Le juge siégeant en cabinet a donc conclu à un conflit d’application entre l’art. 14.06 de la *LFI* et la définition de « titulaire de permis » que l’on trouve dans l’*OGCA* et la *Pipeline Act*. En vertu de l’art. 14.06 de la *LFI*, GTL pouvait renoncer aux biens et ne pas être responsable des obligations environnementales qui y étaient associées. Cependant, aux termes de l’*OGCA*

included receivers and trustees, so GTL remained liable for environmental obligations.

[55] Applying the test from *Abitibi*, the chambers judge concluded that, although in a “technical sense” it was not sufficiently certain that the Regulator or the OWA would carry out the Abandonment Orders and assert a monetary claim to have its costs reimbursed, the situation met what was intended by the Court in *Abitibi* because the Abandonment Orders were “intrinsicly financial” (para. 173). Forcing GTL, as a “licensee”, to comply with the Abandonment Orders would therefore frustrate the *BIA*’s overall purpose of equitable distribution of the bankrupt’s assets, as the Regulator’s claim would be given a super priority to which it was not entitled, ahead of the claims of secured creditors. It would also frustrate the purpose of s. 14.06, by which Parliament had legislated as to environmental claims in bankruptcy and had specifically chosen not to give them a super priority. The conditions imposed by the Regulator on transfers of the licences for the Retained Assets further frustrated s. 14.06 by including the Renounced Assets in the calculation for determining the approval of a sale.

[56] The chambers judge approved the sale procedure proposed by GTL. He declared that the *OGCA* and the *Pipeline Act* were inoperative to the extent that they conflicted with the *BIA* by deeming GTL to be the “licensee” of the Renounced Assets; that GTL was entitled to disclaim the Renounced Assets pursuant to s. 14.06(4)(a)(ii) and (c), and was not subject to any obligations in relation to those assets; that the Abandonment Orders were inoperative to the extent that they required GTL to comply or to provide security deposits; and that Directive 006 was inoperative to the extent it conflicted with s. 14.06 of the *BIA*. Lastly, he declared that the Regulator, in exercising its discretion to approve a transfer of the

et de la *Pipeline Act*, GTL ne pouvait renoncer aux biens visés par des permis parce que la définition de « titulaire de permis » comprenait le séquestre et le syndic, si bien que GTL demeurerait responsable des obligations environnementales.

[55] Appliquant le critère de l’arrêt *Abitibi*, le juge siégeant en cabinet a conclu que, bien qu’au [TRANSDUCTION] « sens technique », il n’était pas suffisamment certain que l’organisme de réglementation ou l’OWA exécuteraient les ordonnances d’abandon et feraient valoir une réclamation pécuniaire pour obtenir le remboursement de leurs frais, la situation répondait à l’intention de la Cour dans *Abitibi* car les ordonnances d’abandon étaient « intrinsèquement financières » (par. 173). Forcer GTL en tant que « titulaire de permis » à se conformer aux ordonnances d’abandon irait donc à l’encontre de l’objectif global de la *LFI* de partage équitable des biens du failli, puisque l’organisme de réglementation se verrait accorder, pour sa réclamation, une superpriorité à laquelle il n’avait pas droit, avant les réclamations des créanciers garantis. Cela entraverait aussi la réalisation de l’objet de l’art. 14.06, par lequel le Parlement a légiféré sur les réclamations environnementales en cas de faillite et a expressément fait le choix de ne pas leur accorder une superpriorité. Les conditions imposées par l’organisme de réglementation sur les transferts de permis relatifs aux biens conservés ont contrecarré davantage l’article 14.06 en incluant les biens faisant l’objet de la renonciation dans le calcul pour décider de l’approbation d’une vente.

[56] Le juge siégeant en cabinet a approuvé la procédure de vente proposée par GTL. Il a déclaré que l’*OGCA* et la *Pipeline Act* étaient inopérantes dans la mesure où elles entraient en conflit avec la *LFI*, en considérant GTL comme le « titulaire des permis » relatifs aux biens faisant l’objet de la renonciation, que GTL avait le droit de renoncer à ces biens au titre du sous-al. 14.06(4)a)(ii) et de l’al. 14.06(4)c), et qu’il n’était assujéti à aucune obligation à l’égard de ces biens, que les ordonnances d’abandon étaient inopérantes dans la mesure où elles obligeaient GTL à s’y conformer ou à fournir des dépôts de garantie et que la Directive 006 était inopérante dans la mesure où elle entraient en conflit avec l’art. 14.06 de la *LFI*.

licences for the Retained Assets, could not consider the Renounced Assets for the purpose of calculating Redwater's LMR before or after the transfer, nor could it consider any other issue involving the Renounced Assets.

(2) Court of Appeal of Alberta

(a) *Majority Reasons*

[57] Slatter J.A., for the majority, dismissed the appeals. He stated that the constitutional issues in the appeals were complementary to the primary issue, which was the interpretation of the *BIA*. Section 14.06 did not exempt environmental claims from the general bankruptcy regime, other than the super priority in s. 14.06(7), which would rarely, if ever, have any application to oil and gas wells. Section 14.06(4) did not “limit the power of the trustee to renounce . . . properties to those circumstances where it might be exposed to personal liability” (para. 68). Additionally, the word “order” in s. 14.06(4) had to be given a wide meaning.

[58] Slatter J.A. identified the essential issue as “whether the environmental obligations of Redwater meet the test for a provable claim” (para. 73). He agreed with the chambers judge that the third branch of the *Abitibi* test was met, but concluded that that test had been met “in both a technical and substantive way” (para. 76). The Regulator's policies essentially stripped away from the bankrupt estate enough value to meet environmental obligations. Requiring the depositing of security, or diverting value from the bankrupt estate, clearly met the standard of “certainty”. The Regulator's policies required that the full value of the bankrupt's assets be applied first to environmental liabilities, creating a super priority for environmental claims. Slatter J.A. concluded that, “[n]otwithstanding their intended effect as conditions of licensing, the Regulator's policies [had] a direct effect on property, priorities, and the Trustee's right to renounce

Enfin, il a déclaré que l'organisme de réglementation, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'approuver un transfert des permis relatifs aux biens conservés, ne pouvait pas tenir compte des biens faisant l'objet de la renonciation pour le calcul de la CGR de Redwater, avant ou après le transfert, ni tenir compte de toute autre question liée aux biens faisant l'objet de la renonciation.

(2) La Cour d'appel de l'Alberta

a) *Les motifs majoritaires*

[57] Le juge Slatter, au nom des juges majoritaires, a rejeté les appels. Il a déclaré que les questions constitutionnelles des appels étaient complémentaires à la question principale, l'interprétation de la *LFI*. L'article 14.06 n'a pas soustrait les réclamations environnementales au régime général de faillite, à l'exception de la superpriorité prévue au par. 14.06(7), qui s'appliquerait rarement, voire jamais, aux puits de pétrole et de gaz. Le paragraphe 14.06(4) n'a pas [TRADUCTION] « limité le pouvoir du syndic de renoncer [. . .] aux biens dans des circonstances où il pourrait s'exposer à une responsabilité personnelle » (par. 68). En outre, il fallait donner un sens large au mot « ordonnance » qui figure au par. 14.06(4).

[58] Le juge Slatter a décidé que la question essentielle était de savoir [TRADUCTION] « si les obligations environnementales de Redwater satisf[aisaient] au critère de la réclamation prouvable » (par. 73). Il était d'accord avec le juge siégeant en cabinet quant au respect du troisième volet du critère d'*Abitibi*, mais il a conclu que ce critère avait été respecté « tant sur le plan technique que sur le fond » (par. 76). Les politiques de l'organisme de réglementation ont essentiellement privé l'actif du failli d'une valeur suffisante pour respecter les obligations environnementales. Exiger le dépôt d'une garantie, ou détourner la valeur de l'actif du failli, répond clairement à la norme de « certitude ». Les politiques de l'organisme de réglementation exigeaient que la pleine valeur des biens du failli soit d'abord appliquée aux engagements environnementaux, créant ainsi une superpriorité pour les réclamations environnementales. Le juge Slatter a estimé que, « [n]onobstant leur effet

assets, all of which [were] governed by the *BIA*” (para. 86).

[59] In terms of constitutional analysis, Slatter J.A. concluded that the role of GTL as a “licensee” under the *OGCA* and the *Pipeline Act* was “in operational conflict with the provisions of the *BIA*” that exempted trustees from personal liability, allowed them to disclaim assets and established the priority of environmental claims (para. 89). It also frustrated the *BIA*’s purpose of “managing the winding up of insolvent corporations and settling the priority of claims against them” (para. 89). As such, the Regulator could not “insist that the Trustee devote substantial parts of the bankrupt estate in satisfaction of the environmental claims in priority to the claims of the secured creditor” (para. 91).

(b) *Dissenting Reasons*

[60] Martin J.A. dissented. In contrast to the majority, she stressed the constitutional dimensions of the case, in particular the need for co-operative federalism in the area of the environment, and noted that the doctrine of paramountcy should be applied with restraint. She concluded that the Regulator was not asserting a provable claim within the meaning of the *Abitibi* test. It was not enough for a regulatory order to be “intrinsicly financial” for it to be a claim provable in bankruptcy (para. 185, quoting the chambers judge’s reasons, at para. 173). There was not sufficient certainty that the ordered abandonment work would be done, either by the Regulator or by the OWA, and there was “no certainty at all that a claim for reimbursement would be made” (para. 184). Martin J.A. was also of the view that the Regulator was not a creditor of Redwater — or, if it was a creditor in issuing the Abandonment Orders, it was at least not one in enforcing the conditions for the transfer of licences. The Regulator had to be able to maintain control over the transfer of licences during

prévu en tant que conditions associées aux permis, les politiques de l’organisme de réglementation ont eu un effet direct sur les biens, les priorités et le droit du Syndic de renoncer à des biens, qui étaient tous régis par la *LFI* » (par. 86).

[59] Sur le plan de l’analyse constitutionnelle, le juge Slatter a conclu que le rôle de GTL en tant que « titulaire de permis » au sens de l’*OGCA* et de la *Pipeline Act* était [TRADUCTION] « en conflit d’application avec les dispositions de la *LFI* » qui dégageaient les syndicats de toute responsabilité personnelle, qui leur permettaient de renoncer à des biens et qui établissaient la priorité des réclamations environnementales (par. 89). Ce rôle entravait également la réalisation de l’objet de la *LFI* consistant à « gérer la liquidation des sociétés insolvables et à régler la priorité des réclamations à leur encontre » (par. 89). Ainsi, l’organisme de réglementation ne pouvait pas « insister pour que le syndic consacre une partie substantielle de l’actif du failli à l’acquittement des réclamations environnementales, par priorité sur les réclamations du créancier garanti » (par. 91).

b) *Les motifs dissidents*

[60] La juge Martin a exprimé sa dissidence. Contrairement aux juges majoritaires, elle a souligné les dimensions constitutionnelles de l’affaire, en particulier la nécessité d’un fédéralisme coopératif dans le domaine de l’environnement, et a fait remarquer que la doctrine de la prépondérance devait être appliquée avec retenue. Elle a conclu que l’organisme de réglementation ne faisait pas valoir de réclamation prouvable au sens du critère d’*Abitibi*. Il ne suffisait pas qu’une ordonnance réglementaire soit [TRADUCTION] « intrinsèquement financière » pour qu’il s’agisse d’une réclamation prouvable en matière de faillite (par. 185, citant les motifs du juge siégeant en cabinet, par. 173). Il n’était pas suffisamment certain que les travaux d’abandon ordonnés soient accomplis, soit par l’organisme de réglementation soit par l’OWA, et il n’y avait « aucune certitude qu’une demande de remboursement soit présentée » (par. 184). La juge Martin estimait elle aussi que l’organisme de réglementation n’était pas un créancier de Redwater — ou, s’il était un créancier au moment de rendre les ordonnances

a bankruptcy, and there was no reason why such regulatory requirements could not coexist with the distribution of the bankrupt's estate.

[61] With regard to s. 14.06, Martin J.A. accepted the Regulator's argument that s. 14.06(4) allowed a trustee to renounce real property in order to avoid personal liability but did not prevent the assets of the bankrupt estate from being used to comply with environmental obligations. However, she went beyond this. In her view, s. 14.06(4) to (8) were enacted together as a statutory compromise. Martin J.A. concluded that a trustee's power to disclaim assets under s. 14.06 simply had no applicability to Alberta's regulatory regime. The ability to renounce under s. 14.06(4) had to be read in conjunction with the other half of the compromise — the Crown's super priority over the debtor's real property established by s. 14.06(7). Licence conditions were not the sort of "order" contemplated by s. 14.06(4), nor were licences the kind of "real property" contemplated by that provision. The balance struck by s. 14.06 was not effective when there was no "real property of the debtor" in which the Crown could take a super priority (para. 210).

[62] As there was no entitlement under the *BIA* to renounce the end-of-life obligations imposed by Alberta's regulatory regime, there was no operational conflict in enforcing those obligations under provincial law. Nor was there any frustration of purpose. The Regulator was not asserting any claims provable in bankruptcy: "The continued application of [Alberta's] regulatory regime following bankruptcy did not determine or reorder priorities among creditors, but rather value[d] accurately the assets available for distribution" (para. 240).

d'abandon, il ne l'était pas dans l'application des conditions de transfert des permis. L'organisme de réglementation devait être en mesure de conserver la maîtrise du transfert des permis pendant une faillite, et il n'y avait aucune raison pour que de telles exigences réglementaires ne puissent pas coexister avec le partage de l'actif du failli.

[61] En ce qui concerne l'article 14.06, la juge Martin a retenu l'argument de l'organisme de réglementation selon lequel le par. 14.06(4) permettait à un syndic de renoncer aux biens réels afin d'éviter d'engager sa responsabilité personnelle, mais n'empêchait pas que l'on se serve des éléments de l'actif du failli pour se conformer aux obligations environnementales. Cependant, elle est allée plus loin. Selon elle, les par. 14.06(4) à (8) ont été adoptés ensemble à titre de compromis d'ordre législatif. La juge Martin a conclu que le pouvoir du syndic de renoncer aux biens en vertu de l'art. 14.06 n'était tout simplement pas applicable dans le régime de réglementation de l'Alberta. La faculté de renoncer en vertu du par. 14.06(4) devait être interprétée en corrélation avec l'autre moitié du compromis, la superpriorité de la Couronne sur les biens réels du débiteur établie par le par. 14.06(7). Les conditions relatives aux permis n'étaient pas le genre d'« ordonnance » envisagé par le par. 14.06(4), ni les permis le genre de « bien réel » envisagé par cette disposition. L'équilibre atteint par l'art. 14.06 n'était pas solide lorsqu'il n'y avait pas de [TRADUCTION] « bien réel du débiteur » à l'égard duquel la Couronne pouvait prendre une superpriorité (par. 210).

[62] Comme il n'y avait aucun droit, aux termes de la *LFI*, de renoncer aux obligations de fin de vie imposées par le régime de réglementation [de l'Alberta], aucun conflit d'application ne résultait de l'exécution de ces obligations sous le régime du droit provincial. Et il n'existait pas non plus d'entrave à la réalisation d'un objet fédéral. L'organisme de réglementation ne faisait valoir aucune réclamation prouvable en matière de faillite : [TRADUCTION] « L'application continue du régime de réglementation [de l'Alberta] après la faillite n'a pas fixé ou réarrangé les priorités parmi les créanciers, mais a plutôt donné lieu à une évaluation juste des biens pouvant être répartis » (par. 240).

III. Analysis

A. *The Doctrine of Paramountcy*

[63] As I have explained, Alberta legislation grants the Regulator wide-ranging powers to ensure that companies that have been granted licences to operate in the Alberta oil and gas industry will safely and properly abandon oil wells, facilities and pipelines at the end of their productive lives and will reclaim their sites. GTL seeks to avoid being subject to two of those powers: the power to order Redwater to abandon the Renounced Assets and the power to refuse to allow a transfer of the licences for the Retained Assets due to unmet LMR requirements. There is no doubt that these are valid regulatory powers granted to the Regulator by valid Alberta legislation. GTL seeks to avoid their application during bankruptcy by virtue of the doctrine of federal paramountcy, which dictates that the Alberta legislation empowering the Regulator to use the powers in dispute in this appeal will be inoperative to the extent that its use of these powers during bankruptcy conflicts with the *BIA*.

[64] The issues in this appeal arise from what has been termed the “untidy intersection” of provincial environmental legislation and federal insolvency legislation (*Nortel Networks Corp., Re*, 2012 ONSC 1213, 88 C.B.R. (5th) 111, at para. 8). Paramountcy issues frequently arise in the insolvency context. Given the procedural nature of the *BIA*, the bankruptcy regime relies heavily on the continued operation of provincial laws. However, s. 72(1) of the *BIA* confirms that, where there is a genuine conflict between provincial laws concerning property and civil rights and federal bankruptcy legislation, the *BIA* prevails (see *Moloney*, at para. 40). In other words, bankruptcy is carved out from property and civil rights but remains conceptually part of it. Valid provincial legislation of general application continues to apply in bankruptcy until Parliament legislates pursuant to its exclusive jurisdiction in relation to bankruptcy and insolvency. At that point,

III. Analyse

A. *La doctrine de la prépondérance fédérale*

[63] Comme je l’ai expliqué, la législation albertaine accorde à l’organisme de réglementation des pouvoirs étendus pour s’assurer que les sociétés qui ont obtenu des permis d’exploitation dans l’industrie pétrolière et gazière de l’Alberta abandonneront, de façon appropriée et sécuritaire, les puits de pétrole, installations et pipelines à la fin de leur vie productive, et remettront en état leurs sites. GTL cherche à éviter d’être assujéti à deux de ces pouvoirs : celui d’ordonner à Redwater d’abandonner les biens faisant l’objet de la renonciation et celui de refuser de permettre le transfert des permis relatifs aux biens conservés à cause du non-respect des exigences relatives à la CGR. Il s’agit là sans aucun doute de pouvoirs réglementaires valables accordés à l’organisme de réglementation par une loi albertaine valide. GTL cherche à éviter leur application au cours de la faillite en invoquant la doctrine de la prépondérance fédérale, selon laquelle la loi de l’Alberta habilitant l’organisme de réglementation à utiliser les pouvoirs qui sont en litige dans le cadre du présent pourvoi est inopérante dans la mesure où son exercice de ces pouvoirs pendant la faillite entre en conflit avec la *LFI*.

[64] Les questions en litige dans le présent pourvoi découlent de ce qu’on a appelé [TRADUCTION] l’« intersection désordonnée » de la législation provinciale sur l’environnement et de la législation fédérale sur l’insolvabilité (*Nortel Networks Corp., Re*, 2012 ONSC 1213, 88 C.B.R. (5th) 111, par. 8). Les questions de prépondérance se posent souvent dans le contexte de l’insolvabilité. Étant donné la nature procédurale de la *LFI*, le régime de faillite repose en grande partie sur l’application continue des lois provinciales. Toutefois, le par. 72(1) de la *LFI* confirme qu’en cas de conflit véritable entre les lois provinciales concernant la propriété et les droits civils et la législation fédérale sur la faillite, la *LFI* l’emporte (voir *Moloney*, par. 40). En d’autres termes, la faillite est issue de la propriété et des droits civils, mais elle en fait toujours partie conceptuellement. Les lois provinciales valides d’application générale continuent de s’appliquer dans le domaine de la faillite jusqu’à ce

the provincial law becomes inoperative to the extent of the conflict (see *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, at para. 3).

[65] Over time, two distinct forms of conflict have been recognized. The first is *operational conflict*, which arises where compliance with both a valid federal law and a valid provincial law is impossible. Operational conflict arises “where one enactment says ‘yes’ and the other says ‘no’, such that ‘compliance with one is defiance of the other’” (*Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 SCC 53, [2015] 3 S.C.R. 419, at para. 18, quoting *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at p. 191). The second is *frustration of purpose*, which occurs where the operation of a valid provincial law is incompatible with a federal legislative purpose. The effect of a provincial law may frustrate the purpose of the federal law, even though it does “not entail a direct violation of the federal law’s provisions” (*Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 73). The party relying on frustration of purpose “must first establish the purpose of the relevant federal statute, and then prove that the provincial legislation is incompatible with this purpose” (*Lemare*, at para. 26, quoting *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536, at para. 66).

[66] Under both branches of paramountcy, the burden of proof rests on the party alleging the conflict. This burden is not an easy one to satisfy, as the doctrine of paramountcy is to be applied with restraint. Conflict must be defined narrowly so that each level of government may act as freely as possible within its respective sphere of constitutional authority. “[H]armonious interpretations of federal and provincial legislation should be favoured over an interpretation that results in incompatibility . . . [i]n the absence of ‘very clear’ statutory language to the contrary” (*Lemare*, at paras. 21 and 27). “It is presumed that Parliament intends its laws to co-exist with provincial laws” (*Moloney*, at para. 27). As this Court found in *Lemare*, at paras. 22-23, the application of the

que le Parlement légifère en vertu de sa compétence exclusive en matière de faillite et d’insolvabilité. La loi provinciale devient alors inopérante dans la mesure du conflit (voir *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, par. 3).

[65] Au fil du temps, deux formes distinctes de conflit ont été reconnues. La première est le *conflit d’application*, qui survient lorsqu’il est impossible de se conformer en même temps à une loi fédérale valide et à une loi provinciale valide. Il y a conflit d’application lorsqu’« une loi dit “oui” et l’autre dit “non”, de sorte que “l’observance de l’une entraîne l’inobservance de l’autre” » (*Saskatchewan (Procureur général) c. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 CSC 53, [2015] 3 R.C.S. 419, par. 18, citant *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, p. 191). La seconde est l’*entrave à la réalisation d’un objet fédéral*, qui se produit lorsque l’application d’une loi provinciale valide est incompatible avec l’objet d’une loi fédérale. L’effet d’une loi provinciale peut contrecarrer la réalisation de l’objet de la loi fédérale, « sans toutefois entraîner une violation directe de ses dispositions » (*Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 73). La partie qui invoque l’entrave à la réalisation d’un objet fédéral « doit d’abord établir l’objet de la loi fédérale pertinente et ensuite prouver que la loi provinciale est incompatible avec cet objet » (*Lemare*, par. 26, citant *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536, par. 66).

[66] Aux deux volets de la prépondérance, la charge de la preuve incombe à la partie qui allègue l’existence du conflit. Il n’est pas facile de s’en acquitter, puisque la doctrine de la prépondérance doit être appliquée avec retenue. Le conflit doit être défini de façon étroite pour que chaque ordre de gouvernement puisse agir aussi librement que possible dans sa sphère de compétence constitutionnelle respective. « [L]es tribunaux doivent donner aux lois provinciale et fédérale une interprétation harmonieuse plutôt qu’une interprétation qui donne lieu à une incompatibilité [. . .] [e]n l’absence d’un texte législatif “clair” à cet effet » (*Lemare*, par. 21 et 27). « On présume que le Parlement a l’intention de faire coexister ses lois avec les lois provinciales » (*Moloney*, par. 27).

doctrine of paramountcy should also give due weight to the principle of co-operative federalism. This principle allows for interplay and overlap between federal and provincial legislation. While co-operative federalism does not impose limits on the otherwise valid exercise of legislative power, it does mean that courts should avoid an expansive interpretation of the purpose of federal legislation which will bring it into conflict with provincial legislation.

[67] The case law has established that the *BIA* as a whole is intended to further “two purposes: the equitable distribution of the bankrupt’s assets among his or her creditors and the bankrupt’s financial rehabilitation” (*Moloney*, at para. 32, citing *Husky Oil*, at para. 7). Here, the bankrupt is a corporation that will never emerge from bankruptcy. Accordingly, only the former purpose is relevant. As I will discuss below, the chambers judge also spoke of the purposes of s. 14.06 as distinct from the broader purposes of the *BIA*. This Court has discussed the purpose of specific provisions of the *BIA* in previous cases — see, for example, *Lemare*, at para. 45.

[68] GTL has proposed two conflicts between the Alberta legislation establishing the disputed powers of the Regulator during bankruptcy and the *BIA*, either of which, it says, would have provided a sufficient basis for the order granted by the chambers judge.

[69] The first conflict proposed by GTL results from the inclusion of trustees in the definition of “licensee” in the *OGCA* and the *Pipeline Act*. GTL says that s. 14.06(4) releases it from all environmental liability associated with the Renounced Assets after a valid “disclaimer” is made. But as a “licensee”, it can be required by the Regulator to satisfy all of Redwater’s statutory obligations and liabilities, which disregards the “disclaimer” of the Renounced Assets. GTL further notes the possibility that it may be held personally liable as a “licensee”. In response, the Regulator says that s. 14.06(4) is concerned primarily with protecting trustees from personal liability in relation to environmental orders, and does not affect the ongoing responsibilities of the bankrupt

Comme le conclut notre Cour aux par. 22 et 23 de l’arrêt *Lemare*, l’application de la doctrine de la prépondérance devrait également tenir dûment compte du principe du fédéralisme coopératif. Ce principe permet l’interaction ainsi que le chevauchement entre les lois fédérales et provinciales. Bien que le fédéralisme coopératif n’impose pas de limites à l’exercice par ailleurs valide du pouvoir législatif, cela signifie que les tribunaux devraient éviter de donner à l’objet de la loi fédérale une interprétation large qui le mettrait en conflit avec la loi provinciale.

[67] La jurisprudence a établi que la *LFI* dans son ensemble est censée favoriser l’atteinte de « deux objectifs : le partage équitable des biens du failli entre ses créanciers et la réhabilitation financière du failli » (*Moloney*, par. 32, citant *Husky Oil*, par. 7). En l’espèce, la faillie est une société qui ne s’extirpera jamais de la faillite. Donc, seul le premier objectif est pertinent. Comme je vais l’expliquer ci-dessous, le juge siégeant en cabinet a également affirmé que l’objet de l’art. 14.06 se distinguait des objets plus larges de la *LFI*. Notre Cour a analysé l’objet de certaines dispositions de la *LFI* dans des décisions antérieures (voir, par exemple, *Lemare*, par. 45).

[68] GTL a relevé deux conflits entre la législation albertaine établissant les pouvoirs contestés de l’organisme de réglementation pendant la faillite et la *LFI*, et l’un ou l’autre aurait constitué, selon lui, un fondement suffisant pour l’ordonnance rendue par le juge siégeant en cabinet.

[69] Le premier conflit avancé par GTL découle de l’ajout des syndics à la définition de « titulaire de permis » qui figure dans l’*OGCA* et la *Pipeline Act*. GTL affirme que le par. 14.06(4) le soustrait à tout engagement environnemental associé aux biens faisant l’objet d’une « renonciation » valide. Toutefois, comme il est « titulaire de permis », l’organisme de réglementation peut l’obliger à s’acquitter de toutes les obligations et de tous les engagements légaux de Redwater, faisant ainsi abstraction de la « renonciation » aux biens en cause. GTL souligne en outre la possibilité qu’il soit tenu personnellement responsable en tant que « titulaire de permis ». L’organisme de réglementation réplique que le par. 14.06(4) a pour objectif premier de mettre les syndics à l’abri de toute

estate. Thus, as long as a trustee is protected from personal liability, no conflict arises from its status as a “licensee” or from the fact that the bankrupt estate remains responsible under provincial law for the ongoing environmental obligations associated with “disclaimed” assets.

[70] The second conflict proposed by GTL is that, even if s. 14.06(4) is only concerned with a trustee’s personal liability, the Regulator’s use of its statutory powers effectively reorders the priorities in bankruptcy established by the *BIA*. Such reordering is said to be caused by the fact that the Regulator requires the expenditure of estate assets to comply with the Abandonment Orders and to discharge or secure the environmental liabilities associated with the Renounced Assets before it will approve a transfer of the licences for the Retained Assets (in keeping with the LMR requirements). These end-of-life obligations are said by GTL to be unsecured claims held by the Regulator, which cannot, under the *BIA*, be satisfied in preference over the claims of Redwater’s secured creditors. In response, the Regulator says that, on the proper application of the *Abitibi* test, these environmental regulatory obligations are not provable claims in bankruptcy. Accordingly, says the Regulator, the provincial laws requiring the Redwater estate to satisfy these obligations prior to the distribution of its assets to secured creditors do not conflict with the priority scheme in the *BIA*.

[71] I will consider each alleged conflict in turn.

B. *Is There a Conflict Between the Alberta Regulatory Scheme and Section 14.06 of the BIA?*

[72] As a statutory scheme, s. 14.06 of the *BIA* raises numerous interpretive issues. As noted by Martin J.A., the only matter concerning s. 14.06 on

responsabilité personnelle à l’égard des ordonnances environnementales et que cette disposition n’a aucune incidence sur les responsabilités continues de l’actif du failli. Ainsi, tant qu’un syndic est à l’abri de toute responsabilité personnelle, son statut de « titulaire de permis » et le fait que l’actif d’un failli demeure responsable, aux termes du droit provincial, des obligations environnementales continues associées aux éléments le composant et faisant l’objet de la renonciation ne sont à l’origine d’aucun conflit.

[70] Le second conflit allégué par GTL est que, même si le par. 14.06(4) ne porte que la responsabilité personnelle d’un syndic, l’exercice par l’organisme de réglementation des pouvoirs que lui confère la loi réarrange de fait les priorités établies par la *LFI* en matière de faillite. Un tel réarrangement serait imputable au fait que l’organisme de réglementation exige la dépense d’éléments d’actif pour respecter les ordonnances d’abandon ainsi que pour libérer ou garantir les engagements environnementaux associés aux biens faisant l’objet de la renonciation avant d’approuver un transfert des permis liés aux biens conservés (conformément aux exigences relatives à la *CGR*). Ces obligations de fin de vie sont considérées par GTL comme étant une créance ordinaire de l’organisme de réglementation, que la *LFI* ne permet pas d’acquitter de préférence aux réclamations des créanciers garantis de Redwater. L’organisme de réglementation réplique que, si l’on applique correctement le critère d’*Abitibi*, ces obligations réglementaires environnementales ne sont pas des réclamations prouvables en matière de faillite. En conséquence, selon l’organisme de réglementation, les lois provinciales exigeant que l’actif de Redwater satisfasse à ces obligations avant le partage, entre les créanciers garantis, des éléments dont il est composé n’entre pas en conflit avec le régime de priorité de la *LFI*.

[71] J’examinerai chacun des conflits allégués, l’un après l’autre.

B. *Y a-t-il un conflit entre le régime de réglementation albertain et l’art. 14.06 de la LFI?*

[72] En tant que régime législatif, l’art. 14.06 de la *LFI* soulève de nombreuses questions d’interprétation. Comme l’a fait remarquer la juge Martin, le seul

which all the parties to this litigation can agree is that it “is not a model of clarity” (C.A. reasons, at para. 201). Given the confusion caused by attempts to interpret s. 14.06 as a coherent scheme during this litigation, Parliament may very well wish to re-examine s. 14.06 during its next review of the *BIA*.

[73] At its core, this appeal raises the issue of whether there is a conflict between specific Alberta legislation and the *BIA*. GTL submits that there is such a conflict. It argues that, because it “disclaimed” the Renounced Assets under s. 14.06(4) of the *BIA*, it should cease to have any responsibilities, obligations or liability with respect to them. And yet, it notes, as a “licensee” under the *OGCA* and the *Pipeline Act*, it remains responsible for abandoning the Renounced Assets. Furthermore, those assets continue to be included in the calculation of Redwater’s LMR. GTL suggests an additional conflict with s. 14.06(2) of the *BIA* based on its possible exposure, as a “licensee”, to personal liability for the costs of abandoning the Renounced Assets.

[74] I have concluded that there is no conflict. Various arguments were advanced during this appeal concerning the disparate elements of the s. 14.06 scheme. However, the provision upon which GTL in fact relies in arguing that it is entitled to avoid its responsibilities as a “licensee” under the Alberta legislation is s. 14.06(4). As I have noted, GTL and the Regulator propose very different interpretations of s. 14.06(4). However, s. 14.06(4) is clear and unambiguous when read on its own: where it is invoked by a trustee, the result is that “the trustee is not personally liable” for failure to comply with certain environmental orders or for the costs incurred by any person in carrying out the terms of such orders. The provision says nothing about the liability of the “bankrupt” or the “estate” — distinct concepts referenced many times throughout the *BIA*. Section 14.06(4), on its own wording, does not support the interpretation urged upon this Court by GTL.

point concernant l’art. 14.06 sur lequel toutes les parties au présent litige ont pu s’entendre est le fait que ce [TRADUCTION] « n’est pas un modèle de clarté » (motifs de la Cour d’appel, par. 201). Vu la confusion semée par les tentatives d’interpréter l’art. 14.06 comme un régime cohérent lors du présent litige, le Parlement pourrait fort bien vouloir réexaminer cet article durant sa prochaine étude de la *LFI*.

[73] Fondamentalement, le présent pourvoi porte sur la question de savoir s’il existe un conflit entre une loi albertaine en particulier et la *LFI*. GTL soutient que oui et affirme que, comme il a « renoncé » aux biens faisant l’objet de la renonciation en vertu du par. 14.06(4) de la *LFI*, il peut cesser d’assumer toute responsabilité ou obligation ou tout engagement à l’égard de ces biens. Pourtant, aux dires de GTL, en tant que « titulaire de permis », il reste chargé de les abandonner. De plus, ceux-ci sont toujours inclus dans le calcul de la CGR de Redwater. GTL prétend qu’il y a un autre conflit avec le par. 14.06(2) de la *LFI* du fait que sa responsabilité personnelle comme « titulaire de permis » peut être engagée relativement aux frais d’abandon des biens faisant l’objet de la renonciation.

[74] J’ai conclu à l’absence de conflit. Différents arguments ont été présentés lors du pourvoi au sujet des éléments disparates du régime instauré par l’art. 14.06. Cependant, la disposition qu’invoque en fait GTL pour affirmer avoir le droit d’échapper à ses responsabilités en tant que « titulaire de permis » en application de la législation albertaine est le par. 14.06(4). Rappelons que GTL et l’organisme de réglementation proposent des interprétations fort différentes du par. 14.06(4). Toutefois, à la simple lecture de ses termes, le par. 14.06(4) est clair et sans équivoque : lorsqu’il est invoqué par un syndic, « le syndic est dégagé de toute responsabilité personnelle » découlant du non-respect de certaines ordonnances environnementales ou relativement aux frais engagés par toute personne exécutant ces ordonnances. La disposition ne dit rien à propos de la responsabilité du « failli » ou de l’« actif », des notions distinctes mentionnées à maintes reprises dans la *LFI*. Le texte même du par. 14.06(4) n’étaye pas l’interprétation que GTL nous exhorte à retenir.

[75] In my view, s. 14.06(4) sets out the result of a trustee's "disclaimer" of real property when there is an order to remedy any environmental condition or damage affecting that property. Regardless of whether "disclaimer" is understood as a common law power or as a power deriving from some other statutory source, the result of a trustee's "disclaimer" of real property where an environmental order has been made in relation to that property is that the trustee is protected from personal liability, while the ongoing liability of the bankrupt estate is unaffected. The interpretation of s. 14.06(4) as being concerned with the personal liability of the trustee and not with the liability of the bankrupt estate is supported not only by the plain language of the section, but also by the Hansard evidence, a previous decision of this Court and the French version of the section. Furthermore, not only is the plain meaning of the words "personally liable" clear, but the same concept is also found in both s. 14.06(1.2) and s. 14.06(2), which specifically state that the trustee is not personally liable. In particular, in my view, it is impossible to coherently read s. 14.06(2) as referring to personal liability and yet read s. 14.06(4) as somehow referring to the liability of the bankrupt estate.

[76] Given that s. 14.06(4) dictates that "disclaimer" only protects trustees from personal liability, then, even assuming that GTL successfully "disclaimed" in this case, no operational conflict or frustration of purpose results from the fact that the Regulator requires GTL, as a "licensee", to expend estate assets on abandoning the Renounced Assets. Furthermore, no conflict is caused by continuing to include the Renounced Assets in the calculation of Redwater's LMR. Finally, given the restraint with which the doctrine of paramountcy must be applied, and given that the Regulator has not attempted to hold GTL personally liable as a "licensee" for the costs of abandonment, no conflict with s. 14.06(2) or s. 14.06(4) is caused by the mere theoretical possibility of personal liability under the *OGCA* or the *Pipeline Act*.

[75] À mon avis, le par. 14.06(4) expose le résultat d'une « renonciation » du syndic à un bien réel en cas d'ordonnance de réparation de tout fait ou dommage lié à l'environnement et touchant ce bien. Que l'on voit la « renonciation » comme un pouvoir reconnu par la common law ou un pouvoir découlant d'une quelconque autre source législative, la « renonciation » d'un syndic à des biens réels en réaction à une ordonnance environnementale visant ces biens dégage le syndic de toute responsabilité personnelle, alors que la responsabilité continue de l'actif du failli n'est pas touchée. L'idée que le par. 14.06(4) vise la responsabilité personnelle du syndic, et non celle de l'actif du failli, est étayée non seulement par le texte clair de l'article, mais également par les débats parlementaires, un arrêt de notre Cour et la version française de l'article. De plus, non seulement le sens ordinaire des mots « responsabilité personnelle » est-il clair, mais on retrouve également le même concept aux par. 14.06(1.2) et (2), lesquels disposent expressément que le syndic est déchargé de toute responsabilité personnelle. En particulier, il me paraît impossible d'interpréter de manière cohérente le par. 14.06(2) comme mentionnant la responsabilité personnelle tout en interprétant le par. 14.06(4) comme renvoyant d'une façon ou d'un autre à la responsabilité de l'actif du failli.

[76] Comme le par. 14.06(4) dispose que la « renonciation » dégage uniquement le syndic de toute responsabilité personnelle, à supposer même que GTL ait « renoncé » avec succès à des biens en l'espèce, l'organisme de réglementation ne cause aucun conflit d'application ni n'entrave la réalisation d'un objet fédéral en exigeant de GTL à titre de « titulaire de permis » qu'il se serve d'éléments de l'actif pour abandonner les biens faisant l'objet de la renonciation. En outre, il n'y a aucun conflit du fait que ces biens soient toujours inclus dans le calcul de la CGR de Redwater. Enfin, vu la retenue avec laquelle il faut appliquer la doctrine de la prépondérance, et vu que l'organisme de réglementation n'a pas tenté de tenir GTL personnellement responsable en tant que « titulaire de permis » des frais d'abandon, aucun conflit avec les par. 14.06(2) ou (4) n'est causé par la simple possibilité théorique de responsabilité personnelle en application de la *OGCA* ou de la *Pipeline Act*.

[77] In what follows, I will begin by interpreting s. 14.06(4) and explaining why, based on its plain wording and other relevant considerations, the provision is concerned solely with the personal liability of the trustee, and not with the liability of the bankrupt estate. I will then explain how, despite their superficial similarity, s. 14.06(4) and s. 14.06(2) have different rationales, and I will demonstrate that, on a proper understanding of the scheme crafted by Parliament, s. 14.06(4) does not affect the liability of the bankrupt estate. To conclude, I will demonstrate that there is no operational conflict or frustration of purpose between the Alberta legislation and s. 14.06 of the BIA in this case, with particular reference to the question of GTL’s protection from personal liability.

- (1) The Correct Interpretation of Section 14.06(4)
- (a) *Section 14.06(4) Is Concerned With the Personal Liability of Trustees*

[78] I have concluded that s. 14.06(4) is concerned with the personal liability of trustees, and not with the liability of the bankrupt estate. I emphasize here the well-established principle that, “[w]hen a federal statute can be properly interpreted so as not to interfere with a provincial statute, such an interpretation is to be applied in preference to another applicable construction which would bring about a conflict between the two statutes” (*Canadian Western Bank*, at para. 75, quoting *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, at p. 356).

[79] Section 14.06(4) says nothing about the “bankrupt estate” avoiding the applicability of valid provincial law. In drafting s. 14.06(4), Parliament could easily have referred to the liability of the bankrupt estate. Parliament chose instead to refer simply to the personal liability of a trustee. Notably, s. 14.06(7) and s. 14.06(8) both refer to a “debtor in a bankruptcy”. Parliament’s choice in this regard cannot be ignored. I agree with Martin J.A. that there is no basis on which to read the words “the trustee is not personally liable” in s. 14.06(4) as encompassing the liability of the bankrupt estate. As noted by Martin J.A., it

[77] Dans les paragraphes qui suivent, je vais d’abord interpréter le par. 14.06(4) et expliquer pourquoi, compte tenu de sa formulation claire et d’autres considérations pertinentes, la disposition ne concerne que la responsabilité personnelle du syndic, et non la responsabilité de l’actif du failli. Je vais ensuite expliquer en quoi, malgré leur similitude superficielle, la raison d’être du par. 14.06(4) diffère de celle du par. 14.06(2), et démontrer que, si l’on comprend bien le régime conçu par le Parlement, le par. 14.06(4) n’influe pas sur la responsabilité de l’actif du failli. Pour conclure, je démontrerai qu’il n’y a aucun conflit d’application ni aucune entrave à la réalisation d’un objet fédéral entre la législation albertaine et l’art. 14.06 de la *LFI* dans la présente affaire, particulièrement en ce qui a trait à la protection de GTL contre toute responsabilité personnelle.

- (1) L’interprétation juste du par. 14.06(4)
- a) *Le paragraphe 14.06(4) s’attache à la responsabilité personnelle du syndic*

[78] J’ai conclu que le par. 14.06(4) s’attache à la responsabilité personnelle du syndic et non à la responsabilité de l’actif du failli. Je souligne ici le principe bien établi selon lequel « [c]haque fois qu’on peut légitimement interpréter une loi fédérale de manière qu’elle n’entre pas en conflit avec une loi provinciale, il faut appliquer cette interprétation de préférence à toute autre qui entraînerait un conflit » (*Banque canadienne de l’Ouest*, par. 75, citant *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, p. 356).

[79] Le paragraphe 14.06(4) est muet à propos de « l’actif du failli » qui évite l’applicabilité d’une loi provinciale valide. Lorsqu’il a rédigé le par. 14.06(4), le Parlement aurait pu aisément parler de la responsabilité de l’actif du failli. Le Parlement a plutôt choisi de mentionner uniquement la responsabilité personnelle du syndic. Fait à noter, les par. 14.06(7) et (8) parlent tous deux du « débiteur ». Ce choix du Parlement ne peut être ignoré. Je conviens avec la juge d’appel Martin qu’il n’y a aucune raison de considérer que les mots « le syndic est [. . .] dégage de toute responsabilité personnelle » figurant

is apparent from the express language chosen by Parliament that s. 14.06(4) was motivated by and aimed at concerns about the protection of trustees, not the protection of the full value of the estate for creditors. Nothing in the wording of s. 14.06(4) suggests that it was intended to extend to estate liability.

[80] The Hansard evidence leads to the same conclusion. Jacques Hains, Director, Corporate Law Policy Directorate, Department of Industry Canada, noted the following during the 1996 debates preceding the enactment of s. 14.06(4) in 1997:

The aim is to provide a better definition of the liability of insolvency professionals and practitioners in order to encourage them to accept mandates where there may be problems related to the environment. It is hoped that this will reduce the number of abandoned sites both for the benefit of the environment and the safeguard of businesses and jobs.

(Standing Committee on Industry, *Evidence*, No. 16, 2nd Sess., 35th Parl., June 11, 1996, at 15:49-15:55, as cited in C.A. reasons, at para. 197.)

Several months later, Mr. Hains stated:

What Parliament tried to do in 1992 was to provide a relief to insolvency practitioners . . . because they were at risk when they accepted a mandate to liquidate an insolvent business. Under environmental laws, therefore, they could have been subject to personal liability to clean up the environment. I am speaking of personal liability here, meaning “out of their own pockets.”

(*Proceedings of the Standing Committee on Banking, Trade and Commerce*, No. 13, 2nd Sess., 35th Parl., November 4, 1996, at p. 15)

Mr. Hains proceeded to explain how the 1997 amendments were intended to improve on the 1992 reforms to the *BIA* that had included the original version of s. 14.06(2) (as discussed further below), but he gave

au par. 14.06(4) visent la responsabilité de l’actif du failli. Comme l’a signalé la juge Martin, il ressort des termes exprès choisis par le Parlement que le 14.06(4) découlait du souci de protéger les syndics et se voulait une réponse à ce souci, et non de protéger la pleine valeur de l’actif au bénéfice des créanciers. Le texte du par. 14.06(4) ne porte aucunement à croire qu’il devait s’étendre à la responsabilité de l’actif.

[80] Les débats parlementaires mènent à la même conclusion. Jacques Hains, directeur de la Direction de la politique des lois commerciales au ministère d’Industrie Canada, a souligné ce qui suit pendant les débats tenus en 1996 avant l’adoption du par. 14.06(4) l’année suivante :

L’objectif est de mieux définir la responsabilité des professionnels de l’insolvabilité, des praticiens de façon à les encourager à accepter des mandats où il pourrait peut-être y avoir des problèmes en matière d’environnement, de façon à réduire le nombre de sites abandonnés au pays, pour le bénéfice de l’environnement et la sauvegarde des entreprises et des emplois qui en dépendent.

(Comité permanent de l’industrie, *Témoignages*, n° 16, 2^e sess., 35^e lég., 11 juin 1996, entre 15 h 49 et 15 h 55, cité dans les motifs de la Cour d’appel, par. 197.)

Plusieurs mois plus tard, M. Hains a mentionné que :

[L]es dispositions [ont été] adoptées par le Parlement en 1992 en vue d’alléger le fardeau de ceux qui travaillent dans le domaine de l’insolvabilité [. . .] parce que le mandat de liquider une entreprise insolvable leur impose des risques. En vertu du droit environnemental, par conséquent, ils auraient pu être tenus personnellement responsables d’un accident environnemental et obligés de verser les dommages-intérêts.

(*Délibérations du comité sénatorial permanent des Banques et du commerce*, n° 13, 2^e sess., 35^e lég., 4 novembre 1996, p. 16)

M. Hains a ensuite expliqué en quoi les modifications de 1997 visaient à améliorer la réforme de la *LFI* en 1992 qui comprenait la première version du par. 14.06(2) (comme nous le verrons plus loin), mais

no indication that the focus had somehow shifted away from a trustee's "personal liability".

[81] Prior to the enactment of the 1997 amendments, G. Marantz, Legal Advisor to the Department of Industry Canada, noted that they were intended to "provide the trustee with protection from being chased with deep-pocket liability" (Standing Committee on Industry, *Evidence*, No. 21, 2nd Sess., 35th Parl., September 25, 1996, at 17:15, as cited in C.A. reasons, at para. 198). I agree with the Regulator that the legislative debates give no hint of any intention by Parliament to immunize bankrupt estates from environmental liabilities. The notion that s. 14.06(4) was aimed at encouraging trustees in bankruptcy to accept mandates, and not at limiting estate liability, is further supported by the fact that the provision was inserted under the general heading "Appointment and Substitution of Trustees".

[82] Furthermore, in drafting s. 14.06(4), Parliament chose to use exactly the same concept it had used earlier in s. 14.06(2): by their express wording, where either provision applies, a trustee is not "personally liable". This cannot have been an oversight given that s. 14.06(4) was added to the *BIA* some five years after the enactment of s. 14.06(2). Since both provisions deal expressly with the protection of trustees from being "personally liable", it is very difficult to accept that they could be concerned with different kinds of liability. By their wording, s. 14.06(2) and s. 14.06(4) are clearly both concerned with the same concept. Indeed, if one interprets s. 14.06(4) as extending to estate liability, then there is no principled reason not to interpret s. 14.06(2) in the same way. However, it is undisputed that this was not Parliament's intention in enacting s. 14.06(2).

[83] Similarly, Parliament has also chosen to use the same concept found in both s. 14.06(4) and s. 14.06(2) in a third part of the 14.06 scheme, namely s. 14.06(1.2). This provision states that a trustee carrying on the business of a debtor or continuing the employment of a debtor's employees is

il n'a pas laissé entendre que l'accent n'était plus mis sur la « responsabilité personnelle » du syndic.

[81] Avant l'adoption des modifications de 1997, Gordon Marantz, conseiller juridique au ministère d'Industrie Canada, a fait remarquer qu'elles visaient à « empêcher le syndic d'être poursuivi pour de fortes sommes » (Comité permanent de l'industrie, *Témoignages*, n° 21, 2^e sess., 35^e lég., 25 septembre 1996, à 17 h 15, cité dans les motifs de la Cour d'appel, par. 198)). Je conviens avec l'organisme de réglementation que les débats législatifs ne donnent aucun indice d'une intention du Parlement de mettre les biens des faillis à l'abri de toute responsabilité environnementale. L'idée que le par. 14.06(4) avait pour objectif d'inciter les syndics de faillite à accepter des mandats, et non de limiter la responsabilité de l'actif, est étayée davantage par l'insertion de la disposition sous la rubrique générale « Nomination et remplacement des syndics ».

[82] De plus, au moment de rédiger le par. 14.06(4), le Parlement a décidé d'utiliser la même notion qu'il avait employé précédemment au par. 14.06(2) : de par leur libellé explicite, lorsque l'une ou l'autre disposition s'applique, le syndic est dégagé de toute « responsabilité personnelle ». Il ne peut s'agir d'une erreur, car le par. 14.06(4) a été inséré dans la *LFI* quelque cinq ans après l'adoption du par. 14.06(2). Puisque les deux dispositions visent expressément à protéger les syndics contre toute « responsabilité personnelle », il est très difficile d'accepter qu'elles puissent concerner différents types de responsabilité. D'après leurs termes, le par. 14.06(2) et le par. 14.06(4) traitent manifestement du même concept. En effet, si l'on considère que le par. 14.06(4) s'étend à la responsabilité de l'actif, il n'y a aucune raison de principe de ne pas donner la même interprétation au par. 14.06(2). Toutefois, personne ne conteste que ce n'était pas l'intention qu'avait le Parlement au moment d'adopter le par. 14.06(2).

[83] Dans le même ordre d'idées, le Parlement a aussi choisi d'utiliser la même notion figurant aux par. 14.06(4) et 14.06(2) dans une troisième partie du régime établi par l'art. 14.06, soit le par. 14.06(1.2). Selon cette disposition, le syndic qui continue l'exploitation de l'entreprise du débiteur ou lui succède

not “personally liable” in respect of certain enumerated liabilities, including as a successor employer. Although this provision is not directly raised in this litigation, by its own terms, it clearly does not and cannot refer to the liability of the bankrupt estate. Again, it is difficult to conceive of how Parliament could have specified that a trustee is not “personally liable”, using the ordinary, grammatical sense of that phrase, in both s. 14.06(1.2) and s. 14.06(2), but then intended the phrase to be read in a completely different and illogical manner in s. 14.06(4). All three provisions refer to the personal liability of a trustee, and all three must be interpreted consistently. Indeed, I note that the concept of a trustee being “not personally liable” is also used consistently in other parts of the *BIA* unrelated to the s. 14.06 scheme — see, for example, s. 80 and s. 197(3).

[84] This interpretation of s. 14.06(4) is also bolstered by the French wording of s. 14.06. The French versions of both s. 14.06(2) and s. 14.06(4) refer to a trustee’s protection from personal liability “*ès qualités*”. This French expression is defined by *Le Grand Robert de la langue française* (2nd ed. 2001) dictionary as referring to someone acting “*à cause d’un titre, d’une fonction particulière*”, which, in English, would mean acting by virtue of a title or specific role. The *Robert & Collins* dictionary (online) translates “*ès qualités*” as in “one’s official capacity”. In using this expression in s. 14.06(4), Parliament is therefore stating that, where “disclaimer” properly occurs, a trustee, in its capacity as trustee, for orders to remedy any environmental condition or damage affecting the “disclaimed” property. These provisions are clearly not concerned with the concept of estate liability. The French versions of s. 14.06(2) and s. 14.06(4) thus utilize identical language to describe the limitation of liability they offer trustees. It is almost impossible to conceive of Parliament using identical language in two such closely related provisions and yet intending different meanings. Accordingly, a trustee is not personally liable in its

comme employeur est déchargé de toute « responsabilité personnelle » à l’égard de certains engagements énumérés, notamment comme successeur de l’employeur. Bien qu’elle n’ait pas été directement soulevée en l’espèce, cette disposition, de par ses propres termes, ne traite manifestement pas et ne peut traiter de la responsabilité de l’actif du failli. Là encore, il est difficile de concevoir comment le Parlement aurait pu préciser qu’un syndic est « déchargé de toute responsabilité personnelle » suivant le sens ordinaire et grammatical de cette expression au par. 14.06(1.2) et au par. 14.06(2), et souhaiter par la suite que l’on donne à cette expression une interprétation tout à fait différente et illogique au par. 14.06(4). Les trois dispositions traitent toutes de la responsabilité personnelle d’un syndic et il faut les interpréter uniformément. En effet, je signale que l’idée selon laquelle le syndic est « déchargé de toute responsabilité personnelle » est aussi reprise systématiquement dans d’autres parties de la *LFI* étrangères au régime de l’art. 14.06, par exemple l’art. 80 et le par. 197(3).

[84] L’interprétation qui précède du par. 14.06(4) est également renforcée par la version française de l’art. 14.06. Les versions françaises des par. 14.06(2) et (4) indiquent que le syndic est, « *ès qualités* », déchargé de toute responsabilité personnelle. Selon le dictionnaire *Le Grand Robert de la langue française* (2^e éd. 2001), cette expression française désigne la personne qui agit « *à cause d’un titre, d’une fonction particulière* »; en anglais, elle désigne la personne agissant « *by virtue of a title or specific role* ». Dans le dictionnaire *Robert & Collins* (en ligne), cette expression décrit la personne qui agit en « *one’s official capacity* ». En utilisant cette expression au par. 14.06(4), le Parlement prévoit ainsi qu’en cas de « renonciation » valide, le syndic est, *ès qualités*, déchargé de toute responsabilité personnelle à l’égard d’ordonnance de réparation de tout fait ou dommage lié à l’environnement et touchant le bien auquel il a été « renoncé ». Ces dispositions ne portent manifestement pas sur la notion de responsabilité de l’actif. Les versions françaises des par. 14.06(2) et (4) emploient donc les mêmes mots pour décrire la limitation de responsabilité qu’elles offrent aux syndics. Il est presque impossible de concevoir que le Parlement emploie les mêmes termes dans deux

official capacity as representative of the bankrupt estate where it invokes s. 14.06(4).

[85] Prior to this litigation, the case law on s. 14.06 was somewhat scarce. However, this Court has considered the s. 14.06 scheme once before, in *GMAC Commercial Credit Corp. — Canada v. T.C.T. Logistics Inc.*, 2006 SCC 35, [2006] 2 S.C.R. 123. In that case, comments made by both the majority and the dissenting judge support my conclusion that s. 14.06(4) is concerned only with the personal liability of trustees. Abella J., writing for the majority, explained that “where Parliament has intended to confer immunity on trustees or receivers from certain claims, it has done so explicitly” (para. 67). As examples of this principle, she referred to 14.06(1.2) and, most notably for our purposes, to s. 14.06(4), which she described as follows: “trustee immune in certain circumstances from environmental liabilities” (para. 67). In her dissent, Deschamps J. explained that a “trustee is not personally bound by the bankrupt’s obligations” (para. 91). She noted that trustees are protected by the provisions that confer immunity upon them, including s. 14.06 (1.2), (2) and (4).

[86] Although the dissenting reasons focus on the source of the “disclaimer” power in s. 14.06(4), nothing in this case turns on either the source of the “disclaimer” power or on whether GTL successfully “disclaimed” the Renounced Assets. I would note that, while the dissenting reasons rely on a purported common law power of “disclaimer”, the Court has been referred to no cases — and the dissenting reasons have cited none — demonstrating the existence of a common law power allowing trustees to “disclaim” *real property*. In any case, regardless of the source of the “disclaimer” power, nothing in s. 14.06(4) suggests that, where a trustee does “disclaim” real property, the result is that it is simply free to walk away from the environmental orders applicable to it. Quite the contrary — the provision is clear that, where an environmental order has been made,

dispositions aussi intimement liées et leur attribue pourtant des sens différents. En conséquence, le syndic est déchargé de toute responsabilité personnelle en sa qualité officielle de représentant de l’actif du failli lorsqu’il invoque le par. 14.06(4).

[85] Avant le présent litige, la jurisprudence sur l’art. 14.06 était relativement peu abondante. Notre Cour a cependant examiné le régime de l’art. 14.06 une fois auparavant, dans *Société de crédit commercial GMAC — Canada c. T.C.T. Logistics Inc.*, 2006 CSC 35, [2006] 2 R.C.S. 123. Dans cet arrêt, les commentaires de la majorité et de la juge dissidente étayaient ma conclusion selon laquelle le par. 14.06(4) ne porte que sur la responsabilité personnelle des syndics. La juge Abella a expliqué, au nom des juges majoritaires, que « lorsque le législateur a voulu protéger les syndics ou les séquestres contre certains recours, il l’a fait explicitement » (par. 67). À titre d’exemples de manifestation de ce principe, elle a cité le par. 14.06(1.2) et, notamment pour les fins qui nous occupent, le par. 14.06(4), qu’elle a décrits ainsi : « protection du syndic dans certaines circonstances contre les ordonnances en matière environnementale » (par. 67). Dans ses motifs dissidents, la juge Deschamps a expliqué que le « [syndic] n’est pas tenu personnellement aux obligations du failli » (par. 91). Elle a signalé que les syndics étaient protégés par les dispositions qui leur conféraient une immunité, dont les par. 14.06 (1.2), (2) et (4).

[86] Bien que les motifs dissidents mettent l’accent sur la source du pouvoir de « renonciation » prévu au par. 14.06(4), la présente affaire ne porte aucunement sur la source de ce pouvoir ou sur la question de savoir si GTL a « renoncé » avec succès aux biens faisant l’objet de la renonciation. Je me contente de signaler brièvement que, même si les juges dissidents s’appuient sur un supposé pouvoir de « renonciation » en common law, les parties n’ont renvoyé à la Cour aucune décision — et les juges dissidents n’en ont cité aucune — attestant l’existence d’un pouvoir en common law qui permet au syndic de « renoncer » à un *bien réel*. Quoi qu’il en soit, peu importe la source de ce pouvoir, rien dans le par. 14.06(4) ne donne à penser que le syndic « renonçant » à des biens réels peut tout simplement se soustraire aux ordonnances

the result of an act of “disclaimer” is the cessation of personal liability. No effect of “disclaimer” on the liability of the bankrupt estate is specified. Had Parliament intended to empower trustees to walk away entirely from assets subject to environmental liabilities, it could easily have said so.

[87] Additionally, as I have mentioned, s. 14.06(4)’s scope is not narrowed to a “disclaimer” in its formal sense. Under s. 14.06(4)(a)(ii), a trustee is not personally liable for an environmental order where the trustee “abandons, disposes of or otherwise releases any interest in any real property”. This appeal does not, however, require us to decide what constitutes abandoning, disposing of or otherwise releasing real property for the purpose of s. 14.06(4), and I therefore leave the resolution of this question for another day. Nor does this appeal require us to decide the effects of a successful divestiture under s. 20 of the *BIA*. Section 20 of the *BIA* was not raised or relied upon by GTL as providing it with the authority to walk away from all responsibility, obligation or liability regarding the Renounced Assets.

[88] The dissenting reasons argue that certain other parts of the s. 14.06 scheme make the most sense if s. 14.06(4) limits estate liability. Other than s. 14.06(2), none of these provisions is in issue in this litigation, and none of them was relied on by GTL. Regardless, in view of the clear and unambiguous wording of s. 14.06(4), less weight should be given to its statutory context. This is particularly so given that the proposed alternative interpretation would require the Court to read words such as “personally” out of the subsection. As has been noted, when the words of a provision are precise and unequivocal, their ordinary meaning plays a dominant role in the interpretive process (*Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at para. 10). Ultimately, the consequences of a trustee’s “disclaimer” are clear — protection from personal liability, not from estate liability. There is no ambiguity on the face of s. 14.06(4). This Court has no

environnementales qui s’appliquent à eux. Bien au contraire, la disposition prévoit clairement que, si une ordonnance environnementale a été rendue, la « renonciation » emporte la cessation de la responsabilité personnelle. On ne fait état d’aucun effet de la renonciation sur la responsabilité de l’actif du failli. Si le Parlement avait voulu investir les syndics du pouvoir de délaisser entièrement les biens visés par des engagements environnementaux, il aurait pu le faire aisément.

[87] En outre, comme je l’ai mentionné, le par. 14.06(4) ne vise pas uniquement la « renonciation » au sens formel. D’après le sous-al. 14.06(4)(a)(ii), le syndic est dégagé de toute responsabilité personnelle à l’égard d’une ordonnance environnementale lorsqu’il « abandonne [. . .] tout intérêt sur le bien réel en cause, en dispose ou s’en dessaisit ». Le présent pourvoi ne nous oblige cependant pas à décider ce qui constitue l’abandon, la disposition ou le dessaisissement d’un bien réel pour l’application du par. 14.06(4), et je remets le règlement de ce point à une autre occasion. Le pourvoi ne nous oblige pas non plus à décider des effets d’une renonciation réussie en vertu de l’art. 20 de la LFI. GTL n’a pas invoqué cet article ni soutenu qu’il lui accordait le pouvoir d’abandonner toute responsabilité ou obligation ou tout engagement applicable aux biens faisant l’objet de la renonciation.

[88] D’après les juges dissidents, d’autres parties du régime de l’art. 14.06 sont plus sensées si le par. 14.06(4) limite la responsabilité de l’actif. À l’exception du par. 14.06(2), aucune de ces dispositions n’était en litige dans la présente affaire et aucune d’elles n’a été invoquée par GTL. Quoi qu’il en soit, étant donné le libellé clair et sans équivoque de ce paragraphe, le poids à accorder à son contexte législatif est amoindri. Cela est d’autant plus vrai que l’autre interprétation proposée obligerait la Cour à écarter des mots comme « personnelle » du paragraphe. Tel qu’il a été mentionné, lorsque le libellé d’une disposition est précis et sans équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle primordial dans le processus d’interprétation (*Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, par. 10). En dernière analyse, les conséquences de la « renonciation » du syndic sont claires : l’immunité contre la responsabilité personnelle, et non celle de l’actif.

option other than to accede to the clear intention of Parliament.

[89] I turn now to the relationship between s. 14.06(2) and (4).

(b) *How Section 14.06(4) Is Distinguishable From Section 14.06(2)*

[90] In this case, GTL relied solely on s. 14.06(4) in purporting to “disclaim” the Renounced Assets. However, as I will explain, GTL is fully protected from personal liability for the environmental liabilities associated with those assets whether it is understood as having “disclaimed” the Renounced Assets or not. However, it cannot simply “walk away” from the Renounced Assets in either case.

[91] Regardless of whether GTL can access s. 14.06(4) (in other words, regardless of whether it has “disclaimed”), it is already fully protected from personal liability in respect of environmental matters by s. 14.06(2). Section 14.06(2) protects trustees from personal liability for “any environmental condition that arose or environmental damage that occurred”, unless it is established that the condition arose or the damage occurred after the trustee’s appointment and as a result of their gross negligence or wilful misconduct. In this case, it is not disputed that the environmental condition or damage leading to the Abandonment Orders arose or occurred prior to GTL’s appointment. Section 14.06(2) provides trustees with protection from personal liability as broad as that provided by s. 14.06(4). Although, on the face of the provisions, there are two ways in which s. 14.06(4) may appear to offer broader protection, neither of them withstands closer examination.

[92] First, the Regulator submits that the protection offered by s. 14.06(4) should be distinguished from that offered by s. 14.06(2) on the basis that the former is concerned with orders while the latter is concerned with environmental obligations generally. I agree with the dissenting reasons that a persuasive distinction cannot be drawn between liability for an environmental condition or environmental damage

Le paragraphe 14.06(4) ne souffre à première vue d’aucune ambiguïté. Notre Cour n’a d’autre choix que d’accéder à l’intention manifeste du Parlement.

[89] Je passe maintenant au rapport entre les par. 14.06(2) et (4).

b) *La manière dont le par. 14.06(4) se distingue du par. 14.06(2)*

[90] En l’espèce, GTL s’est fondé uniquement sur le par. 14.06(4) pour prétendre « renoncer » aux biens faisant l’objet de la renonciation. Or, comme je l’expliquerai, que l’on considère ou non que GTL a « renoncé » aux biens en question, il est entièrement protégé contre toute responsabilité personnelle à l’égard des engagements environnementaux associés à ces biens. Toutefois, il ne peut tout simplement pas les « délaisser » dans un cas comme dans l’autre.

[91] Que GTL puisse ou non se prévaloir du par. 14.06(4) (autrement dit, qu’il ait « renoncé » ou non aux biens en question), il est déjà entièrement à l’abri de toute responsabilité personnelle en matière environnementale par application du par. 14.06(2). Ce paragraphe dégage les syndics de toute responsabilité personnelle découlant de « tout fait ou dommage lié à l’environnement », sauf celui causé par sa négligence grave ou son inconduite délibérée après sa nomination. En l’espèce, personne ne conteste que le fait ou dommage lié à l’environnement à l’origine des ordonnances d’abandon est survenu avant la nomination de GTL. Le paragraphe 14.06(2) offre aux syndics une protection contre toute responsabilité personnelle aussi large que celle fournie par le par. 14.06(4). Bien qu’à la lecture des dispositions, le par. 14.06(4) semble offrir de deux manières une protection plus large, aucune d’entre elles ne résiste à un examen plus approfondi.

[92] En premier lieu, l’organisme de réglementation soutient qu’il y a lieu de distinguer la protection offerte par le par. 14.06(4) de celle accordée par le par. 14.06(2) car le premier concerne les « ordonnances » tandis que le deuxième intéresse les obligations environnementales en général. Je conviens avec les juges dissidents qu’il est impossible d’établir une distinction convaincante entre la responsabilité d’un

(purportedly covered by s. 14.06(2)) and liability for failure to comply with an order to remedy such a condition or such damage (purportedly covered by s. 14.06(4)). As the dissenting reasons note, “[t]his distinction is entirely artificial” (para. 212). The underlying liability addressed through environmental orders is the liability provided for in s. 14.06(2): an “environmental condition that arose or environmental damage that occurred”. Second, on the face of s. 14.06(4), no exceptions are carved out for gross negligence or wilful misconduct post-appointment, unlike in s. 14.06(2). However, s. 14.06(4) is expressly made “subject to subsection (2)”. I agree with the dissenting reasons that the only possible interpretation of this proviso is that, where the trustee has caused an environmental condition or environmental damage through its wilful misconduct or gross negligence, the trustee will still be personally liable, regardless of its reliance on s. 14.06(4).

[93] It follows that s. 14.06(4) does not provide trustees with protection from personal liability any broader than the protection provided by s. 14.06(2). Despite this, in my view, Parliament had good reasons for enacting s. 14.06(4) in 1997. The first was to make it clear to trustees that they had complete protection from personal liability in respect of environmental conditions and damage (absent wilful misconduct or gross negligence), especially in situations where they have “disclaimed”. The Hansard evidence shows that one of the impetuses for the 1997 reforms was the desire of trustees for further certainty. The second was to clarify the effect of a trustee’s “disclaimer”, on the liability of the *bankrupt estate* for orders to remedy an environmental condition or damage. In other words, s. 14.06(4) makes it clear not just that a trustee who “disclaims” real property is exempt from personal liability under environmental orders applicable to that property, but also that the liability of the bankrupt estate is unaffected by such “disclaimer”.

fait ou dommage lié à l’environnement (prétendument visé par le par. 14.06(2)) et celle découlant du non-respect d’une ordonnance de réparation du fait ou dommage en question (prétendument visé par le par. 14.06(4)). Comme l’indiquent les motifs dissidents, « [c]ette distinction est tout à fait artificielle » (par. 212). La responsabilité sous-jacente sur laquelle portent les ordonnances environnementales découle du « fait ou dommage lié à l’environnement » et est prévue au par. 14.06(2). En second lieu, à la lecture du par. 14.06(4), celui-ci ne prévoit aucune exception pour négligence grave ou conduite délibérée après la nomination, contrairement au par. 14.06(2). Le paragraphe 14.06(4) s’applique toutefois expressément « sous réserve du paragraphe (2) ». Je suis d’accord avec les juges dissidents pour dire que, d’après la seule interprétation que l’on peut donner à cette disposition, le syndic ayant causé un fait ou un dommage lié à l’environnement par son conduite délibérée ou sa négligence grave engagerait toujours sa responsabilité personnelle même s’il invoque le par. 14.06(4).

[93] Ainsi, le par. 14.06(4) n’offre pas aux syndicats une protection contre la responsabilité personnelle plus large que celle fournie par le par. 14.06(2). Malgré cela, j’estime que le Parlement avait de bonnes raisons d’adopter le par. 14.06(4) en 1997. La première était de préciser aux syndicats qu’ils étaient entièrement dégagés de toute responsabilité personnelle à l’égard des faits et dommages liés à l’environnement (en l’absence d’inconduite délibérée ou de négligence grave), surtout dans des cas où ils ont « renoncé » à des biens. Les débats parlementaires indiquent que la réforme de 1997 prenait sa source notamment dans le vœu des syndicats d’obtenir une certitude accrue. La réforme visait aussi à clarifier l’effet qu’a la « renonciation » d’un syndic sur la responsabilité de l’*actif du failli* relativement aux ordonnances de réparation d’un fait ou dommage lié à l’environnement. En d’autres termes, il ressort du par. 14.06(4) non seulement que le syndic « renonçant » à des biens réels échappe à toute responsabilité personnelle à l’égard des ordonnances environnementales qui visent ces biens, mais aussi que pareille renonciation n’a aucune incidence sur la responsabilité de l’actif du failli.

[94] In 1992, Parliament turned its attention to the potential liability of trustees in the environmental context and enacted s. 14.06(2). The provision originally stated that trustees were protected from personal liability for any environmental condition that arose or any environmental damage that occurred “(a) before [their] appointment . . . or (b) after their appointment except where the condition arose or the damage occurred as a result of their failure to exercise due diligence”. The Hansard evidence demonstrates that trustees were unhappy with the original language of s. 14.06(2). As Mr. Hains explained, they complained that the due diligence standard was “too vague. No one knows what it does and it may vary from one case to another. With the vagueness of the standard and what may be required to satisfy it, and with the risk of personal liability, the trustees were not even interested in investigating how they might exercise due diligence” (*Proceedings of the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce*, No. 13, 2nd Sess., 35th Parl., November 4, 1996, at pp. 15-16).

[95] As a result, Parliament made reforms to the *BIA* in 1997. These reforms not only changed the standard of protection offered to trustees by s. 14.06(2) by adopting the current language, but also introduced s. 14.06(4). As is evident from their shared language, the provisions were intended to work together to clarify a trustee’s protection from personal liability for any environmental condition or damage. Section 14.06(4) provided the certainty that trustees had been seeking in the years prior to 1997. For the first time, it explicitly linked the concept of “disclaimer” to the scheme protecting trustees from environmental liability. Whether it is understood as a common law power or as a reference to other statutory provisions, the concept of “disclaimer” predates s. 14.06(4) itself, as well as the 1992 version of s. 14.06(2). “Disclaimer” is also applicable in other contexts, such as in relation to executory contracts, as discussed in *New Skeena Forest Products Inc. v. Don Hull & Sons Contracting Ltd.*, 2005 BCCA 154, 251 D.L.R. (4th) 328.

[94] En 1992, le Parlement s’est penché sur la responsabilité potentielle des syndics en matière environnementale et a édicté le par. 14.06(2). Cette disposition prévoyait au départ que le syndic était dégagé de toute responsabilité personnelle découlant d’un fait ou dommage lié à l’environnement survenu « a) avant sa nomination [. . .]; ou b) après sa nomination, sauf d’un fait ou dommage causé par son omission d’agir avec la prudence voulue ». Il appert des débats parlementaires que les syndics étaient insatisfaits du libellé initial du par. 14.06(2). Comme l’explique M. Hains, ils se sont plaints que la norme de diligence raisonnable était « trop vague. Nul ne sait comment l’interpréter, et les interprétations peuvent varier d’une affaire à l’autre. Étant donné le libellé trop vague de la norme, le fait que l’on ignore ce qu’il faut faire pour y satisfaire et le risque de responsabilité personnelle, les syndics ne cherchaient même pas à savoir de quelle manière ils pourraient faire preuve de diligence raisonnable. » (*Délibérations du comité sénatorial permanent des Banques et du commerce*, n° 13, 2^e sess., 35^e lég., 4 novembre 1996, p. 15-16).

[95] En conséquence, le Parlement a réformé la *LFI* en 1997. Cette réforme a non seulement modifié la norme visant la protection que le par. 14.06(2) offre aux syndics par l’adoption du texte actuel, mais elle a aussi introduit le par. 14.06(4). Comme le montrent à l’évidence les termes qu’ils ont en commun, les dispositions étaient censées s’appliquer ensemble pour clarifier l’immunité de responsabilité personnelle dont bénéficient les syndics à l’égard de tout fait ou dommage lié à l’environnement. Le paragraphe 14.06(4) leur offre la certitude qu’ils recherchaient avant 1997. Pour la première fois, il établissait en termes exprès un lien entre la notion de « renonciation » et le régime dégageant les syndics de toute responsabilité environnementale. Qu’on le voit comme un pouvoir de common law ou un renvoi à d’autres dispositions légales, le concept de « renonciation » précède le par. 14.06(4) lui-même ainsi que la version de 1992 du par. 14.06(2). Il peut aussi y avoir « renonciation » dans différents contextes, tel celui des contrats exécutoires étudiés dans *New Skeena Forest Products Inc. c. Don Hull & Sons Contracting Ltd.*, 2005 BCCA 154, 251 D.L.R. (4th) 328.

[96] Prior to 1997, the effects of a “disclaimer” of real property on environmental liability was unclear. In particular, it was unclear what effect “disclaimer” might have on the liability of the bankrupt estate, given that environmental legislation imposed liability based on the achievement of the status of owner, party in control or licensee (see J. Klimek, *Insolvency and Environment Liability* (1994), at p. 4-19). By enacting s. 14.06(4), Parliament clarified that the effect of the “disclaimer” of real property was to limit the personal liability of the trustee for orders to remedy any environmental condition or damage, but not to limit the liability of the bankrupt estate. Parliament could have merely updated the language of s. 14.06(2) in 1997, but this would have left the question of “disclaimer” and estate liability unaddressed. Knowledge of the impact of “disclaimer” could be important to a trustee who is deciding whether to accept a mandate. Section 14.06(4) thus went a considerable way towards resolving the vagueness of which trustees had complained prior to 1997.

[97] A notable aspect of the scheme crafted by Parliament is that s. 14.06(4) applies “[n]otwithstanding anything in any federal or provincial law”. In enacting s. 14.06(4), Parliament specified the effect of the “disclaimer” of real property solely in the context of *environmental orders*. The effect of “disclaimer” on liability in other contexts was not addressed. Parliament was concerned with orders to remedy any environmental condition or damage, where, liability frequently attaches based on the status of owner, party in control, or licensee. Parliament did not want trustees to think that they could avoid the estate’s environmental liability through the act of “disclaiming”. Accordingly, it used specific language indicating that the effect of the “disclaimer” of real property on orders to remedy an environmental condition or damage is merely that the trustee is not personally liable. It is possible that the effect of “disclaimer” on the liability of the bankrupt estate might be different in other contexts.

[96] Avant 1997, on ne savait pas quels effets la « renonciation » à des biens réels avait sur la responsabilité environnementale. Plus précisément, on ne connaissait pas l’effet que pouvait avoir la renonciation sur la responsabilité de l’actif du failli, vu que la législation environnementale imposait une responsabilité fondée sur l’acquisition du statut de propriétaire, de partie en possession du bien ou de titulaire de permis (voir J. Klimek, *Insolvency and Environment Liability* (1994), p. 4-19). En adoptant le par. 14.06(4), le Parlement a précisé que la « renonciation » à des biens réels avait pour effet de limiter la responsabilité personnelle du syndic, et non celle de l’actif du failli, aux ordonnances de réparation de tout fait ou dommage lié à l’environnement. Le Parlement aurait pu se contenter d’actualiser le texte du par. 14.06(2) en 1997, mais cela aurait laissé en suspens la question de la « renonciation » et de la responsabilité de l’actif. La connaissance de l’incidence de la « renonciation » pourrait avoir de l’importance pour le syndic qui décide d’accepter ou non un mandat. Le paragraphe 14.06(4) a donc dissipé considérablement l’imprécision dont se plaignaient les syndics avant 1997.

[97] Un aspect digne de mention du régime conçu par le Parlement est l’application du par. 14.06(4) « [p]ar dérogation au droit fédéral et provincial ». En adoptant ce paragraphe, le Parlement a précisé l’effet de la « renonciation » à des biens réels uniquement dans le contexte des *ordonnances environnementales*. L’effet de la « renonciation » sur la responsabilité dans d’autres contextes n’a pas été abordé. Le Parlement se souciait des ordonnances de réparation de tout fait ou dommage lié à l’environnement où la responsabilité est fréquemment engagée en raison du statut de propriétaire, de partie ayant le contrôle du bien ou de titulaire de permis. Le Parlement ne voulait pas que les syndics croient pouvoir échapper à la responsabilité environnementale de l’actif par la « renonciation ». Il a donc utilisé des termes précis pour indiquer que le seul effet de la « renonciation » à des biens réels sur des ordonnances de réparation d’un fait ou dommage lié à l’environnement est que le syndic est dégagé de toute responsabilité personnelle. Il se peut que la « renonciation » ait un effet différent sur la responsabilité de l’actif du failli dans d’autres contextes.

[98] Section 14.06(4) thus makes it clear that “disclaimer” by the trustee has no effect on the bankrupt estate’s continuing liability for orders to remedy any environmental condition or damage. The liability of the bankrupt estate is, of course, an issue with which s. 14.06(2) is absolutely unconcerned. Thus, it can be seen that s. 14.06(4) and s. 14.06(2) are not in fact the same — they may provide trustees with the same protection from personal liability, but only the former has any relevance to the question of estate liability. Section 14.06(2) protects trustees without having to be invoked by them — it does not speak to the results of a trustee’s “disclaimer”.

[99] Where a trustee has “disclaimed” real property, it is not personally liable under an environmental order applicable to that property, but the bankrupt estate itself remains liable. Of course, the fact that the bankrupt estate remains liable even where a trustee invokes s. 14.06(4) does not necessarily mean that the trustee must comply with environmental obligations in priority to all other claims. The priority of an environmental claim depends on the proper application of the *Abitibi* test, as I will discuss below.

[100] Accordingly, regardless of whether GTL is properly understood as having “disclaimed”, the result is the same. Given that the environmental condition or damage arose or occurred prior to GTL’s appointment, it is fully protected from personal liability by s. 14.06(2). However, “disclaimer” does not empower a trustee to simply walk away from the “disclaimed” assets when the bankrupt estate has been ordered to remedy any environmental condition or damage. The environmental liability of the bankrupt estate remains unaffected.

[101] I offer the following brief comment on the balance of the s. 14.06 scheme, although, as mentioned, none of those provision is actually in issue before this Court. The dissenting reasons argue that interpreting s. 14.06(4) as being concerned solely with the personal liability of trustees creates interpretive issues with the balance of the s. 14.06 scheme.

[98] Le paragraphe 14.06(4) établit donc clairement que la « renonciation » du syndic n’a aucun effet sur la responsabilité continue de l’*actif du failli* pour ce qui est des ordonnances de réparation de tout fait ou dommage lié à l’environnement. Bien entendu, il n’est absolument pas question de la responsabilité de l’actif du failli au par. 14.06(2). Ainsi, on constate que les par. 14.06(4) et (2) sont effectivement différents : ils fournissent peut-être aux syndics la même protection contre la responsabilité personnelle, mais seul le premier se rapporte à la responsabilité de l’actif. Le paragraphe 14.06(2) protège les syndics sans qu’ils aient à l’invoquer; il est muet sur les résultats de la « renonciation » d’un syndic.

[99] Le syndic ayant « renoncé » à des biens réels est dégagé de toute responsabilité personnelle à l’égard d’une ordonnance environnementale applicable à ces biens, mais l’actif du failli lui-même demeure responsable. Bien sûr, le fait que la responsabilité de l’actif du failli demeure engagée même lorsque le syndic invoque le par. 14.06(4) ne veut pas nécessairement dire que le syndic doit respecter les obligations environnementales et qu’elles ont priorité sur toutes les autres réclamations. La priorité d’une réclamation environnementale dépend de la bonne application du critère d’*Abitibi*, comme je l’expliquerai plus loin.

[100] En conséquence, peu importe si l’on considère que GTL a « renoncé » ou non à des biens, le résultat est le même. Puisque le fait ou dommage lié à l’environnement est survenu avant la nomination de GTL, ce dernier est entièrement protégé contre toute responsabilité personnelle par le par. 14.06(2). En revanche, la « renonciation » n’habilite pas le syndic à tout simplement délaisser les biens faisant l’objet de la renonciation quand on l’enjoint à réparer un fait ou dommage lié à l’environnement. La responsabilité environnementale de l’actif du failli demeure inchangée.

[101] J’aimerais faire de brèves observations sur le reste du régime de l’art. 14.06 même si, comme je l’ai mentionné, aucune de ces dispositions n’est de fait en litige devant notre Cour. Les juges dissidents soutiennent que l’on créerait des problèmes d’interprétation avec le reste du régime de l’art. 14.06 si on interprétait le par. 14.06(4) comme visant uniquement

In my view, this is not a reason to ignore the plain meaning of s. 14.06(4). No principle of statutory interpretation requires that the plain meaning of a provision be contorted to make its scheme more coherent. This Court has been tasked with interpreting s. 14.06(4), and, in my view, the wording of s. 14.06(4) admits of only one interpretation.

(2) There Is No Operational Conflict or Frustration of Purpose Between Section 14.06(2) and Section 14.06(4) of the BIA and the Alberta Regulatory Scheme

[102] The operational conflicts between the *BIA* and the Alberta legislation alleged by GTL arise from its status as a “licensee” under the *OGCA* and the *Pipeline Act*. As I have just demonstrated, s. 14.06(4) does not empower a trustee to walk away from all responsibilities, obligations and liabilities with respect to “disclaimed” assets. Rather, it clarifies a trustee’s protection from environmental personal liability and makes it clear that a trustee’s “disclaimer” does not affect the environmental liability of the bankrupt estate. Regardless of whether GTL effectively “disclaimed” the Renounced Assets, it cannot walk away from them. In light of the proper interpretation of s. 14.06(4), no operational conflict is caused by the fact that, under Alberta law, GTL, as a “licensee”, remains responsible for abandoning the Renounced Assets utilizing the remaining assets of the Redwater estate. Likewise, no operational conflict is caused by the fact that the end-of-life liabilities associated with the Renounced Assets continue to be included in the calculation of Redwater’s LMR.

[103] Thus, regardless of whether it has effectively “disclaimed”, s. 14.06(2) fully protects GTL from personal liability in respect of environmental matters affecting the Redwater estate. GTL notes that, on the face of the *OGCA* and the *Pipeline Act*, there is nothing specifically preventing the Regulator from holding it personally liable as a “licensee” for the costs of carrying out the Abandonment Orders. GTL submits that the mere possibility that it may

la responsabilité personnelle des syndicats. À mon avis, ces difficultés ne justifient pas que l’on fasse abstraction du sens clair du par. 14.06(4). Aucun principe d’interprétation législative ne requiert que l’on déforme le sens clair d’une disposition pour en rendre le régime plus cohérent. Notre Cour s’est vu confier la tâche d’interpréter le par. 14.06(4) et j’estime que son libellé ne permet qu’une seule interprétation.

(2) Il n’y a pas de conflit d’application ni d’entrave à la réalisation d’un objet fédéral entre les par. 14.06(2) et (4) de la LFI et le régime de réglementation de l’Alberta

[102] Les conflits d’application entre la *LFI* et la législation albertaine allégués par GTL résultent de sa qualité de « titulaire de permis » au sens de l’*OGCA* et de la *Pipeline Act*. Comme je viens de le démontrer, le par. 14.06(4) n’investit pas le syndic du pouvoir de se soustraire à l’ensemble des responsabilités, obligations ou engagements à l’égard de biens auxquels il a été « renoncé ». Il clarifie plutôt l’exonération de responsabilité personnelle dont jouit le syndic et précise que sa « renonciation » n’a aucune incidence sur la responsabilité environnementale de l’actif du failli. Que GTL ait bel et bien « renoncé » ou non aux biens faisant l’objet de la renonciation, il ne peut les délaisser. Vu l’interprétation qu’il convient de donner au par. 14.06(4), aucun conflit d’application n’est imputable au fait que, suivant le droit albertain, GTL demeure, en qualité de « titulaire de permis », tenu d’abandonner les biens faisant l’objet de la renonciation et d’utiliser les autres éléments de l’actif de Redwater. De même, le fait que les obligations de fin de vie associées aux biens faisant l’objet de la renonciation sont toujours prises en compte dans le calcul de la CGR de Redwater ne donne lieu à aucun conflit d’application.

[103] Donc, qu’il ait « renoncé » effectivement ou non aux biens, GTL est entièrement protégé par le par. 14.06(2) contre toute responsabilité personnelle à l’égard de questions environnementales touchant l’actif de Redwater. GTL signale qu’à première vue, l’*OGCA* et la *Pipeline Act* n’empêchent aucunement en termes exprès l’organisme de réglementation de le tenir personnellement responsable, à titre de « titulaire de permis », du coût d’exécution

be held personally liable for abandonment under the Alberta legislation creates an operational conflict with the protection from personal liability provided by s. 14.06(2) of the *BIA*.

[104] There is no possibility of trustees facing personal liability for reclamation or remediation — they are specifically protected from such liability by the *EPEA*, absent wilful misconduct or gross negligence. GTL is correct that its potential personal liability for abandonment as a “licensee” is not similarly capped at estate assets under the *OGCA* and the *Pipeline Act*. The Regulator submits that “[w]hile the definition of a licensee does not explicitly provide that the receiver’s liability is limited to assets in the insolvency estate, such federal requirements are obviously read in to the provision and [are] explicitly included in other legislation administered by the [Regulator], namely the [*EPEA*]” (A.F., at para. 104 (footnote omitted)). For its part, GTL says that it is no answer that the Regulator’s practice is to impose liability only up to the value of the estate because, as ATB argues, without a specific statutory provision, “[p]ractices can change without notice” (ATB’s factum, at para. 106).

[105] I reject the proposition that the inclusion of trustees in the definition of “licensee” in the *OGCA* and the *Pipeline Act* should be rendered inoperative by the mere theoretical possibility of a conflict with s. 14.06(2). Such an outcome would be inconsistent with the principle of restraint which underlies paramountcy, as well as with the principles of cooperative federalism. The inclusion of trustees in the definition of “licensee” is an important part of the Alberta regulatory regime. It confers on them the privilege of operating the licensed assets of bankrupts while also ensuring that insolvency professionals are regulated during the lengthy periods of time when they manage oil and gas assets.

des ordonnances d’abandon. Toujours selon GTL, la simple possibilité que la législation albertaine l’oblige à effectuer l’abandon crée un conflit d’application avec l’exonération de responsabilité personnelle qu’accorde le par. 14.06(2) de la *LFI*.

[104] Les syndics ne peuvent être personnellement tenus de remplir des obligations de remise en état ou de décontamination — ils sont expressément exonérés de cette responsabilité par l’*EPEA* en l’absence d’inconduite délibérée ou de négligence grave de leur part. GTL a raison de dire que son éventuelle obligation, en tant que « titulaire de permis », de procéder à l’abandon n’est pas, de façon similaire, limitée aux éléments de l’actif en application de l’*OGCA* et de la *Pipeline Act*. L’organisme de réglementation fait valoir que, [TRADUCTION] « [b]ien que la définition de “titulaire de permis” ne prévoit pas explicitement que la responsabilité du séquestre se limite aux éléments de l’actif du failli, cette exigence fédérale figure manifestement par interprétation dans la disposition et est explicitement prévue dans une autre loi, à savoir [l’*EPEA*], qu’applique [l’organisme de réglementation] » (m.a., par. 104 (note en bas de page omise)). Pour sa part, GTL affirme que la pratique de l’organisme de réglementation de n’imposer une responsabilité que jusqu’à concurrence de la valeur de l’actif ne constitue pas une réponse valable, étant donné que, comme le prétend ATB, faute d’une disposition légale expresse, [TRADUCTION] « [l]es pratiques peuvent changer sans préavis » (mémoire d’ATB, par. 106).

[105] Je rejette la proposition selon laquelle l’ajout des syndics à la définition de « titulaire de permis » dans l’*OGCA* et la *Pipeline Act* devrait être déclaré inopérant en raison de la simple possibilité théorique de conflit avec le par. 14.06(2). Une telle issue serait incompatible avec le principe de la retenue qui sous-tend celui de la prépondérance fédérale, ainsi qu’avec le principe du fédéralisme coopératif. L’ajout des syndics à la définition de « titulaire de permis » constitue un aspect important du régime de réglementation albertain. Il leur confère le privilège d’exploiter les biens des faillis qui sont visés par des permis, tout en s’assurant que les professionnels de l’insolvabilité sont encadrés au cours des longues périodes pendant lesquelles ils gèrent les biens pétroliers et gaziers.

[106] Importantly, the situation in this case is completely different from the one before the Court in *Moloney*. In that case, Gascon J. rejected the argument that there was no operational conflict because the bankrupt could voluntarily pay a provincial debt post discharge or could choose not to drive. He noted that “the test for operational conflict cannot be limited to asking whether the respondent can comply with both laws by renouncing the protection afforded to him or her under the federal law or the privilege he or she is otherwise entitled to under the provincial law” (para. 60). In the instant case, GTL retains both the protection afforded to it under the federal law (no personal liability) and the privilege to which it is entitled under the provincial law (ability to operate the bankrupt’s assets in a regulated industry). GTL is not being asked to forego doing anything or to voluntarily pay anything. Nor is it urged that the Regulator could avoid conflict by declining to apply the impugned law during bankruptcy, as in *Moloney*, at para. 69. This is not a situation in which the Regulator might decline to apply the provincial law, but a situation in which the provincial law can be — and has been — applied during bankruptcy without conflict.

[107] According to the evidence in this case, the *OGCA* and the *Pipeline Act* have included trustees in the definition of “licensee” for 20 years now, and, in that time, the Regulator has never attempted to hold a trustee personally liable. The Regulator does not look beyond the assets remaining in the bankrupt estate in seeking compliance with the bankrupt’s environmental obligations. If the Regulator were to attempt to hold GTL personally liable under the Abandonment Orders, this would create an operational conflict between the *OGCA* and the *Pipeline Act*, and s. 14.06(2) of the *BIA*, rendering the former two Acts inoperative to the extent of the conflict. As it stands, however, GTL can both be protected from personal liability by s. 14.06(2) and comply with the Alberta regime in administering the Redwater estate as a “licensee”.

[106] Fait important, la situation en l’espèce est complètement différente de celle dont a été saisie notre Cour dans *Moloney*. Dans cette affaire, le juge Gascon a rejeté l’argument selon lequel il n’y avait pas de conflit d’application parce que le failli pouvait volontairement payer une dette provinciale postérieure à la libération ou choisir de ne pas conduire. Le juge Gascon a signalé que « l’analyse relative au conflit d’application ne saurait se limiter à la question de savoir si l’intimé peut se conformer aux deux lois en renonçant soit à la protection que lui offre la loi fédérale, soit au droit dont il bénéficie en vertu de la loi provinciale » (par. 60). Dans l’affaire qui nous occupe, GTL conserve à la fois la protection que lui confère la loi fédérale (aucune responsabilité personnelle) et le privilège auquel il a droit en vertu de la loi provinciale (faculté d’exploiter l’actif du failli dans une industrie réglementée). On ne demande pas à GTL de renoncer à faire quelque chose ni de payer volontairement quoi que ce soit. On ne soutient pas non plus que l’organisme de réglementation puisse éviter le conflit en refusant d’appliquer les mesures législatives contestées pendant la faillite (comme dans *Moloney*, par. 69). Nous ne sommes pas en présence d’une situation où l’organisme de réglementation pourrait refuser d’appliquer la loi provinciale, mais d’une situation où la loi provinciale peut être appliquée — et l’a été — pendant la faillite sans qu’il y ait de conflit.

[107] Selon la preuve produite en l’espèce, les définitions de « titulaire de permis » dans l’*OGCA* et la *Pipeline Act* incluent depuis une vingtaine d’années les syndicats et, durant cette période, l’organisme de réglementation n’a jamais essayé d’engager la responsabilité personnelle d’un syndic. L’organisme de réglementation ne va pas au-delà des éléments qui font encore partie de l’actif du failli en recherchant le respect de ses obligations environnementales. Si l’organisme de réglementation devait tenter d’obliger personnellement GTL à se conformer aux ordonnances d’abandon, cela engendrerait un conflit d’application entre, d’une part, l’*OGCA* et la *Pipeline Act* et, d’autre part, le par. 14.06(2) de la *LFI*, ce qui rendrait les deux premières lois inopérantes dans la mesure de ce conflit. Or, à l’heure actuelle, GTL peut à la fois être dégagé de toute responsabilité personnelle en vertu du par. 14.06(2) et respecter le régime albertain en administrant l’actif de Redwater à titre de « titulaire de permis ».

[108] The suggestion, in the dissenting reasons, that the Regulator is seeking to hold GTL personally liable is untrue. No one disputes that significant value remains in the Redwater estate. Although the Regulator's entitlement is, of course, dependent on the priorities established by the *BIA*, the history of this regulatory system demonstrates that there are ways for the Regulator to access that value without holding GTL personally liable. It is not this Court's role to mandate a particular mechanism for the Regulator to achieve that end. Even if this was not the case, the fact that Redwater's assets have already been sold and are currently being held in trust means that personal liability is no longer a concern. There is no operational conflict.

[109] I turn now to frustration of purpose. The chambers judge identified a number of purposes of s. 14.06 in his reasons. GTL relies on three of them, namely: "limit[ing] the liability of insolvency professionals, so that they will accept mandates despite environmental issues"; "reduc[ing] the number of abandoned sites in the country"; and "permit[ing] receivers and trustees to make rational economic assessments of the costs of remedying environmental conditions, and giv[ing] receivers and trustees the discretion to determine whether to comply with orders to remediate property affected by these conditions" (chambers judge's reasons, at paras. 128-29).

[110] The burden is on GTL to establish the specific purposes of s. 14.06(2) and s. 14.06(4) if it wishes to demonstrate a conflict. This has been described as a "high" burden, requiring "[c]lear proof of purpose" (*Lemare*, at para. 26). In my view, based on the plain wording of s. 14.06(2) and s. 14.06(4) (a "trustee is not personally liable") and the *Hansard* evidence, it is evident that the purpose of these provisions is to protect trustees from personal liability in respect of environmental matters affecting the estates they are administering.

[108] La suggestion faite dans les motifs dissidents selon laquelle l'organisme de réglementation tente d'engager la responsabilité personnelle de GTL est inexacte. Personne ne conteste que l'actif de Redwater a toujours une grande valeur. Bien que le droit de l'organisme de réglementation soit naturellement tributaire des priorités établies par la *LFI*, l'historique du régime de réglementation en cause démontre que l'organisme de réglementation dispose de moyens pour obtenir cette valeur sans engager la responsabilité personnelle de GTL. Il n'appartient pas à notre Cour de prescrire un mécanisme en particulier à cette fin. Même si ce n'était pas le cas, le fait que les biens de Redwater ont déjà été vendus et qu'ils sont actuellement détenus en fiducie signifie que la responsabilité personnelle ne pose plus problème. Il n'y a pas de conflit d'application.

[109] Je me penche maintenant sur l'entrave à la réalisation d'un objet fédéral. Le juge siégeant en cabinet a relevé dans ses motifs un certain nombre d'objets de l'art. 14.06. GTL s'appuie sur trois d'entre eux, à savoir : [TRADUCTION] « limiter la responsabilité des professionnels de l'insolvabilité, afin qu'ils acceptent des mandats en dépit des problèmes environnementaux »; « réduire le nombre de sites délaissés dans le pays »; et « permettre aux séquestres et aux syndic de procéder à des évaluations économiques rationnelles des coûts de réparation des faits liés à l'environnement, et donner aux séquestres ainsi qu'aux syndic le pouvoir discrétionnaire de déterminer s'il y a lieu de se conformer aux ordonnances de décontamination des biens touchés par ces faits » (motifs du juge siégeant en cabinet, par. 128-129).

[110] Il incombe à GTL d'établir les objectifs précis des par. 14.06(2) et (4) s'il souhaite démontrer qu'il y a conflit. Notre Cour a qualifié ce fardeau d'« élevé » et ajouté qu'il faut « une preuve claire de l'objet » (*Lemare*, par. 26). À mon avis, compte tenu du libellé clair des par. 14.06(2) et (4) (« le syndic est, ès qualité, dégagé de toute responsabilité personnelle ») et des débats parlementaires, l'objectif de ces dispositions est manifestement de dégager les syndic de toute responsabilité personnelle à l'égard de questions environnementales touchant l'actif qu'ils administrent.

[111] This purpose is not frustrated by the inclusion of trustees in the definition of “licensee” in the *OGCA* and the *Pipeline Act*. The Regulator’s position is that it would never attempt to hold a trustee personally liable. Trustees have been considered licensees under these Acts for over 20 years, and they have yet to face the scourge of personal liability. To find an essential part of Alberta’s regulatory regime inoperative based on the theoretical possibility of frustration of purpose would be inconsistent with the principles of paramountcy and cooperative federalism. To date, Alberta’s regulatory regime has functioned as intended without frustrating the purpose of s. 14.06(2) or s. 14.06(4) of the *BIA*.

[112] In arguing that s. 14.06 has the broader goals of reducing the number of abandoned sites (in the non-technical sense of “abandoned”) and encouraging trustees to accept mandates, GTL relies on what it calls “the available extrinsic evidence and the actual words and structure of that section” (GTL’s factum, at para. 91). In my view, the arguments it advances are insufficient for GTL to meet its high burden and demonstrate that the purpose of s. 14.06(2) and s. 14.06(4) should be defined as including these broader objectives. Reducing the number of unaddressed sites and encouraging trustees to accept mandates may be positive side effects of s. 14.06(2) and s. 14.06(4), but it is a stretch to see them as the purpose of the provisions. Like the provision at issue in *Lemare*, it is more plausible that they serve a “simple and narrow purpose” (para. 45).

[113] Regardless, even if it is assumed that such broader goals are part of the purpose of s. 14.06(2) and s. 14.06(4), the evidence does not show that they are frustrated by the inclusion of trustees in the statutory definition of “licensee”. Relying on statements made by GTL in the Second Report, ATB asserts that, if trustees continue to be considered licensees and if environmental claims continue to be binding on estates, then, in situations akin to that of the Redwater insolvency, trustees will refuse to accept appointments. The fact that, prior to this litigation, it had been settled in Alberta since at least

[111] Cet objectif n’est pas été entravé par l’ajout des syndics à la définition de « titulaire de permis » dans l’*OGCA* et la *Pipeline Act*. L’organisme de réglementation a soutenu qu’il n’essaierait jamais d’engager la responsabilité personnelle d’un syndic. Les syndics sont considérés comme des « titulaires de permis » dans ces lois depuis plus de 20 ans et ils n’ont pas encore été confrontés au fléau de la responsabilité personnelle. Déclarer inopérante une partie essentielle du régime de réglementation de l’Alberta en raison de la possibilité théorique d’entrave à un objectif fédéral irait à l’encontre des principes de la prépondérance fédérale et du fédéralisme coopératif. Jusqu’à présent, le régime de réglementation albertain fonctionne de la manière prévue sans entraver l’objectif des par. 14.06(2) ou (4) de la *LFI*.

[112] Pour soutenir que l’art. 14.06 a comme objectif général de réduire le nombre de sites abandonnés (au sens non technique du terme) et d’encourager les syndics à accepter des mandats, GTL se fonde sur ce qu’il appelle [TRADUCTION] « la preuve extrinsèque disponible et le libellé de cette disposition » (mémoire de GTL, par. 91). À mon avis, les arguments qu’il avance ne lui permettent pas de s’acquitter du fardeau élevé qui lui incombe et de démontrer que l’objectif des par. 14.06(2) et (4) devrait être défini de manière à inclure ces objectifs généraux. Réduire le nombre de sites délaissés et encourager les syndics à accepter des mandats peuvent être des effets secondaires positifs des par. 14.06(2) et (4), mais il serait exagéré de dire qu’il s’agit des objectifs de ces dispositions. Comme dans le cas de la disposition en litige dans *Lemare*, il est plus plausible que ces dispositions aient un « simple et restreint » (par. 45).

[113] Quoi qu’il en soit, même si l’on tient pour acquis que les par. 14.06(2) et (4) ont de tels objectifs généraux, la preuve ne démontre pas que la réalisation de ces objectifs est entravée par l’ajout des syndics à la définition légale de « titulaire de permis ». S’appuyant sur des affirmations de GTL dans le Deuxième rapport, ATB prétend que, si les syndics sont toujours considérés comme des « titulaires de permis » et les réclamations environnementales continuent de lier l’actif, les syndics refuseront la nomination dans des situations semblables à celle de l’insolvabilité de Redwater. À cette prétention

Northern Badger that certain ongoing environmental obligations in the oil and gas industry continue to be binding on bankrupt estates must be weighed against this bald allegation. It was also well established that the Regulator would never attempt to hold insolvency professionals personally liable for such obligations. As noted by the Canadian Association of Petroleum Producers, there is nothing to suggest that this well-established state of affairs has led insolvency professionals to refuse to accept appointments or has increased the number of orphaned sites. There is no reason why the Regulator and trustees cannot continue to work together collaboratively, as they have for many years, to ensure that end-of-life obligations are satisfied, while at same time maximizing recovery for creditors.

(3) Conclusion on Section 14.06 of the BIA

[114] There is no conflict between the Alberta legislation and s. 14.06 of the *BIA* that makes the definition of “licensee” in the former inapplicable insofar as it includes GTL. GTL continues to have the responsibilities and duties of a “licensee” to the extent that assets remain in the Redwater estate. Nonetheless, GTL submits that, even if it cannot walk away from the Renounced Assets by invoking s. 14.06(4), the environmental obligations associated with those assets are unsecured claims of the Regulator for the purposes of the *BIA*. GTL says that the order of priorities in the *BIA* requires it to satisfy the claims of Redwater’s secured creditors before the Regulator’s claims, which rank equally with the claims of other unsecured creditors. According to GTL, the Regulator’s attempts to use its statutory powers to prioritize its environmental claims conflict with the *BIA*. I will now consider this alleged conflict, which turns on the *Abitibi* test.

sommaire il faut opposer le fait qu’avant le présent litige, il était établi en Alberta, depuis au moins l’arrêt *Northern Badger*, que certaines obligations environnementales continues dans l’industrie pétrolière et gazière liaient toujours l’actif du failli. Il était aussi bien établi que l’organisme de réglementation n’aurait jamais essayé de tenir les professionnels de l’insolvabilité personnellement responsables de telles obligations. Comme l’a fait remarquer l’Association canadienne des producteurs pétroliers, rien n’indique que cet état de fait bien établi a conduit les professionnels de l’insolvabilité à refuser la nomination ou augmenté le nombre de sites orphelins. Il n’y a aucune raison pour laquelle l’organisme de réglementation et les syndicis ne peuvent pas poursuivre leur collaboration, comme ils le font depuis de nombreuses années, pour assurer le respect des obligations de fin de vie tout en maximisant le recouvrement au profit des créanciers.

(3) Conclusion sur l’art. 14.06 de la LFI

[114] Il n’y a aucun conflit entre la législation albertaine et l’art. 14.06 de la *LFI* par suite duquel la définition de « titulaire de permis » dans la première est inapplicable dans la mesure où elle vise GTL. Ce dernier conserve les responsabilités et obligations d’un « titulaire de permis » tant qu’il reste des éléments dans l’actif de Redwater. GTL plaide néanmoins que, même s’il ne peut délaisser les biens faisant l’objet de la renonciation en invoquant le par. 14.06(4), les obligations environnementales qui y sont associés sont des réclamations non garanties de l’organisme de réglementation pour l’application de la *LFI*. GTL affirme que l’ordre de priorités fixé dans la *LFI* l’oblige à acquitter les réclamations des créanciers garantis de Redwater avant celles de l’organisme de réglementation, lesquelles occupent le même rang que les réclamations des autres créanciers ordinaires. D’après GTL, les tentatives de l’organisme de réglementation d’utiliser les pouvoirs que lui accorde la loi pour faire primer ses réclamations environnementales entrent en conflit avec la *LFI*. Je vais maintenant me pencher sur ce conflit allégué, qui fait intervenir le critère d’*Abitibi*.

C. *The Abitibi Test: Is the Regulator Asserting Claims Provable in Bankruptcy?*

[115] The equitable distribution of the bankrupt's assets is one of the purposes of the *BIA*. It is achieved through the collective proceeding model. Creditors of the bankrupt wishing to enforce a claim provable in bankruptcy must participate in the collective proceeding. Their claims will ultimately have the priority assigned to them by the *BIA*. This ensures that the bankrupt's assets are distributed fairly. This model avoids inefficiency and chaos, thus maximizing global recovery for all creditors. For the collective proceeding model to be viable, creditors with provable claims must not be allowed to enforce them outside the collective proceeding.

[116] It is well established that a provincial law will be rendered inoperative in the context of bankruptcy where the effect of the law is to conflict with, reorder or alter the priorities established by the *BIA*. Both *Martin J.A.* and the chambers judge dealt with the altering of bankruptcy priorities under the frustration of purpose branch of paramourty. In my view, it could also be plausibly advanced that a provincial law that has the effect of reordering bankruptcy priorities is in operational conflict with the *BIA* — such was the conclusion in *Husky Oil*, at para. 87. For the purposes of this appeal, there is no need to decide which would be the appropriate branch of the paramourty analysis. Under either branch, the Alberta legislation authorizing the Regulator's use of its disputed powers will be inoperative to the extent that the use of these powers during bankruptcy alters or reorders the priorities established by the *BIA*.

[117] *GTL* says that this is precisely the effect of the obligations imposed on the Redwater estate by the Regulator through the use of its statutory powers, even if it cannot walk away from the Renounced Assets by invoking s. 14.06(4). Parliament has assigned a particular rank to environmental claims

C. *Le critère d'Abitibi : L'organisme de réglementation fait-il valoir des réclamations prouvables en matière de faillite?*

[115] La répartition équitable des biens du failli est l'un des objectifs de la *LFI*. Elle est réalisée par le truchement du modèle de la procédure collective. Les créanciers du failli souhaitant faire valoir une réclamation prouvable en matière de faillite doivent participer à la procédure collective. Leurs réclamations recevront en fin de compte la priorité qui leur a été attribuée par la *LFI*. Cela assure la répartition équitable des biens du failli. Ce modèle évite l'inefficacité et le chaos, maximisant ainsi le recouvrement global au profit de tous les créanciers. Pour que le modèle de la procédure collective soit viable, les créanciers ayant des réclamations prouvables ne doivent pas être autorisés à les faire valoir en dehors de la procédure collective.

[116] Il est bien établi qu'une loi provinciale devient inopérante dans le contexte d'une faillite si elle a pour effet d'entrer en conflit avec l'ordre de priorité établi par la *LFI*, de le réarranger ou de le modifier. Le juge *Martin* et le juge siégeant en cabinet ont tous les deux traité de la modification des priorités en matière de faillite en fonction du volet « entrave à la réalisation d'un objet fédéral » de la doctrine de la prépondérance. À mon avis, il pourrait aussi être plausiblement avancé qu'une loi provinciale ayant pour effet de réarranger les priorités en matière de faillite est en conflit d'application avec la *LFI*; telle était la conclusion dans *Husky Oil*, au par. 87. Pour les besoins du présent pourvoi, il n'est pas nécessaire de décider quel serait le bon volet de l'analyse relative à la prépondérance. Dans l'un ou l'autre volet, la loi albertaine autorisant l'organisme de réglementation à exercer ses pouvoirs contestés sera inopérante, dans la mesure où l'exercice de ces pouvoirs pendant la faillite modifie ou réarrange les priorités établies par la *LFI*.

[117] *GTL* affirme que, même si le fait d'invoquer le par. 14.06(4) ne lui permet pas de délaissier les biens faisant l'objet de la renonciation, les obligations imposées à l'actif de Redwater par l'organisme de réglementation au moyen de l'exercice des pouvoirs que lui confère la loi font exactement cela. Le

that are provable in bankruptcy. It is accepted that the limited super priority for environmental claims created by s. 14.06(7) of the *BIA* does not apply here, and accordingly, says GTL, the Regulator is an ordinary creditor as regards its environmental claims — in other words, neither a secured nor a preferred creditor. The Regulator's environmental claims are thus to be paid rateably with those of Redwater's other ordinary creditors under s. 141 of the *BIA*. GTL argues that, to comply with the Abandonment Orders or LMR requirements, the Redwater estate will have to expend funds prior to distributing its assets to the secured creditors, and that this amounts to the Regulator using its statutory powers to create for itself a priority in bankruptcy to which it is not entitled.

[118] However, only claims provable in bankruptcy must be asserted within the single proceeding. Other claims are not stayed upon bankruptcy and continue to be binding on the estate. In *Abitibi*, this Court clearly stated that not all environmental obligations enforced by a regulator will be claims provable in bankruptcy. As a matter of principle, bankruptcy does not amount to a licence to disregard rules. The Regulator says that it is not asserting any claims provable in the bankruptcy, so the Redwater estate must comply with its environmental obligations, to the extent that assets are available to do so.

[119] The resolution of this issue turns on the proper application of the *Abitibi* test for determining whether a particular regulatory obligation amounts to a claim provable in bankruptcy. To reiterate:

First, there must be a debt, a liability or an obligation to a creditor. Second, the debt, liability or obligation must be incurred *before the debtor becomes bankrupt*. Third, it must be possible to attach a *monetary value* to the debt, liability or obligation. [Emphasis in original; para. 26.]

Parlement a attribué un rang donné aux réclamations environnementales qui sont prouvables en matière de faillite. Il est admis que la superpriorité limitée créée par le par. 14.06(7) de la *LFI* pour les réclamations de cette nature ne s'applique pas en l'espèce et, en conséquence, affirme GTL, l'organisme de réglementation est un créancier ordinaire à l'égard de ces réclamations, c'est-à-dire qu'il n'est ni un créancier garanti ni un créancier privilégié. Les réclamations environnementales de l'organisme de réglementation doivent donc être acquittées au prorata avec celles des autres créanciers ordinaires de Redwater en application de l'art. 141 de la *LFI*. GTL soutient que, pour respecter les ordonnances d'abandon ou les exigences relatives à la CGR, il devra dépenser des fonds avant de partager ses biens entre les créanciers garantis. Cela équivaut, pour l'organisme de réglementation, à utiliser les pouvoirs que lui confère la loi pour se créer une priorité en matière de faillite à laquelle il n'a pas droit.

[118] Toutefois, on doit faire valoir uniquement les réclamations prouvables en matière de faillite dans le cadre de la procédure unique. Les réclamations non prouvables ne sont pas suspendues à la faillite et elles lient toujours l'actif. Dans l'arrêt *Abitibi*, notre Cour a clairement déclaré que les obligations environnementales appliquées par un organisme de réglementation ne sont pas toutes des réclamations prouvables en matière de faillite. En principe, la faillite n'équivaut pas à une autorisation de faire fi des règles. L'organisme de réglementation dit qu'il ne fait valoir aucune réclamation prouvable dans la faillite et que l'actif de Redwater doit respecter ses obligations environnementales dans la mesure des biens dont il dispose.

[119] Le règlement de cette question requiert que l'on applique correctement le critère d'*Abitibi* pour déterminer si une obligation réglementaire précise équivaut à une réclamation prouvable en matière de faillite. Il y a lieu de réitérer ce critère :

Premièrement, on doit être en présence d'une dette, d'un engagement ou d'une obligation envers un *créancier*. Deuxièmement, la dette, l'engagement ou l'obligation doit avoir pris naissance *avant que le débiteur ne devienne failli*. Troisièmement, il doit être possible d'attribuer une *valeur pécuniaire* à cette dette, cet engagement ou cette obligation. [En italique dans l'original; par. 26.]

[120] There is no dispute that in this appeal, the second part of the test is met. Accordingly, I will discuss only the first and the third parts of the test.

[121] In this Court, the Regulator, supported by various interveners, raised two concerns about how the *Abitibi* test has been applied, both by the courts below and in general. The first concern is that the “creditor” step of the *Abitibi* test has been interpreted too broadly in cases such as the instant appeal and *Nortel Networks Corp., Re*, 2013 ONCA 599, 368 D.L.R. (4th) 122 (“*Nortel CA*”), and that, in effect, this step of the test has become so pro forma as to be practically meaningless. The second concern has to do with the application of the “monetary value” step of the *Abitibi* test by the chambers judge and Slatter J.A. This step is generally called the “sufficient certainty” step, based on the guidance provided in *Abitibi*. The argument here is that the courts below went beyond the test established in *Abitibi* by focusing on whether Redwater’s regulatory obligations were “intrinsicly financial”. Under *Abitibi*, the sufficient certainty analysis should have focused on whether the Regulator would ultimately perform the environmental work and assert a monetary claim for reimbursement.

[122] In my view, both concerns raised by the Regulator have merit. As I will demonstrate, *Abitibi* should not be taken as standing for the proposition that a regulator is always a creditor when it exercises its statutory enforcement powers against a debtor. On a proper understanding of the “creditor” step, it is clear that the Regulator acted in the public interest and for the public good in issuing the Abandonment Orders and enforcing the LMR requirements and that it is, therefore, not a creditor of Redwater. It is the public, not the Regulator or the General Revenue Fund, that is the beneficiary of those environmental obligations; the province does not stand to gain

[120] Il est incontestable que, dans le présent pourvoi, la deuxième partie du critère est respectée. En conséquence, je ne traiterai que des première et troisième parties.

[121] Devant notre Cour, l’organisme de réglementation, avec l’appui de divers intervenants, a soulevé deux préoccupations quant à la façon dont le critère d’*Abitibi* avait été appliqué, tant par les tribunaux d’instance inférieure que par les cours en général. La première préoccupation concerne le fait que l’étape « créancier » du critère a reçu une interprétation trop large dans des affaires analogues à celle en l’espèce et *Nortel Networks Corp., Re*, 2013 ONCA 599, 368 D.L.R. (4th) 122 (« *Nortel CA* ») et qu’en réalité, cette étape du critère est si aisément franchie qu’elle n’est appliquée que pour la forme et qu’elle n’a pratiquement plus de sens. La seconde préoccupation a trait à l’application de l’étape « valeur pécuniaire » du critère d’*Abitibi* par le juge siégeant en cabinet et le juge Slatter. Cette étape reçoit généralement le nom de « certitude suffisante », compte tenu des directives données dans *Abitibi*. On soutient par là que les tribunaux d’instance inférieure sont allés au-delà du critère établi dans l’arrêt *Abitibi* en se concentrant sur la question de savoir si les obligations réglementaires de Redwater étaient « intrinsèquement financières ». Suivant l’arrêt *Abitibi*, l’analyse de la certitude suffisante aurait dû être axée sur la question de savoir si l’organisme de réglementation effectuerait lui-même, au bout du compte, les travaux environnementaux et ferait valoir une réclamation pécuniaire pour le remboursement.

[122] Les deux préoccupations exprimées par l’organisme de réglementation me paraissent fondées. Comme je vais le démontrer, l’arrêt *Abitibi* ne doit pas être considéré comme soutenant la thèse qu’un organisme de réglementation est toujours un créancier lorsqu’il exerce les pouvoirs d’application qui lui sont dévolus par la loi à l’encontre d’un débiteur. D’après le sens qu’il convient de donner à l’étape « créancier », il est clair que l’organisme de réglementation a agi dans l’intérêt public et pour le bien public en rendant les ordonnances d’abandon et en assurant le respect des exigences relatives à la CGR, et qu’il n’est donc pas un créancier de Redwater.

financially from them. Although this conclusion is sufficient to resolve this aspect of the appeal, for the sake of completeness, I will also demonstrate that the chambers judge erred in finding that, on these facts, there is sufficient certainty that the Regulator will ultimately perform the environmental work and assert a claim for reimbursement. To conclude, I will briefly comment on why the *effects* of the end-of-life obligations do not conflict with the priority scheme in the *BIA*.

(1) The Regulator Is Not a Creditor of Redwater

[123] The Regulator and the supporting interveners are not the first to raise issues with the “creditor” step of the *Abitibi* test. In the six years since *Abitibi* was decided, concerns about the “creditor” step and the fact that, as it is commonly understood, it will seemingly be satisfied in all — or nearly all — cases have also been expressed by academic commentators, such as A. J. Lund, “Lousy Dentists, Bad Drivers, and Abandoned Oil Wells: A New Approach to Reconciling Provincial Regulatory Regimes with Federal Insolvency Law” (2017), 80 *Sask. L. Rev.* 157, at p. 178, and Stewart. This Court has not had an opportunity to comment on *Abitibi* since it was decided. However, the interpretation of the “creditor” step adopted by lower courts, including the majority of the Court of Appeal in this case, has focused on certain comments found at para. 27 of *Abitibi*, and the “creditor” step has accordingly been found to be satisfied whenever a regulator exercises its enforcement powers against a debtor (see, for example, *C.A.* reasons, at para. 60; *Nortel CA*, at para. 16).

[124] GTL submits that these lower courts have correctly interpreted and applied the “creditor” step.

C’est le public, et non l’organisme de réglementation ou le fonds d’administration du gouvernement, qui bénéficie de ces obligations environnementales; la province n’est pas en mesure d’en bénéficier financièrement. Bien que cette conclusion suffise pour trancher cet aspect du pourvoi, par souci d’exhaustivité, je vais aussi démontrer que le juge siégeant en cabinet a eu tort de conclure qu’au vu des faits de l’espèce, il est suffisamment certain que l’organisme de réglementation exécutera au bout du compte les travaux environnementaux et présentera une demande de remboursement. Pour conclure, je me prononcerai brièvement sur les raisons pour lesquelles les *effets* des obligations de fin de vie n’entrent pas en conflit avec le régime de priorité établi dans la *LFI*.

(1) L’organisme de réglementation n’est pas un créancier de Redwater

[123] L’organisme de réglementation et les intervenants qui l’appuient ne sont pas les premiers à cerner des problèmes relativement à l’étape « créancier » du critère d’*Abitibi*. Pendant les six années qui ont suivi l’arrêt *Abitibi*, des problèmes au sujet de cette étape et le fait que, dans son acception courante, cette étape sera toujours — ou presque toujours — franchie ont aussi été énoncés par des commentateurs universitaires tels que A. J. Lund, « Lousy Dentists, Bad Drivers, and Abandoned Oil Wells : A New Approach to Reconciling Provincial Regulatory Regimes with Federal Insolvency Law » (2017), 80 *Sask L. Rev.* 157, p. 178, et M. Stewart. Notre Cour n’a pas eu l’occasion de commenter l’arrêt *Abitibi* depuis qu’il a été rendu. Par contre, l’interprétation de l’étape « créancier » retenue par des juridictions inférieures, notamment la majorité de la Cour d’appel en l’espèce, a mis l’accent sur certaines remarques faites au par. 27 de l’arrêt *Abitibi*. Sur cette base, ces tribunaux ont conclu que l’étape « créancier » est franchie chaque fois qu’un organisme de réglementation exerce à l’encontre d’un débiteur son pouvoir d’appliquer la loi (voir, par exemple, les motifs de la Cour d’appel, par. 60; *Nortel CA*, par. 16).

[124] Selon GTL, les juridictions inférieures susmentionnées ont bien interprété et appliqué l’étape

It further submits that, because of *Abitibi*, the 1991 Alberta Court of Appeal decision in *Northern Badger* is of no assistance in analyzing the creditor issue. Conversely, the Regulator forcefully argues that *Abitibi* must be understood in the context of its own unique facts and that it did not overrule *Northern Badger*. Relying on *Northern Badger*, the Regulator argues that a regulator exercising a power to enforce a public duty is not a creditor of the individual or corporation subject to that duty. Like Martin J.A., I agree with the Regulator on this point. If, as GTL urges and the majority of the Court of Appeal concluded, the “creditor” step is satisfied whenever a regulator exercises its enforcement powers against a debtor, then it is hard to imagine a situation in which the “creditor” step would not be satisfied by the actions of an environmental regulator. Stewart was correct to suppose that “[s]urely, the Court did not intend this result” (p. 189). For the “creditor” step to have meaning, “there must be situations where the other two steps could be met . . . but the order [or obligation] is still not a provable claim because the regulator is not a creditor of the bankrupt” (Attorney General of Ontario’s factum, at para. 39).

[125] Before further explaining my conclusion on this point, I must address a preliminary issue: the fact that the Regulator conceded in the courts below that it was a creditor. It is well established that concessions of law are not binding on this Court: see *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 SCC 52, [2001] 2 S.C.R. 781, at para. 44; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 45; *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686, at para. 62. As noted by L’Heureux-Dubé J., in dissent, but not on this point, in *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24, at p. 48, “the fact that an issue is conceded below means nothing in and of itself”. Although concessions by the parties are often relied upon, it is ultimately for

« créancier ». Il ajoute qu’à la suite de l’arrêt *Abitibi*, l’arrêt *Northern Badger* rendu en 1991 par la Cour d’appel de l’Alberta n’est d’aucun secours pour analyser la question du créancier. À l’inverse, l’organisme de réglementation soutient avec vigueur qu’il faut situer l’arrêt *Abitibi* dans le contexte des faits qui lui sont propres, et qu’il n’a pas infirmé *Northern Badger*. Se fondant sur cet arrêt, l’organisme de réglementation plaide qu’un organisme de réglementation exerçant un pouvoir pour faire respecter un devoir public n’est pas un créancier de la personne ou de la société assujettie à ce devoir. À l’instar de la juge Martin, je partage l’avis de l’organisme de réglementation sur ce point. Si, comme l’exhorte GTL et le concluent les juges majoritaires de la Cour d’appel, l’étape « créancier » est franchie chaque fois qu’un organisme de réglementation exerce ses pouvoirs d’application à l’encontre d’un débiteur, il est difficile d’imaginer une situation où les actes d’un organisme de réglementation ne franchiraient pas l’étape « créancier ». Monsieur Stewart avait raison de supposer que [TRADUCTION] « la Cour ne souhaitait sûrement pas ce résultat » (p. 189). Pour que l’étape « créancier » ait un quelconque sens [TRADUCTION] « il doit y avoir des situations dans lesquelles les deux autres étapes du critère d’*Abitibi* sont franchies [...], mais l’ordonnance [ou l’obligation] environnementale n’est toujours pas une réclamation prouvable car l’organisme de réglementation n’est pas un créancier du failli » (mémoire de la procureure générale de l’Ontario, par. 39).

[125] Avant d’expliquer davantage ma conclusion sur ce point, je dois traiter d’une question préliminaire : l’organisme de réglementation a concédé devant les juridictions inférieures qu’il était un créancier. Il est bien établi que les concessions de droit ne lient pas notre Cour : voir *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control & Licensing Branch)*, 2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781, par. 44; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 45; *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686, par. 62). Comme l’a fait remarquer la juge L’Heureux-Dubé (dissidente, mais non sur ce point) dans *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24, p. 48, « un aveu fait devant une instance inférieure ne signifie rien en soi ». Bien que l’on se fonde souvent

this Court to determine points of law. For several reasons, no fairness concerns are raised by disregarding the Regulator's concession in this case.

[126] First, in a letter to GTL dated May 14, 2015, the Regulator advanced the position that it was “not a creditor of [Redwater]”, but, rather, had a “statutory mandate to regulate the oil and gas industry in Alberta” (GTL's Record, vol. 1, at p. 78). I note that this was the initial communication between the Regulator and GTL, only two days after the latter's appointment as receiver of Redwater's property. Second, the issue of whether the Regulator is a creditor was discussed in the parties' factums. Third, during oral arguments before this Court, the Regulator was questioned about its concession. Counsel made the undisputed point that higher courts are not bound by such concessions and took the position that, on the correct interpretation of *Abitibi*, the Regulator was not a creditor. Fourth, when the Regulator's status as a creditor was raised as an issue before this Court, opposing counsel did not argue that they would have adduced further evidence on the issue had it been raised in the courts below. Finally, a proper understanding of the “creditor” step of the *Abitibi* test is of fundamental importance to the proper functioning of the national bankruptcy scheme and of provincial environmental schemes throughout Canada. I conclude that this case is one in which it is appropriate to disregard the Regulator's concession in the courts below.

[127] Returning to the analysis, I note that the unique factual matrix of *Abitibi* must be kept in mind. In that case, Newfoundland and Labrador expropriated most of AbitibiBowater's property in the province without compensation. Subsequently,

sur les concessions des parties, il revient en fin de compte à notre Cour de statuer sur des points de droit. Pour plusieurs raisons, on ne suscite aucune préoccupation en matière d'équité en ne tenant pas compte de la concession faite par l'organisme de réglementation en l'espèce.

[126] Premièrement, dans une lettre adressée à GTL en date du 14 mai 2015, l'organisme de réglementation soutient qu'il était [TRADUCTION] « non pas un créancier de [Redwater] », mais avait plutôt « pour mandat légal de réglementer l'industrie pétrolière et gazière de l'Alberta » (dossier de GTL, vol. 1, p. 78). Je constate qu'il s'agissait de la première communication entre l'organisme de réglementation et GTL et qu'elle est survenue seulement deux jours après la nomination de ce dernier comme séquestre des biens de Redwater. Deuxièmement, les parties ont traité dans leurs mémoires de la question de savoir si l'organisme de réglementation est un créancier. Troisièmement, au cours de sa plaidoirie devant notre Cour, l'organisme de réglementation a été interrogé à propos de sa concession. L'avocate a signalé le point non contesté que les tribunaux supérieurs ne sont pas liés par de telles concessions, et a soutenu que, si l'on interprète correctement l'arrêt *Abitibi*, l'organisme de réglementation n'était pas un créancier. Quatrièmement, quand le statut de l'organisme de réglementation en tant que créancier a été évoqué devant notre Cour, les avocats des parties adverses n'ont pas prétendu qu'ils auraient présenté des éléments de preuve supplémentaires sur ce point s'il avait été soulevé devant les juridictions inférieures. Enfin, le sens qu'il convient de donner à l'étape « créancier » du critère d'*Abitibi* est d'une importance fondamentale pour le bon fonctionnement du régime national de faillite et des régimes environnementaux provinciaux partout au Canada. Je conclus qu'il est indiqué en l'espèce de ne pas tenir compte de la concession faite par l'organisme de réglementation devant les juridictions inférieures.

[127] Pour revenir à l'analyse, je signale qu'il ne faut pas oublier la matrice factuelle unique de l'arrêt *Abitibi*. Dans cette affaire, Terre-Neuve-et-Labrador a exproprié la plupart des biens d'AbitibiBowater dans la province, sans indemnisation. Par la suite,

AbitibiBowater was granted a stay under the CCAA. It then filed a notice of intent to submit a claim to arbitration under the *North American Free Trade Agreement between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, Can. T.S. 1994 No. 2 (“NAFTA”), for losses resulting from the expropriation. In response, Newfoundland’s Minister of Environment and Conservation ordered AbitibiBowater to remediate five sites pursuant to the *Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, c. E-14.2 (“EPA”). Three of the five sites had been expropriated by Newfoundland and Labrador. The evidence led to the conclusion that “the Province never truly intended that Abitibi was to perform the remediation work”, but instead sought a claim that could be used as an offset in connection with AbitibiBowater’s NAFTA claim (*Abitibi*, at para. 54). In other words, the Province sought a financial benefit from the remediation orders.

[128] In this appeal, it is not disputed that, in seeking to enforce Redwater’s end-of-life obligations, the Regulator is acting in a *bona fide* regulatory capacity and does not stand to benefit financially. The Regulator’s ultimate goal is to have the environmental work actually performed, for the benefit of third-party landowners and the public at large. There is no colourable attempt by the Regulator to recover a debt, nor is there an ulterior motive on its part, as there was in *Abitibi*. The distinction between the facts of this appeal and those of *Abitibi* becomes even clearer when one examines the comprehensive reasons of the chambers judge in *Abitibi*. The crux of the findings of Gascon J. (as he then was) is found at paras. 173-76:

... the Province stands as the direct beneficiary, from a monetary standpoint, of Abitibi’s compliance with the EPA Orders. In other words, the execution in nature of the EPA Orders would result in a definite credit to the Province’s

AbitibiBowater s’est vu accorder une suspension en vertu de la LACC. Elle a ensuite déposé un avis d’intention de soumettre une réclamation à l’arbitrage au titre de l’*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis mexicains et le gouvernement des États-Unis d’Amérique*, R.T. Can. 1994 n° 2 (« ALENA »), pour les pertes résultant de l’expropriation. En réponse, le ministre de l’Environnement et de la Conservation de Terre-Neuve a ordonné à AbitibiBowater de décontaminer cinq sites conformément à l’*Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, c. E-14.2 (« EPA »). Trois des cinq sites avaient été expropriés par la province. La preuve a mené à la conclusion que « la province n’avait jamais vraiment eu l’intention qu’Abitibi exécute les travaux [de décontamination] » (*Abitibi*, par. 54) et qu’elle cherchait plutôt à faire valoir une réclamation qui pourrait être utilisée à titre compensatoire au regard de la demande d’indemnisation d’AbitibiBowater fondée sur l’ALENA. Autrement dit, la province voulait tirer un avantage financier des ordonnances de décontamination.

[128] En l’espèce, personne ne conteste qu’en cherchant à assurer le respect des obligations de fin de vie incombant à Redwater, l’organisme de réglementation agit de bonne foi à titre d’autorité de réglementation et il n’est pas en mesure d’obtenir un avantage financier. L’objectif ultime de l’organisme de réglementation est de faire exécuter les travaux environnementaux au profit des tiers propriétaires terriens et de la population en général. L’organisme de réglementation n’a pas fait de tentative déguisée de recouvrer une créance et il n’y avait pas de motif oblique de sa part, comme c’était le cas dans *Abitibi*. La distinction entre les faits du présent pourvoi et ceux de l’affaire *Abitibi* ressort encore plus clairement lorsqu’on examine les motifs exhaustifs du juge siégeant en cabinet dans *Abitibi*. Le cœur des conclusions du juge Gascon (maintenant juge de notre Cour) se trouve aux par. 173-176 :

[TRADUCTION] ... la province bénéficie directement, d’un point de vue financier, du respect par Abitibi des ordonnances fondées sur l’EPA. En d’autres termes, l’exécution en nature des ordonnances fondées sur l’EPA se traduirait

own “balance sheet”. Abitibi’s liability in that regard is an asset for the Province itself.

With all due respect, this is not regulatory in nature; it is rather purely financial in reality. This is, in fact, closer to a debtor-creditor relationship than anything else.

This is quite far from the situation of the detached regulator or public enforcer issuing order for the public good. Here, the Province itself derives the direct pecuniary benefit from the required compliance of Abitibi to the EPA Orders. The Province stands to directly gain in the outcome. None of the cases submitted by the Province bear any similarity to the fact pattern in the present proceedings.

From this perspective, it is the hat of a creditor that best fits the Province, not that of a disinterested regulator.

(*AbitibiBowater Inc., Re*, 2010 QCCS 1261, 68 C.B.R. (5th) 1)

[129] This Court recognized in *Abitibi* that the Province “easily satisfied” the creditor requirement (para 49). It was therefore not necessary to consider at any length how the “creditor” step should be understood or how it would apply in other factual situations. However, even at para. 27 of *Abitibi*, the paragraph relied on by the majority of the Court of Appeal, Deschamps J. made a point of noting that “[m]ost environmental regulatory bodies *can be* creditors in respect of monetary or non-monetary obligations imposed by the relevant statutes” (emphasis added). The interpretation of the “creditor” step adopted by the majority of the Court of Appeal and urged upon this Court by GTL leaves no room for a regulator that enforces obligations not to be a creditor, though this possibility was clearly contemplated by para. 27 of *Abitibi*. As noted above, GTL’s interpretation leaves the “creditor” step with no independent work to perform.

par un crédit certain au propre « bilan » de la province. Le passif d’Abitibi à cet égard constitue un actif de la province elle-même.

Soit dit en tout respect, il ne s’agit pas d’une affaire de nature réglementaire; il s’agit plutôt en fait d’une affaire purement financière. Cela s’apparente effectivement davantage à une relation créancier-débiteur qu’à autre chose.

Nous sommes assez loin du cas de l’organisme de réglementation ou d’application de la loi qui a rendu de manière objective une ordonnance dans l’intérêt public. En l’espèce, la province elle-même tire directement l’avantage pécuniaire du respect obligatoire, par Abitibi, des ordonnances EPA. La province peut tirer profit du résultat. Aucune des affaires soumises par la province ne ressemble un tant soit peu aux faits à l’origine de la présente instance.

Sous cet angle, la province a agi plus comme un créancier que comme un organisme de réglementation désintéressé.

(*AbitibiBowater Inc., Re*, 2010 QCCS 1261, 68 C.B.R. (5th) 1)

[129] Notre Cour a reconnu dans *Abitibi* qu’il était « facile [pour la province] de répondre » à l’exigence relative au créancier (par. 49). Il n’était donc pas nécessaire d’analyser en profondeur le sens de l’étape « créancier » ou la manière dont elle s’appliquerait dans d’autres situations factuelles. Or, même au par. 27 de l’arrêt *Abitibi*, le paragraphe sur lequel se fondent les juges majoritaires de la Cour d’appel, la juge Deschamps a pris soin de souligner que « [l]a plupart des organismes administratifs *peuvent agir* à titre de créanciers en relation avec les obligations pécuniaires ou non pécuniaires imposées par ces lois » (italiques ajoutées). L’interprétation de l’étape « créancier » qu’ont retenue les juges majoritaires de la Cour d’appel et que GTL nous a exhortés à faire nôtre exclut la possibilité qu’un organisme de réglementation faisant respecter des obligations ne soit pas un créancier, alors que cette possibilité a été clairement envisagée au par. 27 de l’arrêt *Abitibi*. Comme je l’ai mentionné ci-dessus, l’interprétation de GTL prive l’étape « créancier » de toute fonction indépendante.

[130] *Northern Badger* established that a regulator enforcing a public duty by way of non-monetary order is not a creditor. I reject the claim in the dissenting reasons that *Northern Badger* should be interpreted differently. First, I note that whether the Regulator has a contingent claim is relevant to the sufficient certainty test, which presupposes that the Regulator is a creditor. I cannot accept the proposition in the dissenting reasons that *Northern Badger* was concerned with what would become the third prong of the *Abitibi* test. In *Northern Badger*, Laycraft C.J.A. accepted that abandonment was a liability and identified the issue as “whether that liability is to the board so that it is the board which is the creditor” (para. 32). Second, the underlying scenario here with regards to Redwater’s end-of-life obligations is exactly the same as in *Northern Badger* — a regulator is ordering an entity to comply with its legal obligations in furtherance of the public good. This reasoning from *Northern Badger* was subsequently adopted in cases such as *Strathcona (County) v. Fantasy Construction Ltd. (Trustee of)*, 2005 ABQB 794, 261 D.L.R. (4th) 221, at paras. 23-25, and *Lamford Forest Products Ltd. (Re)* (1991), 86 D.L.R. (4th) 534.

[131] I cannot agree with the suggestion by the majority of the Court of Appeal in this case that *Northern Badger* “is of limited assistance” in the application of the *Abitibi* test (para. 63). Rather, I agree with Martin J.A. that *Abitibi* did not overturn the reasoning in *Northern Badger*, but instead “emphasized the need to consider the substance of provincial regulation in assessing whether it creates a claim provable in bankruptcy” (para. 164). As Martin J.A. noted, even following *Abitibi*, the law continues to be that “public obligations are not provable claims that can be counted or compromised in the bankruptcy” (para. 174). *Abitibi* clarified the scope of *Northern Badger* by confirming that a regulator’s environmental claims will be provable claims under certain circumstances. It does not stand for the

[130] L’arrêt *Northern Badger* a établi qu’un organisme de réglementation faisant respecter un devoir public au moyen d’une ordonnance non pécuniaire n’est pas un créancier. Je rejette la prétention faite dans les motifs dissidents selon laquelle *Northern Badger* devrait recevoir une interprétation différente. Premièrement, je souligne que le point de savoir si l’organisme de réglementation a une réclamation éventuelle relève du critère de la certitude suffisante, lequel suppose au préalable que l’organisme de réglementation est un créancier. Je ne peux accepter la proposition énoncée dans les motifs dissidents selon laquelle *Northern Badger* porte sur ce qui allait devenir le troisième volet du critère d’*Abitibi*. Dans *Northern Badger*, après avoir reconnu que l’abandon constituait une responsabilité, le juge d’appel Laycraft a dit qu’il s’agissait de savoir [TRADUCTION] « si cette responsabilité appartient à l’Office, ce qui fait de lui le créancier » (par. 32). Deuxièmement, le scénario sous-jacent en l’espèce quant aux obligations de fin de vie qui incombent à Redwater est exactement le même que dans *Northern Badger* : un organisme de réglementation ordonne à une entité de se conformer à ses obligations légales pour le bien public. Ce raisonnement exact tiré de *Northern Badger* a été adopté par la suite dans des décisions telles *Strathcona (County) c. Fantasy Construction Ltd. (Trustee of)*, 2005 ABQB 794, 261 D.L.R. (4th) 221, par. 23-25, et *Lamford Forest Products Ltd. (Re)* (1991), 86 D.L.R. (4th) 534.

[131] Je ne puis souscrire à l’opinion des juges majoritaires de la Cour d’appel en l’espèce selon laquelle *Northern Badger* [TRADUCTION] « n’est guère utile » dans l’application du critère d’*Abitibi* (par. 63). Je partage plutôt l’avis de la juge Martin voulant que l’arrêt *Abitibi* n’ait pas infirmé le raisonnement de *Northern Badger*, et qu’il ait au contraire « mis en relief le besoin de prendre en considération la teneur du règlement provincial pour déterminer s’il crée une réclamation prouvable en matière de faillite » (par. 164). Comme l’a signalé la juge Martin, même depuis l’arrêt *Abitibi*, l’état du droit reste inchangé : « les obligations publiques ne sont pas des réclamations prouvables qui peuvent être comptabilisées ou compromises dans la faillite » (par. 174). L’arrêt *Abitibi* a éclairci la

proposition that a regulator exercising its enforcement powers is always a creditor. The reasoning in *Northern Badger* was simply not applicable on the facts of *Abitibi*, given the actions of the Province as outlined above.

[132] In *Abitibi*, Deschamps J. noted that insolvency legislation had evolved in the years since *Northern Badger*. That legislative evolution did not, however, change the meaning to be ascribed to the term “creditor”. In this regard, I agree with the conclusion in *Strathcona County v. Fantasy Construction Ltd. (Trustee of)*, 2005 ABQB 559, 256 D.L.R. (4th) 536, that the amendments to the *BIA* dealing with environmental matters in the years following *Northern Badger* cannot be interpreted as having overturned the reasoning in that case. As should be clear from the earlier discussion of s. 14.06, the amendments to the *BIA* do not speak to when a regulator enforcing an environmental claim is a creditor.

[133] The conclusion that the reasoning in *Northern Badger* continues to be relevant since *Abitibi* and the amendments to insolvency legislation also finds support in the writings of academic commentators. Stewart’s position is that, while *Abitibi* discussed *Northern Badger*, it did not overturn it. He urges this Court to clarify that there remains “a distinction between a regulatory body that is a creditor because it is enforcing a debt, and a regulatory body that is not a creditor because it is enforcing the law” (p. 221). Similarly, Lund argues that a court should “consider the importance of the public interests protected by the regulatory obligation when deciding whether the debtor owes a debt, liability or obligation to a creditor” (p. 178).

portée de *Northern Badger* en confirmant que les réclamations environnementales d’un organisme de réglementation seront des réclamations prouvables dans certains cas. Il ne permet pas d’affirmer qu’un organisme de réglementation exerçant ses pouvoirs d’application est toujours un créancier. Le raisonnement de l’arrêt *Northern Badger* ne s’appliquait tout simplement pas aux faits de l’affaire *Abitibi*, étant donné les agissements de la province décrits précédemment.

[132] Dans *Abitibi*, la juge Deschamps a signalé que la législation en matière d’insolvabilité avait évolué au cours des années qui ont suivi *Northern Badger*. Cette évolution législative n’a en revanche pas modifié le sens à attribuer au terme « créancier ». À cet égard, je souscris à la conclusion du juge Burrows dans *Strathcona County c. Fantasy Construction Ltd. (Trustee of)*, 2005 ABQB 559, 256 D.L.R. (4th) 536, suivant laquelle les modifications en matière d’environnement qui ont été apportées à la *LFI* au cours des années suivant *Northern Badger* ne peuvent être interprétées comme ayant infirmé le raisonnement de cet arrêt. Tel qu’il devrait ressortir clairement de mon analyse précédente de l’art. 14.06, les modifications à la *LFI* ne traitent pas des cas où un organisme de réglementation faisant valoir une réclamation environnementale est un créancier.

[133] Les écrits de commentateurs universitaires appuient également la conclusion voulant que le raisonnement de l’arrêt *Northern Badger* conserve sa pertinence depuis *Abitibi* et les modifications à la loi sur l’insolvabilité. Monsieur Stewart estime que, même si l’arrêt *Abitibi* traite de *Northern Badger*, il ne l’a pas infirmé. Il exhorte notre Cour à préciser qu’il subsiste une distinction entre [TRADUCTION] « l’organisme de réglementation qui agit comme créancier car il recouvre une dette et celui qui n’est pas un créancier car il applique la loi » (p. 221). De même, M^{me} Lund fait valoir qu’un tribunal devrait [TRADUCTION] « prendre en considération l’importance que revêtent les intérêts publics protégés par l’obligation réglementaire au moment de décider si le débiteur a une dette, un engagement ou une obligation envers un créancier » (p. 178).

[134] For the foregoing reasons, *Abitibi* cannot be understood as having changed the law as summarized by Laycraft C.J.A. I adopt his comments at para. 33 of *Northern Badger*:

The statutory provisions requiring the abandonment of oil and gas wells are part of the general law of Alberta, binding every citizen of the province. All who become licensees of oil and gas wells are bound by them. Similar statutory obligations bind citizens in many other areas of modern life . . . But the obligation of the citizen is not to the peace officer, or public authority which enforces the law. The duty is owed as a public duty by all the citizens of the community to their fellow citizens. When the citizen subject to the order complies, the result is not the recovery of money by the peace officer or public authority, or of a judgment for money, nor is that the object of the whole process. Rather, it is simply the enforcement of the general law. The enforcing authority does not become a “creditor” of the citizen on whom the duty is imposed.

[135] Based on the analysis in *Northern Badger*, it is clear that the Regulator is not a creditor of the Redwater estate. The end-of-life obligations the Regulator seeks to enforce against Redwater are public duties. Neither the Regulator nor the Government of Alberta stands to benefit financially from the enforcement of these obligations. These public duties are owed, not to a creditor, but, rather, to fellow citizens, and are therefore outside the scope of “provable claims”. I do not intend to suggest, however, that a regulator will be a creditor only where it acts exactly as the province did in *Abitibi*. There may very well be situations in which a regulator’s actions fall somewhere between those in *Abitibi* and those in the instant case. Notably, unlike some previous cases, the Regulator has performed no environmental work itself. I leave such situations to be addressed in future cases in which there are full factual records. Here, it is clear that the Regulator is seeking to enforce Redwater’s public duties, whether by issuing the Abandonment Orders or by maintaining the LMR

[134] Pour les motifs qui précèdent, on ne peut juger que l’arrêt *Abitibi* a modifié le droit, comme l’a résumé le juge en chef Laycraft. Je fais miennes les remarques qu’il fait au par. 33 de *Northern Badger* :

[TRADUCTION] Les dispositions légales qui exigent l’abandon de puits de pétrole et de gaz font partie du droit commun de l’Alberta et lient chaque citoyen de la province. Toutes les personnes qui acquièrent un permis d’exploitation de puits de pétrole ou de gaz doivent les respecter. Des obligations légales semblables lient les citoyens dans bien d’autres secteurs de la vie moderne [. . .] Mais l’obligation incombant au citoyen n’est pas envers l’agent de la paix ou l’autorité publique qui applique la loi. L’obligation est établie comme une obligation à caractère public qui doit être respectée par l’ensemble des citoyens de la collectivité à l’égard de leurs concitoyens. Lorsque le citoyen visé par l’ordonnance s’y conforme, le résultat n’est pas perçu comme le recouvrement d’une somme d’argent par un agent de la paix ou l’autorité publique, ni comme l’exécution d’un jugement ordonnant le paiement d’une somme d’argent; d’ailleurs, cela ne constitue pas non plus l’objectif de l’ensemble du processus. Il faut plutôt y voir l’application du droit commun. L’organisme d’application de la loi ne devient pas un « créancier » du citoyen à qui incombe l’obligation.

[135] Étant donné l’analyse effectuée dans *Northern Badger*, il est clair que l’organisme de réglementation n’est pas un créancier de l’actif de Redwater. Les obligations de fin de vie que l’organisme de réglementation veut imposer à Redwater sont de nature publique. Ni l’organisme de réglementation ni le gouvernement de l’Alberta ne peuvent bénéficier financièrement de l’exécution de ces obligations. Ces obligations à caractère public sont non pas envers un créancier, mais envers les concitoyens et échappent donc à la portée des « réclamations prouvables ». Je ne veux toutefois pas laisser entendre par là qu’un organisme de réglementation n’est un créancier que s’il se comporte d’une manière identique à la province dans *Abitibi*. Il peut fort bien exister des situations où les agissements d’un organisme de réglementation se situent quelque part entre ceux dans *Abitibi* et ceux en l’espèce. Signalons que, contrairement à certains cas antérieurs, l’organisme de réglementation n’a exécuté aucuns travaux environnementaux lui-même. Je laisse aux tribunaux disposant de dossiers factuels

requirements. The Regulator is not a creditor within the meaning of the *Abitibi* test.

[136] I reject the suggestion that the foregoing analysis somehow overrules the first prong of the *Abitibi* test. The facts in *Abitibi* were not comparable to the facts of this appeal. Although this Court discussed *Northern Badger* in *Abitibi*, it merely referenced the subsequent amendments to the *BIA*, and did not overturn the earlier decision. The Court was clear that the ultimate outcome “must be grounded in the facts of each case” (para. 48). The dissenting reasons claim that, given the foregoing analysis, it will be nearly impossible to find that regulators are ever creditors. *Abitibi* itself shows this not to be the case. Furthermore, as I have said, there may well be cases that fall between *Abitibi* and the present case. However, if *Abitibi* is read as requiring only a determination of whether the regulator has exercised an enforcement power, it will in fact be impossible for a regulator *not* to be a creditor. The dissenting reasons do not seriously deny this, merely suggesting that regulators can publish guidelines or issue licences. The Regulator does both, yet, under the approach taken in the dissenting reasons, it is powerless to take any practical steps in the public interest regarding its guidelines or licences without qualifying as a creditor. As I have explained, *Abitibi* clearly contemplates a place for regulators who are not creditors.

[137] Strictly speaking, this is sufficient to dispose of this aspect of the appeal. However, additional guidance on the sufficient certainty analysis may prove helpful in future cases. Accordingly, I turn now to a discussion of the “sufficient certainty” step and

complets le soin de résoudre pareilles situations à l’avenir. Dans la présente affaire, il est clair que l’organisme de réglementation cherche à faire respecter les devoirs à caractère public de Redwater, que ce soit en rendant les ordonnances d’abandon ou en maintenant les exigences relatives à la CGR. L’organisme de réglementation n’est pas un créancier au sens du critère d’*Abitibi*.

[136] Je rejette la thèse voulant que l’analyse qui précède écarte d’une façon ou d’une autre le premier volet du critère d’*Abitibi*. Les faits de l’affaire *Abitibi* n’étaient pas comparables à ceux de l’espèce. Bien que notre Cour ait examiné l’arrêt *Northern Badger* dans *Abitibi*, elle s’est contentée de mentionner les modifications subséquentes à la *LFI* et n’a pas infirmé l’arrêt antérieur. La Cour a été claire : l’issue finale « doit être fondée sur les faits de chaque affaire » (par. 48). Selon les motifs dissidents, vu l’analyse exposée précédemment, il sera presque impossible de juger que des organismes de réglementation sont des créanciers. L’arrêt *Abitibi* démontre lui-même que ce n’est pas le cas. De plus, comme je l’ai dit, il peut fort bien exister des cas qui se situent entre l’affaire *Abitibi* et celle qui nous occupe. Par contre, si l’on considère qu’*Abitibi* exige uniquement que le tribunal décide si l’organisme de réglementation a exercé un pouvoir d’application, il sera en fait impossible pour un organisme de réglementation de *ne pas* être un créancier. Les motifs dissidents ne nient pas sérieusement cette opinion et donnent seulement à penser que les organismes de réglementation peuvent publier des lignes directrices ou délivrer des permis. L’organisme de réglementation fait les deux mais, selon l’approche adoptée dans les motifs dissidents, il est dépourvu de moyens pour prendre quelque mesure concrète que ce soit dans l’intérêt public à propos de ses lignes directrices ou de permis sans avoir le statut de créancier. Comme je l’ai expliqué, l’arrêt *Abitibi* accorde clairement une place aux organismes de réglementation qui ne sont pas des créanciers.

[137] Cela suffit, à proprement parler, pour trancher cet aspect du pourvoi. Cependant, d’autres indications sur l’analyse de la certitude suffisante pourraient se révéler utiles à l’avenir. En conséquence, je passe maintenant à l’analyse de l’étape

of the reasons why the Abandonment Orders and the LMR conditions both fail on this step of the *Abitibi* test. *Abitibi* test.

- (2) There Is No Sufficient Certainty That the Regulator Will Perform the Environmental Work and Advance a Claim for Reimbursement

[138] The “sufficient certainty” test articulated in paras. 30 and 36 in *Abitibi* essentially does no more than reorganize and restate the requirements of the relevant provisions of the *BIA*. Section 121(2) provides that contingent claims may be provable claims. In other words, contingent debts or liabilities owed by a bankrupt to a creditor may be, but are not necessarily, provable claims. Section 135(1.1) provides for the valuation of such a claim. A contingent claim must be capable of valuation under s. 135(1.1) — it cannot be too remote or speculative — in order to be a provable claim under s. 121(2).

[139] Before the third step of the *Abitibi* test can even be reached, a regulator must already have been shown to be a creditor. I have concluded that, on the facts of this case, the Regulator is not a creditor of Redwater. However, for the purpose of explaining how I differ from the chambers judge on the “sufficient certainty” analysis, I will proceed as if the Regulator were, in fact, a creditor of Redwater in respect of the Abandonment Orders and LMR requirements. These end-of-life obligations do not directly require Redwater to make a payment to the Regulator. Rather, they are obligations requiring Redwater to *do something*. As discussed in *Abitibi*, if the Regulator were in fact a creditor, end-of-life obligations would be its contingent claims.

[140] What a court must determine is whether there are sufficient facts indicating the existence of an environmental duty that will ripen into a financial liability owed to a regulator. In determining whether

de la « certitude suffisante » et des raisons pour lesquelles les ordonnances d’abandon et les conditions liées à la CGR ne franchissent pas cette étape du critère d’*Abitibi*.

- (2) Il n’est pas suffisamment certain que l’organisme de réglementation exécutera les travaux environnementaux et présentera une demande de remboursement

[138] Le critère de la « certitude suffisante » énoncé aux par. 30 et 36 de l’arrêt *Abitibi* ne fait essentiellement que restructurer et reformuler les exigences des dispositions applicables de la *LFI*. Selon le par. 121(2), des réclamations éventuelles peuvent constituer des réclamations prouvables. Autrement dit, les dettes que devra peut-être le failli à un créancier peuvent constituer des réclamations prouvables, mais pas nécessairement l’être. Le paragraphe 135(1.1) prévoit l’évaluation d’une réclamation éventuelle, qui doit être évaluable suivant cette disposition; elle ne doit pas être trop éloignée ou conjecturale pour constituer une réclamation prouvable au sens du par. 121(2).

[139] Avant de pouvoir atteindre la troisième étape du critère d’*Abitibi*, il faut déjà avoir fait la démonstration que l’organisme de réglementation est un créancier. Au vu des faits de l’espèce, j’ai conclu que l’organisme de réglementation n’est pas un créancier de Redwater. Toutefois, afin d’expliquer pourquoi je me dissocie du juge siégeant au cabinet à l’égard de l’analyse de la « certitude suffisante », je vais procéder comme si l’organisme de réglementation était effectivement un créancier de Redwater en ce qui concerne les ordonnances d’abandon et les exigences de la CGR. Ces obligations de fin de vie n’exigent pas directement de Redwater qu’elle fasse un paiement à l’organisme de réglementation. Elles l’obligent plutôt à *faire quelque chose*. Comme l’indique l’arrêt *Abitibi*, si l’organisme de réglementation était en fait un créancier, les obligations de fin de vie constitueraient ses réclamations éventuelles.

[140] Ce que le tribunal doit décider, c’est s’il y a suffisamment de faits indiquant qu’il existe une obligation environnementale de laquelle résultera une dette envers un organisme de réglementation.

a non-monetary regulatory obligation of a bankrupt is too remote or too speculative to be included in the bankruptcy proceeding, the court must apply the general rules that apply to future or contingent claims. It must be sufficiently certain that the contingency will come to pass — in other words, that the regulator will enforce the obligation by performing the environmental work and seeking reimbursement.

[141] I will now discuss the Abandonment Orders and the LMR requirements in turn and demonstrate how they fail to satisfy the “sufficient certainty” step of the *Abitibi* test.

(a) *The Abandonment Orders*

[142] The Regulator has issued orders under the *OGCA* and the *Pipeline Act* requiring Redwater to abandon the Renounced Assets. Even if the Regulator were a creditor of Redwater, the Abandonment Orders would still have to be capable of valuation in order to be included in the bankruptcy process. In my view, it is not established either by the chambers judge’s factual findings or by the evidence that it is sufficiently certain that the Regulator will perform the abandonments and advance a claim for reimbursement. The claim is too remote and speculative to be included in the bankruptcy process.

[143] The chambers judge acknowledged that it was “unclear” whether the Regulator would perform the abandonments itself or would deem the wells subject to the Abandonment Orders to be orphans (para. 173). He stated that, in the latter case, the OWA would probably carry out the abandonments, although it was not clear when they would be completed. Indeed, the chambers judge acknowledged that, given the OWA’s resources, it could take as long as 10 years for it to get around to performing the required environmental work on the Redwater property. He nonetheless concluded that — even though the “sufficient certainty” step was not satisfied in a

Pour établir si une obligation réglementaire non pécuniaire du failli est trop éloignée ou trop conjecturale pour être incluse dans la procédure de faillite, le tribunal doit appliquer les règles générales qui visent les réclamations futures ou éventuelles. Il doit être suffisamment certain que l’éventualité se concrétisera ou, en d’autres termes, que l’organisme de réglementation fera respecter l’obligation en exécutant les travaux environnementaux et en sollicitant le remboursement de ses frais.

[141] Je vais maintenant analyser les ordonnances d’abandon de même que les exigences relatives à la CGR à tour de rôle et démontrer en quoi elles ne franchissent pas l’étape de la « certitude suffisante » du critère d’*Abitibi*.

a) *Les ordonnances d’abandon*

[142] L’organisme de réglementation a rendu, au titre de l’*OGCA* et de la *Pipeline Act*, des ordonnances enjoignant à Redwater d’abandonner les biens faisant l’objet de la renonciation. Même si l’organisme de réglementation était un créancier de Redwater, les ordonnances d’abandon doivent tout de même pouvoir faire l’objet d’une évaluation pour être incluses dans le processus de faillite. À mon avis, ni les conclusions de fait du juge siégeant en cabinet ni la preuve n’établissent qu’il est suffisamment certain que l’organisme de réglementation procédera à l’abandon et présentera une demande de remboursement. La réclamation est trop éloignée et conjecturale pour être incluse dans la procédure de faillite.

[143] Le juge siégeant en cabinet a reconnu qu’il n’était [TRADUCTION] « pas clair » si l’organisme de réglementation effectuerait lui-même le processus d’abandon ou s’il considérerait les puits assujettis aux ordonnances d’abandon comme orphelins (par. 173). Il a dit que, dans ce dernier cas, l’OWA se chargerait probablement de l’abandon, mais on ne savait pas quand cette tâche serait menée à terme. En effet, le juge siégeant en cabinet a admis qu’étant donné les ressources de l’OWA, cela pourrait lui prendre jusqu’à 10 ans avant qu’elle amorce les travaux environnementaux nécessaires sur la propriété de Redwater. Il a conclu néanmoins que, même

“technical sense” — the situation met what had been intended in *Abitibi*. That conclusion was at least partly based on his finding that the Abandonment Orders were “intrinsicly financial” (para. 173).

[144] In my view, the chambers judge did not make a finding of fact that the Regulator would carry out the abandonments *itself*. As noted, he acknowledged that it was “unclear” whether the Regulator would perform the abandonments. This can hardly be deemed a finding of fact deserving of deference. In my view, considered as a whole, the evidence in this case leads to the conclusion that the Regulator will not abandon the Renounced Assets itself.

[145] The Regulator is not in the business of performing abandonments. It has no statutory duty to do so. Abandonment is instead an obligation of the licensee. The evidence of the Regulator’s affiant was that the Regulator very rarely abandons properties on behalf of licensees and virtually never does so where the licensee is in receivership or bankruptcy. The affiant stated that the Regulator had no intention of abandoning Redwater’s licensed assets. As noted by the chambers judge, it is true that, in its letter to GTL dated July 15, 2015, the Regulator threatened to perform the abandonments itself, but the Regulator subsequently took no steps to follow up on that threat. Even if this letter should be accorded any weight, the contradiction between it and the Regulator’s subsequent affidavits at the very least makes it difficult to say with anything approaching sufficient certainty that the Regulator intends to carry out the abandonments. These facts distinguish this case from *Abitibi*, in which the restructuring judge’s findings were based on the premise that the province would most likely perform the remediation work itself.

si l’étape de la « certitude suffisante » n’a pas été franchie au « sens technique », la situation répondait à la norme voulue dans *Abitibi*. Cette conclusion reposait, du moins en partie, sur la sienne voulant que les ordonnances d’abandon soient « intrinsèquement financières » (par. 173).

[144] À mon avis, le juge siégeant en cabinet n’a pas tiré la conclusion de fait que l’organisme de réglementation se chargerait *lui-même* des travaux d’abandon. Je le rappelle, il a reconnu qu’il n’était « pas clair » si l’organisme de réglementation s’en occuperait. On peut difficilement dire qu’il s’agit qu’une conclusion de fait qui commande la déférence. Prise dans son ensemble, la preuve en l’espèce me semble mener à la conclusion selon laquelle l’organisme de réglementation ne procédera pas lui-même à l’abandon des biens auxquels il a été renoncé.

[145] Dans le cadre de ses activités, l’organisme de réglementation n’effectue pas lui-même les travaux d’abandon. Il n’est pas tenu par la loi de le faire. Il s’agit plutôt d’une obligation incombant au titulaire de permis. Dans son affidavit, le déposant de l’organisme de réglementation a déclaré que celui-ci procédait très rarement à l’abandon de biens au nom des titulaires de permis et qu’il ne le faisait pratiquement jamais dans le cas d’un titulaire de permis sous séquestre ou en faillite. Le déposant a déclaré que l’organisme de réglementation n’avait pas l’intention d’abandonner les biens de Redwater visés par des permis. Comme l’a signalé le juge siégeant en cabinet, il est vrai que, dans sa lettre adressée à GTL en date du 15 juillet 2015, l’organisme de réglementation a menacé d’effectuer lui-même ces processus, mais il n’a rien fait par la suite pour mettre cette menace à exécution. Même si l’on devrait accorder de l’importance à cette lettre, la contradiction entre elle et les affidavits subséquents de l’organisme de réglementation font en sorte à tout le moins qu’il est difficile de dire avec quoi que ce soit de comparable à une certitude suffisante que l’organisme de réglementation compte effectuer le processus d’abandon. Ces faits distinguent la présente affaire d’*Abitibi*, où les conclusions du juge chargé de la restructuration reposaient sur la prémisse que la province exécuterait fort probablement elle-même les travaux de décontamination.

[146] Below, I will explain why the OWA's involvement is insufficient to satisfy the "sufficient certainty" test. First, I note that any reliance the chambers judge placed on the intrinsically financial nature of the Abandonment Orders was an error. In this regard, I am in complete agreement with Martin J.A. Considering whether an order is intrinsically financial is an erroneous interpretation of the third step of the *Abitibi* test. It is too broad and would result in a provable claim being found even where the existence of a monetary claim in bankruptcy is merely speculative. Thus, in *Nortel CA*, Juriansz J.A. rightly rejected the argument that the *Abitibi* test did not require a determination that the regulator would perform the environmental work and claim reimbursement, and that it was sufficient for there to be an environmental order requiring an expenditure of funds by the bankrupt estate. He held the following, at paras. 31-32:

. . . As I read it, the Supreme Court's decision is clear: ongoing environmental remediation obligations may be reduced to monetary claims that can be compromised in CCAA proceedings only where the province has performed the remediation work and advances a claim for reimbursement, or where the obligation may be considered a contingent or future claim because it is "sufficiently certain" that the province will do the work and then seek reimbursement.

The respondents' approach is not only inconsistent with *AbitibiBowater Inc., Re*, it is too broad. It would result in virtually all regulatory environmental orders being found to be provable claims. As Deschamps J. observed, a company may engage in activities that carry risks. When those risks materialize, the costs are borne by those who hold a stake in the company. A risk that results in an environmental obligation becomes subject to the insolvency process only when it is in substance monetary and is in substance a provable claim.

[146] J'expliquerai ci-après pourquoi l'intervention de l'OWA est insuffisante pour satisfaire au critère de la « certitude suffisante ». Premièrement, je constate que le juge siégeant en cabinet a eu tort de tabler sur le caractère « intrinsèquement financier » des ordonnances d'abandon. Je suis entièrement d'accord avec la juge Martin sur ce point. Se demander si une ordonnance est « intrinsèquement financière » constitue une interprétation erronée de la troisième étape du critère d'*Abitibi*. Elle est trop large et conduirait à la conclusion qu'il y a une « réclamation prouvable » même lorsque l'existence d'une réclamation pécuniaire en matière de faillite ne relève que de la conjecture. Ainsi, dans l'arrêt *Nortel CA*, le juge Juriansz a rejeté à juste titre l'argument selon lequel le critère d'*Abitibi* n'exigeait pas qu'il soit décidé que l'organisme de réglementation exécuterait les travaux environnementaux et demanderait un remboursement, et qu'il suffisait qu'il y ait une ordonnance environnementale exigeant une dépense de fonds par l'actif du failli. Il a déclaré ce qui suit, aux par. 31-32 :

[TRADUCTION] . . . Selon moi, la décision de la Cour suprême est claire : les obligations continues de décontamination environnementale peuvent être réduites à des réclamations pécuniaires pouvant être compromises dans des procédures fondées sur la LACC seulement lorsque la Province a exécuté les travaux de décontamination et qu'elle présente une demande de remboursement, ou lorsque l'obligation peut être considérée comme une réclamation éventuelle ou future, parce qu'il est « suffisamment certain » que la Province fera le travail et cherchera ensuite à obtenir un remboursement.

L'approche des intimées n'est pas seulement incompatible avec celle de l'arrêt *Abitibi*, elle est trop large. Il en résulterait que pratiquement toutes les ordonnances réglementaires en matière d'environnement soient considérées comme des réclamations prouvables. Comme l'a fait remarquer la juge Deschamps, une société peut exercer des activités qui comportent des risques. Lorsque ces risques se matérialisent, les coûts sont supportés par ceux qui détiennent une participation dans la société. Un risque qui entraîne une obligation environnementale n'est soumis au processus d'insolvabilité que lorsqu'il est en substance pécuniaire et qu'il constitue en substance une réclamation prouvable.

[147] As the chambers judge correctly acknowledged, the fact that the Regulator would not conduct the abandonments itself does not mean that it would wash its hands of the Renounced Assets. Rather, if necessary, it would designate them as orphans pursuant to the *OGCA* and leave them for the OWA. I am not suggesting that a regulator can strategically avoid the “sufficient certainty” test simply by delegating environmental work to an arm’s length organization. I would not decide, as the Regulator urges, that the *Abitibi* test *always* requires that the environmental work be performed by the regulator itself. However, the OWA’s true nature must be emphasized. There are strong grounds to conclude that, given the particular features of this regulatory context, the OWA is not the regulator.

[148] The creation of the OWA was not an attempt by the Regulator to avoid the *BIA* order of priorities in bankruptcy. It is a non-profit organization with its own mandate and independent board of directors, and it operates as a financially independent entity pursuant to legally delegated authority. Although the OWA’s board includes a representative of the Regulator and a representative of Alberta Environment and Parks, its independence is not in question. The OWA’s 2014-2015 annual report indicates that five out of six voting directors represent industry. The OWA uses a risk assessment tool to prioritize when and how it will perform environmental work on the many hundreds of orphans in Alberta. There is no suggestion that the Regulator has any say in the order in which the OWA chooses to perform environmental work. The 2014-2015 annual report also states that, since 1992, 87 percent of the money collected and invested to fund OWA activities has been provided by industry via the orphan levy. The Regulator, at para. 99 of its factum, hints obliquely that additional provincial or federal funding may be forthcoming in the future, but even if it materializes, it will be almost entirely in the form of loans. I cannot accept the suggestion in the dissenting reasons

[147] Comme l’a reconnu à bon droit le juge siégeant en cabinet, ce n’est pas parce que l’organisme de réglementation n’effectuerait pas lui-même les travaux d’abandon qu’il se laverait les mains des biens faisant l’objet de la renonciation. Il les qualifierait plutôt, au besoin, d’orphelins conformément à l’*OGCA* et les confiera à l’OWA. Je ne prétends pas qu’un organisme de réglementation puisse stratégiquement éviter le critère de la « certitude suffisante » en déléguant simplement des travaux environnementaux à une organisation indépendante. Je ne déciderai pas, comme l’organisme de réglementation nous a exhortés à le faire, que le critère d’*Abitibi* exige *toujours* que les travaux environnementaux soient exécutés par l’organisme lui-même. Cependant, la véritable nature de l’OWA doit être soulignée. Il y a des motifs sérieux de conclure que, vu les caractéristiques propres à ce contexte réglementaire, l’OWA n’est pas l’organisme de réglementation.

[148] La création de l’OWA ne représentait pas une tentative de l’organisme de réglementation pour éviter l’ordre de priorité fixé en matière de faillite par la *LFI*. C’est un organisme sans but lucratif doté de son propre mandat et de son propre conseil d’administration indépendant, et il fonctionne comme une entité financièrement indépendante en vertu du pouvoir qui lui est délégué par la loi. Bien qu’un représentant de l’organisme de réglementation et un représentant d’Alberta Environment and Parks siègent au conseil d’administration de l’OWA, son indépendance n’est pas mise en question. Le rapport annuel 2014-2015 de l’OWA indique que cinq des six directeurs votants représentent l’industrie. L’OWA se sert d’un outil d’évaluation des risques pour décider, en ordre de priorité, quand et de quelle manière elle exécutera des travaux environnementaux sur les centaines de puits orphelins de l’Alberta. Personne ne prétend que l’organisme de réglementation a son mot à dire sur l’ordre dans lequel l’OWA décide d’exécuter des travaux environnementaux. Le rapport annuel 2014-2015 ajoute que, depuis 1992, 87 p. 100 de l’argent recueilli et investi pour financer les activités de l’OWA est fourni par l’industrie via la redevance pour les puits orphelins. Au paragraphe 99 de son mémoire, l’organisme de réglementation laisse

that the Regulator and the OWA are “inextricably intertwined” (para. 273).

[149] Even assuming that the OWA’s abandonment of Redwater’s licensed assets could satisfy the “sufficient certainty” test, I agree with Martin J.A. that it is difficult to conclude that there is sufficient certainty that the OWA will in fact perform the abandonments. I also agree with her view that there is no certainty that a claim for reimbursement will be advanced should the OWA ultimately abandon the assets.

[150] The dissenting reasons suggest that the facts of this appeal are more akin to those of *Northstar Aerospace Inc., Re*, 2013 ONCA 600, 8 C.B.R. (6th) 154, than to those of *Nortel CA*, arguing that the “sufficient certainty” test is satisfied because, as in *Northstar*, there is no purchaser to take on Redwater’s assets and the debtor itself is insolvent, so only the OWA can perform the work. In my view, *Northstar* is easily distinguishable. In that case, the bankrupt had been voluntarily carrying out remediation prior to its bankruptcy. After it made its assignment into bankruptcy, the Ministry of the Environment (“MOE”) took over the remediation activities itself, purporting to do so on a without prejudice basis. Jurianz J.A. found that the fact that the MOE had already undertaken remediation activities made it sufficiently certain that it would do so. As I will now demonstrate, the facts here are very different.

[151] At the beginning of this litigation, the OWA estimated that it would take 10 to 12 years to get through the backlog of orphans. By 2015, that backlog was increasing rapidly, and it may well have continued to increase at the same or an even greater speed in the intervening years, as submitted by the Regulator. If anything, this suggests the possibility of an even larger backlog. There is no indication that

entendre indirectement que la province ou le gouvernement fédéral pourrait accorder à l’avenir des fonds supplémentaires à l’OWA mais, même si cette possibilité se concrétise, les fonds seront presque entièrement consentis sous forme de prêts. Je ne peux accepter la proposition des juges dissidents selon laquelle l’organisme de réglementation et l’OWA sont « inextricablement liés » (par. 273).

[149] À supposer même que l’abandon par l’OWA des biens de Redwater visés par des permis puisse satisfaire au critère de la « certitude suffisante », je conviens avec la juge Martin qu’il est difficile de conclure à la certitude suffisante que l’OWA se chargera effectivement des travaux d’abandon et qu’il n’y a aucune certitude qu’une demande de remboursement sera présentée si l’OWA finit par abandonner les biens.

[150] Les motifs dissidents laissent croire que les faits de l’espèce s’apparentent davantage à ceux de l’affaire *Northstar Aerospace Inc., Re*, 2013 ONCA 600, 8 C.B.R. (6th) 154, qu’à ceux de *Nortel CA*, faisant valoir qu’il est satisfait au critère de la « certitude suffisante » car, tout comme dans *Northstar*, personne ne veut acheter les biens de Redwater et la débitrice elle-même est insolvable; en conséquence, seule l’OWA peut exécuter les travaux. Il me semble facile de distinguer l’affaire *Northstar* de celle qui nous occupe. Dans cette affaire, le failli effectuait de son plein gré des travaux de décontamination avant sa faillite. Après que le failli eut fait cession de ses biens, le ministre de l’Environnement (« ME ») a pris lui-même la relève des activités de décontamination et il entendait le faire sans préjudice. Selon le juge Jurianz, comme le ME avait déjà entrepris des activités de décontamination, il était suffisamment certain qu’il s’en occuperait. Comme je le démontrerai maintenant, les faits de l’espèce sont fort différents.

[151] Au début du présent litige, l’OWA a estimé qu’il lui faudrait de 10 à 12 ans pour résorber l’arriéré d’orphelins. Cet arriéré augmentait rapidement en 2015 et il peut fort bien avoir continué de croître tout aussi ou encore plus rapidement au cours des années suivantes, comme le soutient l’organisme de réglementation. Cela tend plutôt à établir que l’arriéré pourrait encore augmenter. Rien n’indique

the Renounced Assets would have a particularly high priority in the backlog. Even if the potential additional funding materializes, the Regulator submits that it will be a generation or more before the OWA can address its existing inventory of orphans.

[152] The dissenting reasons rely on the chambers judge’s conclusion that the OWA would “probably” perform the abandonments eventually, while downplaying the fact that he also concluded that this would not “necessarily [occur] within a definite timeframe” (paras. 261 and 278, citing the chambers judge’s reasons, at para. 173). Given the most conservative timeline — the 10 years discussed by the chambers judge — it is difficult to predict anything occurring with sufficient certainty. Much could change within the next decade, both in terms of government policy and in terms of the willingness of those in the Alberta oil and gas industry to discharge environmental liabilities. This is not at all the same situation as in *Northstar*, in which the MOE had already commenced environmental work.

[153] Perhaps more to the point, this lengthy timeline means that, should it ultimately perform the work, the OWA will not advance a claim for reimbursement. Advancement of a claim is an element of the test that is just as essential as performance of the work. The OWA itself has no ability to seek reimbursement of its costs from licensees and, although the costs of abandonment carried out by a person authorized by the Regulator constitute a debt payable to the Regulator under s. 30(5) of the *OGCA*, no evidence has been adduced that the Regulator has exercised its power to recover such costs in comparable cases. There is a good reason for this: the reality is that, by the time the OWA got around to abandoning any of Redwater’s wells, the estate would be finalized and GTL long since discharged. In sum, the chambers judge erred in failing to consider whether the OWA can be treated as the regulator and in failing to appreciate that, even if it can, it is not sufficiently certain that the OWA will

qu’une priorité particulièrement grande serait accordée dans l’arriéré aux biens faisant l’objet de la renonciation. Même si la possibilité d’attribuer des fonds supplémentaires se concrétise, l’organisme de réglementation fait valoir que cela prendra une génération ou plus avant que l’OWA ne puisse s’occuper de son inventaire actuel d’orphelins.

[152] Les motifs dissidents se fondent sur la conclusion du juge siégeant en cabinet selon laquelle l’OWA effectuerait « probablement » le processus d’abandon, tout en minimisant le fait qu’il a également conclu que l’OWA ne le ferait pas « nécessairement dans un délai précis » (par. 261 et 278, citant les motifs du juge siégeant en cabinet, par. 173). Vu l’échéancier le plus conservateur — celui de 10 ans dont a parlé le juge siégeant en cabinet —, il est difficile de prédire quoi que ce soit avec une certitude suffisante. La donne pourrait changer considérablement au cours de la prochaine décennie, tant au chapitre de la politique gouvernementale qu’à celui de la volonté de l’industrie pétrolière et gazière de l’Alberta de s’acquitter de ses responsabilités environnementales. Il ne s’agit pas du tout de la même situation que dans *Northstar*, où le ME avait déjà amorcé les travaux environnementaux.

[153] Plus particulièrement, ce long échéancier garantit que, s’il finit par exécuter les travaux, l’OWA ne présentera pas de demande de remboursement. La présentation de la demande est un élément tout aussi essentiel du critère que l’exécution des travaux. L’OWA lui-même ne peut faire rembourser ses frais par les titulaires de permis et, même si les coûts des processus d’abandon effectués par la personne autorisée par l’organisme de réglementation constituent une dette payable à cet organisme suivant le par. 30(5) de l’*OGCA*, on n’a produit aucune preuve montrant que l’organisme de réglementation a exercé son pouvoir de recouvrer ces frais dans des cas analogues, et pour cause : le fait est qu’au moment où l’OWA en arriverait à abandonner l’un ou l’autre des puits de Redwater, la liquidation de l’actif serait terminée et GTL serait libéré depuis longtemps. En somme, le juge siégeant en cabinet a eu tort de ne pas se demander si l’OWA peut être assimilé à l’organisme de réglementation et en ne

in fact perform the abandonments and advance a claim for reimbursement.

[154] Accordingly, even if the Regulator had acted as a creditor in issuing the Abandonment Orders, it cannot be said with sufficient certainty that it would perform the abandonments and advance a claim for reimbursement.

(b) *The Conditions for the Transfer of Licenses*

[155] I will deal briefly with the LMR conditions for the transfer of licences. Much of the foregoing analysis with regard to the Abandonment Orders also applies to these conditions. As noted by Martin J.A., the requirement of regulatory approval for licence transfers is difficult to compare directly with the remediation orders at issue in *Abitibi*. However, this Court confirmed that the *Abitibi* test applies to a class of regulatory obligations that is broader than “orders” in *Moloney*, at paras. 54-55. The LMR conditions are a “non-monetary obligation” for the Redwater estate, since they must be satisfied before the Regulator will approve the transfer of any of Redwater’s licences. However, it is notable that, even apart from the LMR conditions, licences are far from freely transferrable. The Regulator will not approve the transfer of licences where the transferee is not a licensee under the *OGCA*, the *Pipeline Act*, or both. The Regulator also reserves the right to reject a proposed transfer where it determines that the transfer is not in the public interest, such as where the transferee has outstanding compliance issues.

[156] In a sense, the factors suggesting an absence of sufficient certainty are even stronger for the LMR requirements than for the Abandonment Orders. There is a debt enforcement scheme under the *OGCA* and the *Pipeline Act* in respect of abandonment, but

considérant pas que, même s’il peut l’être, il n’est pas suffisamment certain qu’il effectuera dans les faits le processus d’abandon et présentera une demande de remboursement.

[154] En conséquence, même si l’organisme de réglementation avait agi comme un créancier en rendant les ordonnances, on ne saurait dire avec une certitude suffisante qu’il effectuerait les processus d’abandon et présenterait une demande de remboursement.

b) *Les conditions liées au transfert de permis*

[155] Je traiterai brièvement des conditions relatives à la CGR dont est assorti le transfert de permis. Une grande partie de l’analyse qui précède concernant les ordonnances d’abandon vaut tout autant pour ces conditions. Comme l’a souligné la juge Martin, il est difficile de comparer directement la nécessité d’obtenir une approbation réglementaire pour les transferts de permis et les ordonnances de décontamination en litige dans *Abitibi*. Or, notre Cour a confirmé aux par. 54-55 de *Moloney* que le critère d’*Abitibi* s’applique à une catégorie d’obligations réglementaires plus large que les « ordonnances ». Les conditions relatives à la CGR forment une « obligation non pécuniaire » de l’actif de Redwater, car elles doivent être remplies avant que l’organisme de réglementation n’approuve le transfert de tout permis de Redwater. Cependant, il convient de noter que, même mises à part les conditions relatives à la CGR, les permis sont loin d’être librement transférables. L’organisme n’approuvera pas le transfert des permis si le cessionnaire n’est pas un titulaire de permis au sens de l’*OGCA* ou de la *Pipeline Act* ou des deux. L’organisme de réglementation se réserve également le droit de rejeter un transfert proposé lorsqu’il juge que le transfert n’est pas dans l’intérêt public, comme dans un cas où le cessionnaire a des problèmes non résolus touchant à la conformité.

[156] En un sens, les facteurs laissant croire qu’il n’y a pas de certitude suffisante militent encore plus fortement en faveur des exigences relatives à la CGR que des ordonnances d’abandon. L’*OGCA* et la *Pipeline Act* prévoient un régime de recouvrement

there is no such scheme for the LMR requirements. The Regulator's refusal to approve licence transfers unless and until the LMR requirements have been satisfied does not give it a monetary claim against Redwater. It is true that compliance with the LMR requirements results in a reduction in the value of the bankrupt estate. However, as discussed earlier, not every obligation that diminishes the value of the bankrupt estate, and therefore the amount available to secured creditors, satisfies the "sufficient certainty" step. The question is not whether an obligation is intrinsically financial.

[157] Compliance with the LMR conditions prior to the transfer of licences reflects the inherent value of the assets held by the bankrupt estate. Without licences, Redwater's *profits à prendre* are of limited value at best. All licences held by Redwater were received by it subject to the end-of-life obligations that would one day arise. These end-of-life obligations form a fundamental part of the value of the licensed assets, the same as if the associated costs had been paid up front. Having received the benefit of the Renounced Assets during the productive period of their life cycles, Redwater cannot now avoid the associated liabilities. This understanding is consistent with *Daishowa-Marubeni International Ltd. v. Canada*, 2013 SCC 29, [2013] 2 S.C.R. 336, which dealt with the statutory reforestation obligations of holders of forest tenures in Alberta. This Court unanimously held that the reforestation obligations were "a future cost embedded in the forest tenure that serves to depress the tenure's value at the time of sale" (para. 29).

[158] The fact that regulatory requirements may cost money does not transform them into debt collection schemes. As noted by Martin J.A., licensing requirements predate bankruptcy and apply to all licensees regardless of solvency. GTL does not dispute the fact that Redwater's licences can be transferred only to other licensees nor that the Regulator retains the authority in appropriate situations to

de créances en matière d'abandon, mais il n'existe aucun régime de ce genre pour les exigences liées à la CGR. Le refus de l'organisme de réglementation d'approuver les transferts de permis jusqu'à ce que ces exigences aient été satisfaites ne lui donne pas une réclamation pécuniaire contre Redwater. Certes, le respect des exigences relatives à la CGR entraîne une diminution de la valeur de l'actif du failli. Toutefois, comme nous l'avons vu plus tôt, toute obligation qui diminue la valeur de l'actif du failli, et donc la somme que peuvent recouvrer les créanciers garantis, ne franchit pas nécessairement l'étape de la « certitude suffisante ». Il ne s'agit pas de savoir si une obligation est intrinsèquement financière.

[157] Le respect des conditions liées à la CGR avant le transfert des permis reflète la valeur inhérente des biens détenus par l'actif du failli. Sans les permis, les profits à prendre appartenant à Redwater ont, au mieux, peu de valeur. Tous les permis détenus par Redwater ont été reçus par elle, sous réserve d'obligations de fin de vie qui prendraient naissance un jour. Ces obligations constituent une part fondamentale de la valeur des biens visés par des permis, comme si les frais connexes avaient été payés d'emblée. Ayant reçu le bénéfice des biens faisant l'objet de la renonciation pendant la période productive de leur cycle de vie, Redwater ne peut plus éviter les engagements connexes. Cette interprétation concorde avec l'arrêt *Daishowa-Marubeni International Ltd. c. Canada*, 2013 CSC 29, [2013] 2 R.C.S. 336, qui portait sur les obligations légales de reboisement des détenteurs de tenures forestières en Alberta. Notre Cour a conclu à l'unanimité que les obligations relatives au reboisement constituaient « un coût futur inhérent à la tenure forestière qui a pour effet d'en diminuer la valeur au moment de la vente » (par. 29).

[158] La possibilité que des exigences réglementaires coûtent de l'argent ne les transforme pas en régimes de recouvrement de créances. Comme l'a fait remarquer la juge Martin, les exigences en matière de permis précèdent la faillite et s'appliquent à tous les titulaires de permis, peu importe leur solvabilité. GTL ne conteste pas le fait que les permis de Redwater ne peuvent être transférés qu'à

reject proposed transfers due to safety or compliance concerns. There is no difference between such conditions and the condition that the Regulator will not approve transfers where they would leave the requirement to satisfy end-of-life obligations unaddressed. All these regulatory conditions depress the value of the licensed assets. None of them creates a monetary claim in the Regulator's favour. Licensing requirements continue to exist during bankruptcy, and there is no reason why GTL cannot comply with them.

(3) Conclusion on the *Abitibi* test

[159] Accordingly, the end-of-life obligations binding on GTL are not claims provable in the Redwater bankruptcy, so they do not conflict with the general priority scheme in the *BIA*. This is not a mere matter of form, but of substance. Requiring Redwater to pay for abandonment before distributing value to creditors does not disrupt the priority scheme of the *BIA*. In crafting the priority scheme set out in the *BIA*, Parliament intended to permit regulators to place a first charge on real property of a bankrupt affected by an environmental condition or damage in order to fund remediation (see s. 14.06(7)). Thus, the *BIA* explicitly contemplates that environmental regulators will extract value from the bankrupt's real property if that property is affected by an environmental condition or damage. Although the nature of property ownership in the Alberta oil and gas industry meant that s. 14.06(7) was unavailable to the Regulator, the Abandonment Orders and the LMR replicate s. 14.06(7)'s effect in this case. Furthermore, it is important to note that Redwater's only substantial assets were affected by an environmental condition or damage. Accordingly, the Abandonment Orders and LMR requirements did not seek to force Redwater to fulfill end-of-life obligations with assets unrelated to the environmental condition or damage. In other words, recognizing that the Abandonment Orders and LMR requirements are not provable claims

d'autres titulaires de permis, ni le fait que l'organisme de réglementation conserve le pouvoir, dans les situations qui s'y prêtent, de rejeter les transferts proposés en raison de préoccupations relatives à la sécurité ou à la conformité. Il n'y a aucune différence entre ces conditions et celle voulant que l'organisme de réglementation n'approuve pas les transferts qui laisseraient en suspens l'exigence de satisfaire aux obligations de fin de vie. Toutes ces conditions réglementaires font baisser la valeur des biens visés par des permis. Aucune ne donne naissance à une réclamation pécuniaire en faveur de l'organisme de réglementation. Les exigences en matière de permis subsistent pendant la faillite, et il n'y a aucune raison pour laquelle GTL ne peut s'y conformer.

(3) Conclusion sur le critère d'*Abitibi*

[159] En conséquence, les obligations de fin de vie incombant à GTL ne sont pas des réclamations prouvables dans la faillite de Redwater et n'entrent donc pas en conflit avec le régime de priorité général instauré dans la *LFI*. Ce n'est pas une simple question de forme, mais de fond. Obliger Redwater à payer l'abandon avant de répartir la valeur entre les créanciers ne perturbe pas le régime de priorité établi dans la *LFI*. Au moment d'élaborer ce régime, le Parlement voulait permettre aux organismes de réglementation d'imposer une charge prioritaire sur le bien réel du failli touché par un fait ou dommage lié à l'environnement en vue de financer la décontamination (voir le par. 14.06(7)). Ainsi, la *LFI* envisage explicitement la possibilité que des organismes de réglementation tire une valeur des biens réels du failli touchés par un fait ou dommage lié à l'environnement. Bien que l'organisme de réglementation n'ait pu se prévaloir du par. 14.06(7), compte tenu de la nature de la propriété des biens dans l'industrie pétrolière et gazière de l'Alberta, les ordonnances d'abandon et la CGR reproduisent l'effet du par. 14.06(7) en l'espèce. De plus, il importe de souligner que les seuls biens de valeur de Redwater étaient touchés par un fait ou dommage lié à l'environnement. Les ordonnances d'abandon et exigences relatives à la CGR n'avaient donc pas pour objet de forcer Redwater à s'acquitter des obligations de fin de vie avec des biens étrangers au fait

in this case does not interfere with the aims of the *BIA* — rather, it facilitates them.

[160] Bankruptcy is not a licence to ignore rules, and insolvency professionals are bound by and must comply with valid provincial laws during bankruptcy. They must, for example, comply with non-monetary obligations that are binding on the bankrupt estate, that cannot be reduced to provable claims, and the effects of which do not conflict with the *BIA*, notwithstanding the consequences this may have for the bankrupt's secured creditors. The Abandonment Orders and the LMR requirements are based on valid provincial laws of general application — exactly the kind of valid provincial laws upon which the *BIA* is built. As noted in *Moloney*, the *BIA* is clear that “[t]he ownership of certain assets and the existence of particular liabilities depend upon provincial law” (para. 40). End-of-life obligations are imposed by valid provincial laws which define the contours of the bankrupt estate available for distribution.

[161] Finally, as noted earlier, the *BIA*'s general purpose of facilitating financial rehabilitation is not relevant for a corporation such as Redwater. Corporations with insufficient assets to satisfy their creditors will never be discharged from bankruptcy because they cannot satisfy all their creditors' claims in full (*BIA*, s. 169(4)). Thus, no conflict with this purpose is caused by the conclusion that the end-of-life obligations binding Redwater are not provable claims.

IV. Conclusion

[162] There is no conflict between Alberta's regulatory regime and the *BIA* requiring portions of the former to be rendered inoperative in the context of bankruptcy. Although GTL remains fully protected from personal liability by federal law, it cannot walk away from the environmental liabilities of the bankrupt estate by invoking s. 14.06(4). On a

ou dommage lié à l'environnement. Autrement dit, la reconnaissance que les ordonnances d'abandon et exigences relatives à la CGR ne sont pas des réclamations prouvables en l'espèce facilite l'atteinte des objets de la *LFI* au lieu de la contrecarrer.

[160] La faillite n'est pas un permis de faire abstraction des règles, et les professionnels de l'insolvabilité sont liés par les lois provinciales valides au cours de la faillite. À titre d'exemple, ils doivent respecter les obligations non pécuniaires liant l'actif du failli qui ne peuvent être réduites à des réclamations prouvables et dont les effets n'entrent pas en conflit avec la *LFI*, sans égard aux répercussions que cela peut avoir sur les créanciers garantis du failli. Les ordonnances d'abandon et exigences relatives à la CGR reposent sur des lois provinciales valides d'application générale et elles représentent exactement le genre de loi provinciale valide sur lequel se fonde la *LFI*. Tel qu'il est signalé dans *Moloney*, la *LFI* indique clairement que « [l]a propriété de certains biens et l'existence de dettes particulières relèvent du droit provincial » (par. 40). Les obligations de fin de vie sont imposées par des lois provinciales valides qui définissent les contours de l'actif du failli susceptible d'être partagé.

[161] Enfin, rappelons que l'objet général de la *LFI* de favoriser la réhabilitation financière ne concerne pas une société comme Redwater. Les sociétés n'ayant pas assez de biens pour satisfaire leurs créanciers ne seront jamais libérées de leur faillite puisqu'elles ne peuvent acquitter entièrement toutes les réclamations de leurs créanciers (*LFI*, par. 169(4)). Ainsi, la conclusion selon laquelle les obligations de fin de vie incombant à Redwater ne sont pas des réclamations prouvables n'est à l'origine d'aucun conflit avec cet objet.

IV. Conclusion

[162] Il n'y a aucun conflit entre le régime de réglementation de l'Alberta et la *LFI* en raison duquel des parties du premier doivent être inopérantes dans le contexte de la faillite. Bien que GTL demeure entièrement dégagé de toute responsabilité personnelle par le droit fédéral, il ne peut se soustraire aux engagements environnementaux qui lient l'actif du

proper application of the *Abitibi* test, the Redwater estate must comply with ongoing environmental obligations that are not claims provable in bankruptcy.

[163] Accordingly, the appeal is allowed. In *Alberta Energy Regulator v. Grant Thornton Limited*, 2017 ABCA 278, 57 Alta. L.R. (6th) 37, Wakeling J.A. declined to stay the precedential effect of the Court of Appeal’s decision. As he noted, the interests of the Regulator itself were already protected. Pursuant to earlier orders of the Alberta courts, GTL had already sold or renounced all of Redwater’s assets, and the sale proceeds were being held in trust. Accordingly, the Regulator’s request for an order that the proceeds from the sale of Redwater’s assets be used to address Redwater’s end-of-life obligations is granted. Additionally, the chambers judge’s declarations in paras. 3 and 5-16 of his order are set aside.

[164] As the successful party in the appeal, the Regulator would normally be entitled to its costs. However, the Regulator specifically did not seek costs. Accordingly, there will be no order made as to costs.

The reasons of Moldaver and Côté JJ. were delivered by

CÔTÉ J. (dissenting) —

I. Introduction

[165] Redwater Energy Corporation (“Redwater”) is a bankrupt oil and gas company. Its estate principally consists of two types of properties or assets: valuable, producing oil wells and facilities that are still capable of generating revenue; and value-negative, non-producing assets, including depleted wells that are subject to onerous environmental liabilities. Redwater’s receiver and trustee in bankruptcy, Grant Thornton Limited (“GTL”), purports to have disclaimed ownership of the non-producing

failli en invoquant le par. 14.06(4). D’après une juste application du critère d’*Abitibi*, l’actif de Redwater doit respecter les obligations environnementales continues qui ne sont pas des réclamations prouvables en matière de faillite.

[163] En conséquence, le pourvoi est accueilli. Dans *Alberta Energy Regulator c. Grant Thornton Limited*, 2017 ABCA 278, 57 Alta. L.R. (6th) 37, le juge Wakeling a refusé de suspendre l’effet de précédent de l’arrêt rendu par la Cour d’appel. Comme il l’a fait remarquer, les intérêts de l’organisme de réglementation lui-même étaient déjà protégés. Conformément aux ordonnances rendues auparavant par les tribunaux albertains, GTL avait déjà vendu l’ensemble des biens de Redwater ou y avait renoncé et le produit de la vente a été détenu en fiducie. Ainsi, la Cour rend l’ordonnance demandée par l’organisme de réglementation selon laquelle le produit de la vente des biens de Redwater doit être utilisé pour satisfaire aux obligations de fin de vie de Redwater. En outre, les déclarations du juge siégeant en cabinet qui figurent aux par. 3 et 5-16 de son ordonnance sont annulées.

[164] Puisqu’il a gain de cause dans le cadre de ce pourvoi, l’organisme de réglementation aurait normalement droit aux dépens. Toutefois, il a expressément mentionné ne pas les demander. C’est pourquoi aucune ordonnance ne sera rendue à cet égard.

Version française des motifs des juges Moldaver et Côté rendus par

LA JUGE CÔTÉ (dissidente) —

I. Introduction

[165] Redwater Energy Corporation (« Redwater ») est une société pétrolière et gazière en faillite. Son actif se compose principalement de deux types de biens : des puits de pétrole et des installations pétrolières de valeur productifs qui sont encore susceptibles de générer un revenu; et des biens inexploités ayant une valeur négative, notamment des puits taris auxquels se rattachent de lourds engagements environnementaux. Le séquestre et syndic de faillite de Redwater, Grant Thornton Limited (« GTL »),

assets. It did so in order to sell the valuable, producing wells separately — unencumbered by the liabilities attached to the disclaimed properties — and to distribute the proceeds of that sale to the estate’s creditors.

[166] However, Alberta law does not recognize GTL’s disclaimers as enforceable. Shortly after GTL’s appointment as receiver, the Alberta Energy Regulator (“AER”) issued “Abandonment Orders” for the disclaimed assets, directing Redwater and its working interest participants to carry out environmental work on those properties. Specifically, the AER sought to have GTL “abandon” the non-producing properties, which meant to render the wells environmentally safe according to the AER’s directives. It later notified GTL that it would refuse to approve any sale of Redwater’s valuable assets unless GTL did one of three things: sell the disclaimed properties in a single package with the producing wells and facilities; complete the abandonment and reclamation work itself; or post security to cover the environmental liabilities associated with the disclaimed properties.

[167] The evidence reveals that none of these options is economically viable. The net value of Redwater’s 127 licensed properties is negative, so no rational purchaser would ever agree to buy them as a package. This is precisely why GTL opted to disclaim the burdensome properties in the first place. As to the remaining options, GTL cannot undertake or guarantee the abandonment and reclamation work because the environmental liabilities attached to the disclaimed assets exceed the estate’s realizable value — and in any event, GTL could not access the funds necessary to satisfy these commitments until after a sale of the estate’s valuable assets was completed. The effect of the AER’s position, then, is to hamper GTL in its administration of the estate, preventing it from realizing *any* value for *any* of Redwater’s creditors, including the AER. And the AER’s position effectively leaves the valuable and producing wells in limbo, creating a real risk that

prétend avoir renoncé à la propriété des biens inexploités, et ce, afin de vendre séparément les puits de valeur productifs — non grevés des engagements se rattachant aux biens visés par les renonciations — et de répartir le produit de cette vente entre les créanciers de l’actif.

[166] Toutefois, la loi albertaine ne reconnaît pas de force exécutoire aux renonciations de GTL. Peu de temps après la nomination de GTL à titre de séquestre, l’Alberta Energy Regulator (« AER ») a rendu des « ordonnances d’abandon » à l’égard des biens visés par les renonciations, ordonnant à Redwater et à ses participants en participation directe d’exécuter des travaux environnementaux sur ceux-ci. En particulier, l’AER souhaitait que GTL « abandonne » les biens inexploités, ce qui signifie rendre les puits sûrs pour l’environnement, selon les directives de l’AER. Il a ensuite avisé GTL qu’il refuserait d’approuver toute vente des biens de valeur de Redwater à moins que GTL ne fasse l’une des trois choses suivantes : vendre les biens visés par les renonciations avec les puits et les installations productifs comme un tout unique; achever elle-même les travaux d’abandon et de remise en état; ou verser un dépôt de garantie pour couvrir les engagements environnementaux liés aux biens visés par les renonciations.

[167] La preuve révèle qu’aucune de ces possibilités n’est viable sur le plan économique. La valeur nette des 127 biens de Redwater qui sont visés par des permis est négative, de sorte qu’aucun acheteur sensé n’accepterait de les acquérir ensemble. C’est précisément pour cette raison que GTL a choisi de renoncer aux biens représentant un fardeau en premier lieu. Quant aux autres possibilités, GTL ne peut ni exécuter les travaux d’abandon et de remise en état ni en garantir l’exécution parce que les engagements environnementaux se rattachant aux biens visés par les renonciations dépassent la valeur de réalisation de l’actif et que, de toute façon, GTL ne pourrait obtenir les sommes nécessaires pour satisfaire à ces engagements qu’après avoir procédé à la vente des biens de valeur se trouvant dans l’actif. La position de l’AER a donc pour effet d’entraver GTL dans son administration de l’actif, l’empêchant de réaliser une *quelconque* valeur pour *l’un ou l’autre* des créanciers

they, too, will become “orphans” — assets that are unable to be sold to another company and are left entirely unrealized.

[168] According to Wagner C.J., GTL is without recourse because federal law enables it only to protect itself from personal liability and because the AER was entitled to assert its environmental liability claims outside of the bankruptcy process. I disagree on both points. In my view, two aspects of Alberta’s regulatory regime conflict with the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“*BIA*”). This result flows from a proper and accurate understanding of fundamental principles of constitutional and insolvency law.

[169] First, Alberta’s statutes regulating the oil and gas industry define the term “licensee” as including receivers and trustees in bankruptcy. The effect of this definition is that insolvency professionals are subject to the same obligations and liabilities as Redwater itself — including the obligation to comply with the AER’s Abandonment Orders and the risk of personal liability for failing to do so. The *BIA*, however, permits a trustee in bankruptcy to disclaim assets encumbered by environmental liabilities. This power was available to GTL in the circumstances of this case, and GTL validly disclaimed the non-productive assets. The result is that it is no longer subject to the environmental liabilities associated with those assets. Because Alberta’s statutory regime does not recognize these disclaimers as lawful (by virtue of the fact that receivers and trustees are regulated as licensees, who cannot disclaim assets), there is an unavoidable operational conflict between federal and provincial law. Alberta’s legislation governing the oil and gas sector should therefore be held inoperative to the extent that it does not recognize the legal effect of GTL’s disclaimers.

de Redwater, y compris l’AER. La position de l’AER place de fait les puits de valeur productifs dans une situation incertaine, créant un risque réel qu’ils deviennent, eux aussi, des [TRADUCTION] « orphelins » — des biens qui ne peuvent être vendus à une autre société et dont la valeur demeure entièrement non réalisée.

[168] Selon le juge en chef Wagner, GTL est sans recours parce que la loi fédérale ne l’autorise qu’à se dégager de toute responsabilité personnelle, et que l’AER avait le droit de faire valoir ses réclamations environnementales en dehors du processus de faillite. Je suis en désaccord sur les deux points. À mon avis, deux aspects du régime de réglementation albertain entrent en conflit avec la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3 (« *LFI* »). Une compréhension adéquate et fidèle des principes fondamentaux du droit constitutionnel et du droit de l’insolvabilité conduit à ce résultat.

[169] D’abord, les lois albertaines qui règlementent l’industrie pétrolière et gazière précisent que le terme [TRADUCTION] « titulaire de permis » vise les séquestres et syndics de faillite. Cette définition a pour effet d’assujettir les professionnels de l’insolvabilité aux mêmes obligations et responsabilités que Redwater elle-même — notamment l’obligation de se conformer aux ordonnances d’abandon de l’AER et le risque d’engager sa responsabilité personnelle pour ne pas l’avoir fait. La *LFI*, par contre, autorise le syndic de faillite à renoncer aux éléments d’actif grevés d’engagements environnementaux. GTL disposait de ce pouvoir dans les circonstances de l’espèce et elle a valablement renoncé aux biens inexploités. Elle n’est donc plus assujettie aux engagements environnementaux liés à ces biens. Étant donné que le régime législatif albertain ne reconnaît pas la légalité de ces renonciations (en raison du fait que les séquestres et les syndics sont règlementés comme des titulaires de permis, qui ne peuvent renoncer à des biens), il y a un conflit d’application inévitable entre la loi fédérale et la loi provinciale. La loi albertaine régissant l’industrie pétrolière et gazière devrait donc être déclarée inopérante dans la mesure où elle ne reconnaît pas l’effet juridique des renonciations de GTL.

[170] Second, the AER has required that GTL satisfy Redwater's environmental liabilities ahead of the estate's other debts, which contravenes the *BIA*'s priority scheme. Because the Abandonment Orders are "claims provable in bankruptcy" under the three-part test outlined by this Court in *Newfoundland and Labrador v. AbitibiBowater Inc.*, 2012 SCC 67, [2012] 3 S.C.R. 443 — from which this Court should not depart either explicitly or implicitly — the AER cannot assert those claims outside the bankruptcy process. To do so would frustrate an essential purpose of the *BIA*: distributing the estate's value in accordance with the statutory priority scheme. Nor can the AER achieve the same result indirectly by imposing conditions on the sale of Redwater's valuable assets. The province's licensing scheme effectively operates as a debt collection mechanism in relation to a bankrupt company: it prevents GTL from discharging its duties as trustee unless the AER's environmental claims are satisfied. As such, it should be held inoperative as applied to Redwater under the second prong of the paramountcy test, frustration of purpose.

II. Background

[171] Redwater was a publicly traded oil and gas company that operated wells, pipelines and other facilities in central Alberta. In mid-2014, it suffered a number of financial setbacks following a series of acquisitions and unsuccessful drilling initiatives. As a result, it became unable to meet its obligations to its largest secured creditor, ATB Financial, which commenced enforcement proceedings.

[172] GTL was appointed as Redwater's receiver on May 12, 2015. Upon its appointment, but before taking possession of any AER-licensed properties, GTL carried out an analysis of the economic viability and marketability of Redwater's assets. It determined that only a portion of the company's properties was actually saleable and that it would not

[170] Ensuite, l'AER a exigé que GTL acquitte les engagements environnementaux de Redwater avant les autres dettes de l'actif, ce qui contrevient au régime de priorité établi par la *LFI*. Comme les ordonnances d'abandon sont des « réclamations prouvables en matière de faillite » selon le test à trois volets énoncé par la Cour dans l'arrêt *Terre-Neuve-et-Labrador c. AbitibiBowater Inc.*, 2012 CSC 67, [2012] 3 R.C.S. 443 — test dont notre Cour ne devrait pas s'écarter explicitement ou implicitement — l'AER ne peut faire valoir ces réclamations en dehors du processus de faillite. Agir ainsi entraverait la réalisation d'un objet essentiel de la *LFI* : le partage de la valeur de l'actif conformément au régime de priorités établi par la loi. L'AER ne peut pas non plus atteindre indirectement le même résultat en imposant des conditions à la vente des biens de valeur de Redwater. Le régime provincial de délivrance de permis sert en fait de mécanisme de recouvrement de créances à l'endroit d'une société en faillite : il empêche GTL de s'acquitter de ses obligations à titre de syndic si les réclamations environnementales de l'AER ne sont pas réglées. Par conséquent, il devrait être déclaré inopérant en ce qui concerne Redwater, suivant le second volet du critère de la prépondérance, l'entrave à la réalisation d'un objet fédéral.

II. Contexte

[171] Redwater était une société pétrolière et gazière cotée en bourse qui exploitait des puits, des pipelines et d'autres installations dans le centre de l'Alberta. Au milieu de l'année 2014, elle a connu plusieurs déboires financiers à la suite d'une série d'acquisitions et d'initiatives de forage infructueuses. Elle n'a donc plus été en mesure de respecter ses obligations envers son plus important créancier garanti, ATB Financial, qui a introduit une procédure d'exécution.

[172] Le 12 mai 2015, GTL a été nommé séquestre de Redwater. Après sa nomination, mais avant de prendre possession de quelconque bien visé par un permis délivré par l'AER, GTL a procédé à une analyse de la viabilité économique et de la valeur commerciale des biens de Redwater. Elle a déterminé que seule une partie des biens de la

be in Redwater's best interests — or in the interests of its creditors — for GTL, as receiver, to take possession of the non-producing properties. It therefore informed the AER on July 3, 2015, that it would take possession of only 20 of Redwater's 127 licensed wells and facilities. On November 2, 2015, shortly after its appointment as trustee, GTL again disclaimed the same non-producing properties it had previously renounced in its capacity as receiver.

[173] According to GTL's assessment, Redwater's valuable assets were worth \$4.152 million and would generate significant value for the estate's creditors if they were sold at auction. On the other hand, the net value of the non-producing properties was -\$4.705 million, reflecting the extensive abandonment and reclamation liabilities owed to the AER. The net value of the estate as a whole was -\$0.553 million. This was why, in GTL's business judgment, a sale of all the estate's assets together was simply not realistic.

[174] The AER responded to GTL's first disclaimer notice by issuing the Abandonment Orders which required Redwater to carry out environmental work on the non-producing properties that GTL had disclaimed. But the AER's enforcement efforts were not limited to the debtor's estate itself. In its initial application that spurred this litigation, the AER filed suit against GTL seeking three principal remedies: (1) a declaration that GTL's disclaimers were void and unenforceable; (2) an order compelling GTL, in its capacity as receiver, to comply with the Abandonment Orders issued in relation to a portion of Redwater's assets; and (3) an order compelling GTL to fulfill its obligations as licensee under Alberta's legislation, specifically in relation to the abandonment, reclamation and remediation of Redwater's licensed properties.

[175] The genesis of this litigation, then, was a clear and forceful effort by the AER to require GTL

société était réellement vendable, et qu'il ne serait pas dans l'intérêt supérieur de Redwater — ni dans l'intérêt de ses créanciers — que GTL, à titre de séquestre, prenne possession des biens inexploités. Elle a donc informé l'AER le 3 juillet 2015 qu'elle prendrait possession de seulement 20 des 127 puits et installations de Redwater visés par un permis. Le 2 novembre 2015, peu après sa nomination à titre de syndic, GTL a encore une fois renoncé aux biens inexploités auxquels elle avait déjà renoncé en sa qualité de séquestre.

[173] Selon l'estimation de GTL, les biens de valeur de Redwater valaient 4,152 millions de dollars et créeraient une valeur importante pour les créanciers de l'actif s'ils étaient vendus aux enchères. Par contre, la valeur nette des biens inexploités était de -4,705 millions de dollars, reflétant les engagements énormes relatifs à l'abandon et à la remise en état envers l'AER. La valeur nette de l'ensemble de l'actif était de -0,553 million de dollars. C'est pourquoi, selon le jugement d'affaire de GTL, une vente de l'ensemble des biens de l'actif n'était tout simplement pas réaliste.

[174] L'AER a répondu au premier avis de renonciation de GTL en rendant les ordonnances d'abandon qui obligeaient Redwater à exécuter des travaux environnementaux sur les biens inexploités auxquels GTL avait renoncé. Mais les mesures d'exécution prises par l'AER ne visaient pas uniquement l'actif de la débitrice en tant que tel. Dans sa demande initiale ayant donné naissance au présent litige, l'AER a intenté une poursuite contre GTL, sollicitant trois mesures de réparation principales : (1) un jugement déclaratoire portant que les renonciations de GTL sont nulles et non exécutoires; (2) une ordonnance obligeant GTL, en sa qualité de séquestre, à se conformer aux ordonnances d'abandon rendues à l'égard d'une partie des biens de Redwater; et (3) une ordonnance contraignant GTL à respecter les obligations que lui impose la loi albertaine en tant que titulaire de permis, concernant plus précisément l'abandon, la remise en état et la décontamination des biens de Redwater visés par des permis.

[175] Le présent litige tire donc son origine d'un effort manifeste et vigoureux de l'AER dans le but

to satisfy Redwater's environmental obligations. To understand why the AER took that approach, it is important to note that it had provincial law on its side. Under the *Oil and Gas Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. O-6 ("OGCA") and the *Pipeline Act*, R.S.A. 2000, c. P-15 ("PLA"), the term "licensee" is defined to include receivers and trustees in bankruptcy (OGCA, s. 1(1)(cc); PLA, s. 1(1)(n)). As a result, insolvency professionals become subject to the same regulatory obligations as the insolvent debtor itself by effectively stepping into its shoes. They can therefore be compelled to carry out abandonment and reclamation work on the direction of the AER (OGCA, s. 27; PLA, s. 23; *Oil and Gas Conservation Rules*, Alta. Reg. 151/71 ("OGCA Rules"), s. 3.012); to reimburse anyone else who does abandonment work (OGCA, ss. 29 and 30; PLA, s. 25); to pay the orphan fund levy for any of the debtor's assets (OGCA, s. 74); to provide a security deposit, under certain circumstances, at the AER's request (OGCA Rules, s. 1.100(2)); and to pay a fine for failing to comply with an order made by the AER (OGCA, ss. 108 and 110(1); PLA, ss. 52(2) and 54(1)). These liabilities are all personal in nature. Other comparable legislation expressly limits the liability of insolvency professionals. For example, the *Environmental Protection and Enhancement Act*, R.S.A. 2000, c. E-12, states that the liability of a receiver or trustee under an environmental protection order "is limited to the value of the assets that the person is administering", absent "gross negligence or wilful misconduct" (s. 240(3)). Alberta's oil and gas statutory regime, however, does not include such a clause protecting receivers and trustees. And as the AER's initial application makes clear, the AER itself viewed these obligations as personal. This was why it sued GTL to compel it, among other things, to comply with its obligations as a licensee under provincial law.

d'obliger GTL à acquitter les obligations environnementales de Redwater. Pour comprendre pourquoi l'AER a agi de la sorte, il est important de souligner que l'AER avait la loi provinciale de son côté. Aux termes de l'*Oil and Gas Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. O-6 (« OGCA »), et de la *Pipeline Act*, R.S.A. 2000, c. P-15 (« PLA »), le terme [TRADUCTION] « titulaire de permis » est défini de façon à inclure les séquestres et les syndics de faillite (OGCA, al. 1(1)(cc); PLA, al. 1(1)(n)). Les professionnels de l'insolvabilité deviennent par le fait même assujettis aux mêmes obligations réglementaires que le débiteur insolvable lui-même, en se mettant de fait à sa place. Ils peuvent donc être contraints d'exécuter des travaux d'abandon et de remise en état sur ordre de l'AER (OGCA, art. 27; PLA, art. 23; *Oil and Gas Conservation Rules*, Alta. Reg. 151/71 (« Règles prises en vertu de l'OGCA »), art. 3.012), de rembourser n'importe qui d'autre effectue les travaux d'abandon (OGCA, art. 29 et 30; PLA, art. 25), de payer au fonds pour les puits orphelins la redevance requise à l'égard de n'importe lequel des biens du débiteur (OGCA, art. 74), de verser un dépôt de garantie, dans certaines circonstances, à la demande de l'AER (Règles prises en vertu de l'OGCA, par. 1.100(2)) et de payer une amende pour avoir omis de se conformer à une ordonnance de l'AER (OGCA, art. 108 et par. 110(1); PLA, par. 52(2) et 54(1)). Ces obligations sont toutes de nature personnelle. D'autres lois comparables limitent expressément la responsabilité des professionnels de l'insolvabilité. Par exemple, l'*Environmental Protection and Enhancement Act*, R.S.A. 2000, c. E-12, prévoit que la responsabilité du séquestre ou du syndic à l'égard d'une ordonnance de protection environnementale [TRADUCTION] « ne dépasse pas la valeur des biens qu'administre cette personne », en l'absence de « négligence grave ou d'inconduite délibérée » (par. 240(3)). Le régime législatif albertain en matière de pétrole et de gaz ne contient toutefois aucune disposition semblable visant à protéger les séquestres et les syndics. Et, comme il ressort de sa demande initiale, l'AER considérait lui-même ces obligations comme des obligations personnelles. C'est pourquoi il a poursuivi GTL afin de le contraindre, notamment, à respecter les obligations que lui impose la loi provinciale en tant que titulaire de permis.

[176] The AER also exercised its enforcement power in another capacity. In addition to issuing the Abandonment Orders, the AER imposed restrictions and conditions on the sale of Redwater’s assets — conditions that effectively required GTL to satisfy those same obligations before a sale could be approved. Thus, even if GTL defied the AER’s request to abandon the non-producing properties, it would still be unable to discharge its duties as receiver and trustee.

[177] Both the chambers judge and the majority of the Court of Appeal found in favour of GTL on each prong of the paramountcy test, concluding that there is an operational conflict and a frustration of purpose (2016 ABQB 278, 33 Alta. L.R. (6th) 221; 2017 ABCA 124, 50 Alta. L.R. (6th) 1). They agreed with GTL and ATB Financial that the provisions of Alberta’s statutory regime permitting the AER to enforce compliance with Redwater’s environmental abandonment and reclamation obligations were constitutionally inoperative during bankruptcy. The AER and the Orphan Well Association (“OWA”) then appealed to this Court.

III. Analysis

[178] The *Constitution Act, 1867*, grants the federal government exclusive jurisdiction to regulate matters relating to bankruptcy and insolvency (s. 91(21)). In the exercise of that jurisdiction, Parliament enacted the *BIA*, “a complete code governing bankruptcy” (*Alberta (Attorney General) v. Moloney*, 2015 SCC 51, [2015] 3 S.C.R. 327, at para. 40; see also *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, at para. 85). The *BIA* outlines, among other things, the powers, duties and functions of receivers and trustees responsible for administering bankrupt or insolvent estates and the scope of claims that fall within the bankruptcy process (see *BIA*, ss. 16 to 38 and 121 to 154).

[179] Although the operation of the *BIA* “depends upon the survival of various provincial rights” (*Moloney*, at para. 40), this is true only to the extent that “substantive provisions of any [provincial] law or

[176] L’AER a également exercé son pouvoir de faire appliquer la loi à un autre titre. En plus de rendre les ordonnances d’abandon, l’AER a imposé des restrictions et conditions à la vente des biens de Redwater — conditions qui obligent en fait GTL à satisfaire auxdites obligations avant même qu’une vente puisse être approuvée. Par conséquent, même si GTL n’accédait pas à la demande de l’AER visant l’abandon des biens inexploités, il ne serait toujours pas en mesure de s’acquitter de ses obligations à titre de séquestre et de syndic.

[177] Le juge en cabinet et les juges majoritaires de la Cour d’appel ont tous donné raison à GTL quant à chacun des volets du test de la prépondérance, concluant qu’il existe un conflit d’application et une entrave à la réalisation d’un objet fédéral (2016 ABQB 278, 33 Alta. L.R. (6th) 221; 2017 ABCA 124, 50 Alta. L.R. (6th) 1). Ils ont convenu avec GTL et ATB Financial que les dispositions du régime législatif albertain permettant à l’AER d’assurer le respect des obligations d’abandon et de remise en état de Redwater étaient constitutionnellement inopérantes durant une faillite. L’AER et l’Orphan Well Association (« OWA ») se sont ensuite pourvus devant la Cour.

III. Analyse

[178] La *Loi constitutionnelle de 1867* confère au gouvernement fédéral la compétence exclusive pour réglementer la faillite et l’insolvabilité (par. 91(21)). Dans l’exercice de cette compétence, le Parlement a édicté la *LFI*, « un code complet en matière de faillite » (*Alberta (Procureur général) c. Moloney*, 2015 CSC 51, [2015] 3 R.C.S. 327, par. 40; voir aussi *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, par. 85). La *LFI* expose notamment les pouvoirs, obligations et attributions des séquestres et syndics chargés d’administrer l’actif du failli ou l’actif insolvable ainsi que la portée des réclamations qui relèvent du processus de faillite (voir *LFI*, art. 16 à 38 et 121 à 154).

[179] Quoique l’application de la *LFI* « dépend[e] de la subsistance de divers droits provinciaux » (*Moloney*, par. 40), ce n’est vrai que dans la mesure où « les dispositions de droit substantif d’une [. . .] loi ou

statute relating to property . . . are not in conflict with [the *BIA*]” (*BIA*, s. 72(1)). When a conflict arises, the *BIA* necessarily prevails (*Moloney*, at paras. 16 and 29; *Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 SCC 53, [2015] 3 S.C.R. 419, at para. 16). This reflects the constitutional principle that federal laws are paramount (*Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 32).

[180] The respondents in this appeal — GTL and ATB Financial — posit two distinct conflicts between the federal and provincial legislation. First, they argue that the *BIA* grants receivers and trustees the power to disclaim any interest in any real property, even where they are not at risk of personal liability by virtue of their possession of the property. This disclaimer power enables trustees to renounce valueless and liability-laden property of a bankrupt in pursuit of their primary goal, which is to maximize global recovery for all creditors. The respondents argue that GTL validly disclaimed the non-producing assets and therefore cannot be held responsible for carrying out the Abandonment Orders; nor can the AER make any sale of Redwater’s assets conditional on the fulfillment of obligations with respect to the disclaimed properties.

[181] Second, they argue that the AER’s Abandonment Orders constitute “claims provable in bankruptcy”. In their view, it would undermine the *BIA*’s priority scheme if the AER could assert those claims outside the bankruptcy process — and ahead of the estate’s secured creditors — whether by compelling GTL to carry out those orders or by making the sale of Redwater’s valuable assets conditional on the fulfillment of those obligations.

[182] In my view, GTL and ATB Financial have satisfied their burden of demonstrating a genuine inconsistency between federal and provincial law under both branches of the paramouncy test. In what follows, I first discuss the operational conflict that arises between Alberta’s regulatory regime and s. 14.06(4) of the *BIA*. I then turn to the second

règle de droit [provinciale] concernant la propriété [. . .] [ne sont pas] incompatibles avec la [*LFI*] » (*LFI*, par. 72(1)). Lorsqu’il y a un conflit, la *LFI* doit prévaloir (*Moloney*, par. 16 et 29; *Saskatchewan (Procureur général) c. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 CSC 53, [2015] 3 R.C.S. 419, par. 16). Cela reflète le principe constitutionnel selon lequel les lois fédérales sont prépondérantes (*Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 32).

[180] Les intimées en l’espèce — GTL et ATB Financial — plaident qu’il existe deux conflits distincts entre la législation fédérale et la législation provinciale. D’abord, ils soutiennent que la *LFI* confère aux séquestres et aux syndics le pouvoir de renoncer à tout intérêt sur un bien réel, même lorsque le séquestre ou le syndic ne risque pas d’engager sa responsabilité personnelle du fait qu’il est en possession du bien. Ce pouvoir de renonciation permet aux syndics de renoncer aux biens sans valeur et grevés d’engagements du failli en vue d’atteindre leur objectif premier : maximiser le recouvrement global pour tous les créanciers. Les intimées soutiennent que GTL a valablement renoncé aux biens inexploités et qu’il ne peut donc être tenu responsable de l’exécution des ordonnances d’abandon; l’AER ne peut pas non plus faire dépendre la vente des biens de Redwater de l’acquiescement d’obligations à l’égard des biens faisant l’objet de la renonciation.

[181] Ensuite, ils soutiennent que les ordonnances d’abandon de l’AER constituent des « réclamations prouvables en matière de faillite ». À leur avis, ce serait saper le régime de priorités établi par la *LFI* que de permettre à l’AER de faire valoir ces réclamations en dehors du processus de faillite — et en priorité par rapport aux créanciers garantis de l’actif — que ce soit en obligeant GTL à exécuter ces ordonnances, ou en faisant dépendre la vente des biens de valeur de Redwater de l’acquiescement de ces obligations.

[182] À mon avis, GTL et ATB Financial se sont acquittés de leur fardeau de démontrer qu’il existe une incompatibilité véritable entre la loi fédérale et la loi provinciale selon les deux volets du test de la prépondérance. Dans les paragraphes qui suivent, j’analyse d’abord le conflit d’application qui existe entre le régime de réglementation albertain et le

branch of the paramountcy analysis, frustration of purpose.

A. *Operational Conflict*

[183] The first branch of the paramountcy test is operational conflict. An operational conflict arises where “it is impossible to comply with both laws” (*Moloney*, at para. 18) — “where one enactment says ‘yes’ and the other says ‘no’”, or where “the same citizens are being told to do inconsistent things” (*Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at p. 191; see also *Lemare Lake*, at para. 18).

[184] In essence, an operational conflict analysis is an exercise in statutory interpretation: the Court must ascertain the meaning of each competing enactment in order to determine whether dual compliance is possible. Although this interpretation exercise takes place within the guiding confines of cooperative federalism, a concept that allows for some interplay and overlap between federal and provincial legislation, this Court recently set out the limits to this concept:

[C]ooperative federalism may be used neither to “override nor [to] modify the division of powers itself” (*Rogers Communications Inc. v. Châteauguay (City)*, [2016 SCC 23, [2016] 1 S.C.R. 467] at para. 39), nor to impose “limits on the otherwise valid exercise of legislative competence” (*Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, [2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693] at para. 19; *Reference re Securities Act*, [2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837] at paras. 61-62). It cannot, therefore, be used to make *ultra vires* legislation *intra vires*. By fostering cooperation between Parliament and the legislatures within the existing constitutional boundaries, however, cooperative federalism works to support, rather than supplant, the division of legislative powers (see: *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 22).

(*Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, 2018 SCC 48, [2018] 3 S.C.R. 189, at para. 18)

[185] Properly understood, cooperative federalism operates as a straightforward interpretive

par. 14.06(4) de la *LFI*. J’examine ensuite le second volet de l’analyse relative à la prépondérance, l’en-trave à la réalisation d’un objet fédéral.

A. *Conflit d’application*

[183] Le premier volet du test de la prépondérance est le conflit d’application. Il y a conflit d’application lorsqu’« il est impossible de respecter les deux lois » (*Moloney*, par. 18) — « lorsqu’une loi dit “oui” et que l’autre dit “non” », ou lorsque l’« on demande aux mêmes citoyens d’accomplir des actes incompatibles » (*Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, p. 191; voir aussi *Lemare Lake*, par. 18).

[184] L’analyse relative au conflit d’application relève essentiellement de l’interprétation des lois : la Cour doit déterminer le sens de chaque loi concurrente afin de décider s’il est possible de respecter les deux lois. Bien que cette démarche d’interprétation s’effectue à l’intérieur du cadre directeur du fédéralisme coopératif, une notion qui permet une certaine interaction et un certain chevauchement entre la loi fédérale et la loi provinciale, notre Cour a récemment fixé les limites de cette notion :

[L]e fédéralisme coopératif ne peut servir « ni [à] l’emporter sur le partage [des compétences] lui-même ni [à] le modifier » (*Rogers Communications Inc. c. Châteauguay (Ville)*, [2016 CSC 23, [2016] 1 R.C.S. 467] par. 39), pas plus qu’il ne peut imposer « des limites à l’exercice par ailleurs valide d’une compétence législative » (*Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693] par. 19; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, [2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837] par. 61-62). Il ne peut donc servir à rendre *intra vires* une loi *ultra vires*. En favorisant la coopération entre le Parlement et les législatures à l’intérieur des limites constitutionnelles existantes, le fédéralisme coopératif appuie le partage des compétences législatives au lieu de le supplanter : voir *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 22.

(*Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, [2018] 3 R.C.S. 189, par. 18)

[185] Interprété correctement, le fédéralisme coopératif fait office de simple présomption en matière

presumption — one that supports, rather than supplants, the modern approach to statutory interpretation. This Court recognized as much in *Moloney*, where Gascon J. wrote that courts should “favour an interpretation of the federal legislation that allows the concurrent operation of both laws” on the basis of a presumption “that Parliament intends its laws to co-exist with provincial laws” (para. 27). But where “the proper meaning of the provision” — one that is not limited to “a mere literal reading of the provisions at issue” — cannot support a harmonious interpretation, it is beyond this Court’s power to create harmony where Parliament did not intend it (para. 23; see also *Pan-Canadian Securities Regulation*, at para. 18; *Lemare Lake*, at paras. 78-79, per Côté J., dissenting, but not on this point).

[186] In my view, my colleague places undue reliance on the principle of cooperative federalism to narrow the scope of federal law and find a harmonious interpretation where no plausible one exists. Courts must be especially careful about using cooperative federalism to interpret legislative provisions narrowly in a case like this where Parliament expressly envisioned that the disclaimer right could come into conflict with provincial law. This is evident from the very first line of s. 14.06(4), which states that the disclaimer power applies “[n]otwithstanding anything in any federal or provincial law”. The notion that judicial restraint should compel a different interpretation is therefore belied by the fact that Parliament considered, acknowledged and *accepted* the potential for conflict. To rely on judicial restraint, then, to avoid a conflict between federal and provincial law is to disregard Parliament’s express instruction. Simply put, this is not a case where a drastic power is to be assumed from the statute; it is one where such a power is clearly provided for. In my view, reliance on cooperative federalism must never result in an interpretation of s. 14.06(4) that is inconsonant with its language, context and purpose.

d’interprétation — qui appuie, sans la supplanter, la méthode moderne d’interprétation des lois. La Cour l’a reconnu dans l’arrêt *Moloney*, où le juge Gascon a écrit que les tribunaux doivent « favoris[er] une interprétation de la loi fédérale permettant une application concurrente des deux lois » en se fondant sur la présomption « que le Parlement a voulu que ses lois coexistent avec les lois provinciales » (par. 27). Mais lorsque « le sens qu’il convient de donner à la disposition » — sens qui ne se limite pas à « une lecture littérale de la disposition en cause » — ne peut appuyer une interprétation harmonieuse, la Cour n’a pas le pouvoir de créer l’harmonie là où le Parlement n’a pas eu l’intention de le faire (*Moloney*, par. 23; voir aussi *Réglementation pan-canadienne des valeurs mobilières*, par. 18; *Lemare Lake*, par. 78-79, la juge Côté, dissidente, mais non sur ce point).

[186] À mon avis, mon collègue se fonde indûment sur le principe du fédéralisme coopératif pour limiter la portée d’une loi fédérale et trouver une interprétation harmonieuse là où il n’en existe aucune qui soit plausible. Les tribunaux doivent être très prudents lorsqu’il s’agit de se fonder sur le fédéralisme coopératif pour interpréter étroitement des dispositions législatives dans un cas comme l’espèce, où le Parlement a expressément prévu que le droit de renonciation pouvait entrer en conflit avec le droit provincial. Cela ressort à l’évidence de la toute première ligne du par. 14.06(4), qui énonce que le pouvoir de renonciation s’applique « [p]ar dérogation au droit fédéral et provincial ». L’idée selon laquelle la retenue judiciaire devrait commander une interprétation différente est donc contredite par le fait que le Parlement a envisagé, reconnu et *accepté* la possibilité de conflit. Recourir à la retenue judiciaire pour éviter un conflit entre le droit fédéral et le droit provincial équivaut donc à faire fi de la directive expresse du Parlement. Autrement dit, il ne s’agit pas en l’espèce d’un cas où un pouvoir draconien doit être déduit de la loi; il s’agit d’un cas où un tel pouvoir est clairement prévu. À mon avis, le recours au principe du fédéralisme coopératif ne doit jamais donner lieu à une interprétation du par. 14.06(4) qui est incompatible avec son libellé, son contexte et son objet.

[187] It is undisputed in this appeal that Alberta law does not recognize GTL's disclaimers of assets licensed by the AER as enforceable to the extent that they relieve GTL of the obligation to satisfy the environmental liabilities associated with the assets. As receiver and trustee, GTL steps into Redwater's shoes as a "licensee" under provincial law; and, GTL submits, it can therefore, without the disclaimers, be held liable for the debtor's abandonment and reclamation obligations in the same manner as Redwater itself. The question, then, is whether the *BIA* permits GTL to disclaim these properties and what legal effect results from such disclaimer.

[188] Section 14.06 of the *BIA*, reproduced in full in the appendix, outlines a trustee's powers and duties with respect to environmental liabilities and the disclaimer of property. Specifically, s. 14.06(4) states that the trustee is "not personally liable for failure to comply" with an order requiring it to "remedy any environmental condition or environmental damage affecting property involved in a bankruptcy", provided that the trustee "abandons, disposes of or otherwise releases any interest in any real property . . . affected by the condition or damage" within the statutory timeframes. The timing of GTL's disclaimers is not at issue here.

[189] My colleague concludes that, regardless of whether GTL could have properly invoked the disclaimer power in this case, the effect of any such disclaimer would simply be to protect it from personal liability. He states that, in any event, the exercise of the disclaimer power was unnecessary in this case because GTL was already fully protected from personal liability through the operation of s. 14.06(2). Further, he argues, because the AER has not sought to hold GTL personally liable, there is no conflict between federal and provincial law on the facts of this case. With respect, I disagree with this approach to the language of the *BIA*, which does not properly account for fundamental principles of constitutional and insolvency law. I will begin by addressing the proper scope of the disclaimer power provided to trustees, explaining that the actual existence of a risk of personal liability is not a necessary condition for

[187] Il n'est pas contesté en l'espèce que la loi albertaine ne reconnaît pas de force exécutoire aux renonciations de GTL à des biens visés par un permis délivré par l'AER dans la mesure où elles soustraient GTL à l'obligation de respecter les engagements environnementaux liés aux biens. À titre de séquestre et de syndic, GTL remplace Redwater en tant que « titulaire de permis » selon la loi provinciale, et GTL soutient qu'il peut par conséquent, en l'absence des renonciations, être tenu responsable des obligations d'abandon et de remise en état de la débitrice au même titre que Redwater elle-même. Il s'agit donc de savoir si la *LFI* autorise GTL à renoncer à ces biens et quel est l'effet de cette renonciation en droit.

[188] L'article 14.06 de la *LFI*, reproduit intégralement en annexe, décrit les pouvoirs et responsabilités du syndic quant aux engagements environnementaux et à la renonciation aux biens. Plus précisément, le par. 14.06(4) prévoit que le syndic est « dégagé de toute responsabilité personnelle découlant du non-respect » d'une ordonnance l'obligeant à « répar[er] [. . .] tout fait ou dommage lié à l'environnement et touchant un bien visé par une faillite », pourvu que le syndic « abandonne [. . .] tout intérêt sur le bien réel en cause, en dispose ou s'en dessaisit » dans les délais prévus par la loi. Le moment des renonciations de GTL n'est pas en litige en l'espèce.

[189] Mon collègue conclut que, peu importe si GTL avait pu invoquer à juste titre le pouvoir de renonciation en l'espèce, cette renonciation a simplement pour effet de le dégager de toute responsabilité personnelle. Selon lui, en tout état de cause, il était inutile d'exercer le pouvoir de renonciation dans la présente affaire parce que GTL était déjà entièrement à l'abri de toute responsabilité personnelle par application du par. 14.06(2). Il soutient en outre que, comme l'AER n'a pas cherché à tenir GTL personnellement responsable, il n'y a aucun conflit entre la loi fédérale et la loi provinciale en l'espèce. Avec égards, je ne suis pas d'accord avec cette interprétation du libellé de la *LFI*, qui ne tient pas dûment compte des principes fondamentaux du droit constitutionnel et du droit de l'insolvabilité. Je commencerai par traiter de la portée que doit avoir le pouvoir de renonciation accordé aux syndics, en

the exercise of this power and that, while protection from personal liability is one effect of a valid disclaimer, it is not the only one. In my view, this interpretation makes s. 14.06(4) consistent with the remainder of the section and is therefore to be preferred. With respect, I do not accept that Parliament intended s. 14.06(4) simply to protect trustees from the exact same liability that it had already addressed through s. 14.06(2). Subsection (4) must have a meaningful role to play within Parliament's bankruptcy and insolvency regime; I reject the suggestion that Parliament crafted a superfluous provision. I will also deal briefly with the AER's argument that the disclaimer power is not available at all in the context of Alberta's oil and gas statutory regime. In my view, it is available in this context.

(1) The Power to Disclaim Under Section 14.06(4)

[190] The “natural meaning which appears when the provision is simply read through” (*Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724, at p. 735) is that s. 14.06(4) assumes and incorporates a pre-existing common law right to disclaim property in the context of bankruptcy and insolvency (see L. Silverstein, “Rejection of Executory Contracts in Bankruptcy and Reorganization” (1964), 31 *U. Chi. L. Rev.* 467, at pp. 468-72; *New Skeena Forest Products Inc. v. Don Hull & Sons Contracting Ltd.*, 2005 BCCA 154, 251 D.L.R. (4th) 328, at paras. 24-31; *Re Thompson Knitting Co., Ltd.*, [1925] 2 D.L.R. 1007 (Ont. S.C. (App. Div.)), at p. 1008). This right is in keeping with the fundamental objective of court officers in insolvencies: the maximization of recovery for creditors as a whole by realizing the estate's valuable assets. By allowing trustees to disclaim assets with substantial liabilities, this power enables them to administer the estate in the most efficient manner and to avoid significant costs of administration that would reduce creditor recovery. Section 14.06(4)

expliquant que l'existence d'un risque de responsabilité personnelle ne constitue pas une condition essentielle à l'exercice de ce pouvoir et que, même si la protection contre toute responsabilité personnelle est un effet d'une renonciation valide, ce n'est pas le seul. À mon avis, cette interprétation fait en sorte que le par. 14.06(4) s'accorde avec le reste de l'article et il convient donc de la privilégier. Avec égards, je n'accepte pas que le Parlement voulait par ce paragraphe mettre simplement les syndic à l'abri de la même responsabilité, ce qu'il avait déjà fait au par. 14.06(2). Le paragraphe (4) doit avoir un rôle significatif à jouer dans le régime de faillite et d'insolvabilité du Parlement; je rejette la thèse selon laquelle le Parlement a conçu une disposition superflue. Je me pencherai aussi brièvement sur l'argument de l'AER selon lequel il n'est pas du tout possible d'exercer le pouvoir de renonciation dans le contexte du régime législatif de l'Alberta en matière de pétrole et de gaz. J'estime qu'il peut être exercé dans ce contexte.

(1) Le pouvoir de renonciation en vertu du par. 14.06(4)

[190] Le « sens naturel qui se dégage de la simple lecture de la disposition dans son ensemble » (*Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724, p. 735) est que le par. 14.06(4) présume et incorpore un droit préexistant en common law de renoncer à des biens dans le contexte de la faillite et de l'insolvabilité (voir L. Silverstein, « Rejection of Executory Contracts in Bankruptcy and Reorganization » (1964), 31 *U. Chi. L. Rev.* 467, p. 468-472; *New Skeena Forest Products Inc. c. Don Hull & Sons Contracting Ltd.*, 2005 BCCA 154, 251 D.L.R. (4th) 328, par. 24-31; *Re Thompson Knitting Co., Ltd.*, [1925] 2 D.L.R. 1007 (C.S. Ont. (Div. app.)), p. 1008). Ce droit est en accord avec l'objectif fondamental poursuivi par les officiers de la cour en insolvabilité : maximiser le recouvrement au bénéfice de l'ensemble des créanciers par la réalisation des éléments de valeur de l'actif. En permettant aux syndic de renoncer à des biens grevés d'engagements substantiels, ce pouvoir donne aux syndic la faculté d'administrer l'actif le plus efficacement

recognizes and supports this foundational principle of insolvency law.

[191] This reading offers the clearest and most obvious explanation for the manner in which the provision is drafted, in that it plainly describes a result or legal effect of disclaimer: a trustee “is not personally liable for failure to comply” with an environmental order “if . . . the trustee . . . abandons, disposes of or otherwise releases any interest in any real property” (s. 14.06(4)). We should interpret s. 14.06(4) as authorizing the act of disclaimer in light of the principle that “[t]he legislator does not speak in vain” (*Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 37, citing *Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831, at p. 838). If a trustee did not have the power to disclaim property, and if that power were not recognized and provided for in the statute, a provision describing the effect of such a disclaimer would serve no purpose.

[192] The AER submits that property may be disclaimed only where it is necessary for a trustee to avoid personal liability with respect to an environmental order. This interpretation entirely inverts the language of the provision, turning a stated *effect* of disclaimer into a necessary condition that circumscribes the exercise of the power. The operative clauses are neither written nor ordered in this manner. Rather, s. 14.06(4) expresses the disclaimer right in unqualified terms and emphasizes that a trustee may not be held liable whenever that right is exercised. If Parliament truly intended to condition the right to disclaim property on the actual existence of a risk of personal liability, “it is hard to conceive of a more convoluted and sibylline way of stating something that could be so easily expressed in clear and direct terms” (*Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, at p. 124).

possible et leur épargne des frais considérables d’administration qui réduiraient le recouvrement au profit des créanciers. Le paragraphe 14.06(4) reconnaît et appuie ce principe fondamental du droit de l’insolvabilité.

[191] Cette interprétation offre l’explication la plus claire et la plus évidente de la façon dont la disposition est rédigée, en ce qu’elle décrit simplement un résultat ou effet juridique d’une renonciation : le syndic est « dégage de toute responsabilité personnelle découlant du non-respect » d’une ordonnance environnementale « si [. . .] il abandonne [. . .] tout intérêt sur le bien réel en cause, en dispose ou s’en dessaisit » (al. 14.06(4)). Nous devons interpréter le par. 14.06(4) comme autorisant l’acte de renonciation à la lumière du principe selon lequel « le législateur ne parle pas pour ne rien dire » (*Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 37, citant *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831, p. 838). Si le syndic n’avait pas le pouvoir de renoncer à des biens et si ce pouvoir n’était pas reconnu et prévu dans la loi, une disposition décrivant l’effet d’une telle renonciation n’aurait aucune utilité.

[192] L’AER soutient qu’il est possible de renoncer à un bien uniquement lorsque cela est nécessaire pour que le syndic échappe à toute responsabilité personnelle à l’égard d’une ordonnance environnementale. Cette interprétation inverse complètement le libellé de la disposition, transformant un *effet* énoncé de la renonciation en condition essentielle circonscrivant l’exercice du pouvoir. Les dispositions applicables ne sont ni rédigées ni ordonnées de cette façon. Le paragraphe 14.06(4) exprime plutôt le droit de renonciation en des termes qui ne comportent aucune restriction et fait ressortir que le syndic ne peut être tenu responsable quand ce droit est exercé. Si le Parlement avait vraiment voulu rendre le droit de renoncer à un bien tributaire de l’existence d’un risque de responsabilité personnelle, « il est difficile d’imaginer une façon plus compliquée et sibylline d’exprimer quelque chose qui pouvait être dit si facilement dans des termes clairs et directs » (*Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, p. 124).

[193] My colleague adopts a slightly different approach. Rather than accepting the argument that the risk of personal liability is a necessary condition to the exercise of the disclaimer power in s. 14.06(4), he concludes that protection from personal liability for non-compliance with environmental orders is the only consequence of a valid disclaimer. Therefore, he says, the bankrupt's estate is not relieved of its obligations under the environmental orders and the trustee can be compelled to expend the entirety of the estate's assets on compliance. With respect, this also cannot be the correct reading of the subsection. Nor do I believe that the brief references to s. 14.06(4) in *GMAC Commercial Credit Corp. — Canada v. T.C.T. Logistics Inc.*, 2006 SCC 35, [2006] 2 S.C.R. 123 — a case in which this subsection was not directly in issue and this Court was not tasked with interpreting it in any meaningful way — provide much assistance in this case.

[194] I accept that the opening words of s. 14.06(4) refer to the personal liability of the trustee. However, when the words of the subsection are read “in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”, as the courts are required to do (see *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Bell ExpressVu*, at para. 26, quoting E. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87), their meaning becomes apparent.

[195] Section 14.06(4) both assumes and relies on the common law power of trustees to disclaim assets, a power that the majority of the Court of Appeal described as “commonplace” (para. 47). Even my colleague appears to accept that this disclaimer power “predates” s. 14.06(4) itself (at para. 95). Indeed, the majority of the Court of Appeal recognized that “[s]ection 14.06 does not appear to create a right in a trustee to abandon properties without value, but rather assumes that one exists upon bankruptcy” (para. 63). This is the only rational explanation for why Parliament made the effects of s. 14.06(4) available when the trustee “abandons, disposes of or otherwise releases any interest in any real property”. While avoiding personal liability is one effect

[193] Mon collègue adopte une approche légèrement différente. Au lieu d'accepter l'argument selon lequel le risque d'engager la responsabilité personnelle est une condition essentielle à l'exercice du pouvoir de renonciation prévu au par. 14.06(4), il conclut que la protection contre toute responsabilité personnelle pour non-respect d'ordonnance environnementale est l'unique conséquence d'une renonciation valide. Par conséquent, dit-il, l'actif du failli n'est pas déchargé des obligations que lui imposent les ordonnances environnementales et on peut contraindre le syndic à consacrer la valeur entière de l'actif au respect des ordonnances. Avec égards, il ne peut s'agir de la lecture correcte du par. 14.06(4). Je ne crois pas non plus que les brèves mentions de ce paragraphe dans *Société de crédit commercial GMAC — Canada c. T.C.T. Logistics Inc.*, 2006 CSC 35, [2006] 2 R.C.S. 123, une affaire où le par. 14.06(4) n'était pas directement en cause et où notre Cour n'avait pas à l'interpréter de façon significative, se révèlent fort utiles en l'espèce.

[194] Certes, le début du par. 14.06(4) parle de la responsabilité personnelle du syndic. Cependant, lorsqu'on lit les termes du paragraphe « dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'[économie] de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur », tel que doivent le faire les tribunaux (voir *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu*, par. 26, citant E. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87), leur sens devient apparent.

[195] Le paragraphe 14.06(4) tient pour acquis et repose sur le pouvoir des syndics en common law de renoncer à des biens, un pouvoir dont l'exercice est [TRADUCTION] « monnaie courante », affirment les juges majoritaires de la Cour d'appel (par. 47). Même mon collègue semble accepter que ce pouvoir de renonciation « précède » le par. 14.06(4) lui-même (par. 95). En effet, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont reconnu que « [l']article 14.06 ne semble pas créer le droit du syndic d'abandonner des biens sans valeur; il en tient plutôt l'existence pour acquise en cas de faillite » (par. 63). C'est la seule explication logique pour laquelle le Parlement a laissé le par. 14.06(4) produire ses effets lorsque le syndic « abandonne [. . .] tout intérêt sur le bien

of the appropriate exercise of this power, it is not the only effect. Disclaimer operates to “determine, as from the date of the disclaimer, the rights, interests and liabilities” in the disclaimed property (R. Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law* (4th ed. 2011), at p. 202). By properly disclaiming certain assets, the trustee is relieved of any liabilities associated with the disclaimed property and loses the ability to sell the property for the benefit of the estate. The author Frank Bennett, writing about the administration of the bankrupt’s real property, explains that “[w]here the trustee disclaims its interest, the disclaimer releases and disclaims any and all right, title and interest to the property” (*Bennett on Creditors’ and Debtors’ Rights and Remedies* (5th ed. 2006), at p. 482 (footnote omitted)).

[196] The majority asserts that s. 14.06(4) does not allow a trustee to “walk away” from assets and the environmental liabilities associated with them (paras. 86, 100 and 102). However, *disclaiming* property does have precisely this effect. It permits the trustee not to realize assets that would provide no value to the estate’s creditors and whose realization would therefore undermine the trustee’s fundamental objective. A recognized purpose of the disclaimer power is to “avoid the continuance of liabilities in respect of onerous property which would be payable as expenses of the liquidation, to the detriment of unsecured creditors” (Goode, at p. 200 (footnote omitted)). These principles are no less valid in relation to valueless real property than they are in relation to unprofitable and burdensome executory contracts. Indeed, there has been no suggestion in this appeal, including from the AER and the OWA, that trustees can never disclaim onerous real property.

[197] This explanation of the disclaimer power is borne out by GTL’s actions in the instant case. After assessing the economic viability and marketability of Redwater’s assets, GTL determined that it would be most beneficial to Redwater’s creditors as a whole if it disclaimed the non-producing, liability-laden assets.

réel en cause, en dispose ou s’en dessaisit ». Bien que la protection contre toute responsabilité personnelle soit un effet de l’exercice régulier de ce pouvoir, ce n’est pas le seul. La renonciation sert à [TRADUCTION] « déterminer, à partir de sa date, les droits, intérêts et engagements » sur le bien auquel le syndic a renoncé (R. Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law* (4^e éd. 2011), p. 202). En renonçant à bon droit à certains biens, le syndic est dégagé de toute responsabilité associée aux biens faisant l’objet de la renonciation et ne peut plus vendre les biens au profit de l’actif. Dans le contexte de l’administration des biens réels du failli, l’auteur Frank Bennett explique que [TRADUCTION] « [l]orsque le syndic renonce à son intérêt, la renonciation emporte dessaisissement de tout droit, titre et intérêt sur le bien en question » (*Bennett on Creditors’ and Debtors’ Rights and Remedies* (5^e éd. 2006), p. 482 (note en bas de page omise)).

[196] Les juges majoritaires font valoir que le par. 14.06(4) n’autorise pas le syndic à « délaisser » des biens ou à se soustraire aux engagements environnementaux qui s’y rattachent (par. 86, 100 et 102). Or, c’est exactement ce qu’entraîne la *renonciation* à des biens. Elle permet au syndic de ne pas réaliser des biens qui ne seraient pas profitables aux créanciers de l’actif et compromettraient par le fait même son objectif principal. Le pouvoir de renonciation a pour objet reconnu [TRADUCTION] « [d’]éviter la poursuite des engagements à l’égard de biens onéreux qui seraient payables aux dépens de la liquidation, et ce, au détriment des créanciers non garantis » (Goode, p. 200 (note en bas de page omise)). Ces principes valent tout autant dans le cas des biens réels sans valeur que dans celui des contrats exécutoires non rentables et contraignants. En fait, personne n’a laissé entendre en l’espèce, pas même l’AER ou l’OWA, que les syndics ne peuvent jamais renoncer à des biens réels onéreux.

[197] Cette explication du pouvoir de renonciation est confirmée par les agissements de GTL en l’espèce. Après avoir estimé la viabilité économique et la qualité marchande des biens de Redwater, GTL a décidé que ce qui serait le plus profitable aux créanciers de Redwater dans leur ensemble, ce serait qu’il renonce aux biens inexploités et grevés d’engagements.

[198] Parliament’s recognition of this common law disclaimer power in s. 14.06(4) is not new. The power is also referred to in another section, albeit in a broader context. Section 20(1) of the *BIA*, provides trustees with the ability to “divest” themselves of “any real property or immovable of the bankrupt” generally. However, the disclaimer power itself does not derive from this section. Nor is a trustee required to invoke s. 20(1) in order to exercise the disclaimer power described in s. 14.06(4), which incorporates that power and spells out the particular effects of its exercise in the specific context of environmental remediation orders. In any event, this Court is not required in this appeal to comment on the full effects of s. 20(1).

[199] Under my colleague’s interpretation, it is unclear why Parliament chose to enact the disclaimer mechanism. It is surely true that Parliament could have achieved the same outcome through the use of simpler language. Had it merely intended to protect trustees from personal liability for failure to comply with environmental orders, it could have easily done so directly — in fact, it had already done so in s. 14.06(2). There is no reason why Parliament would have attempted to achieve this relatively straightforward result through the convoluted mechanism of requiring trustees to disclaim property while at the same time not intending such disclaimer to have its “commonplace” common law effects. There is a reason why Parliament has referred to the power to disclaim in s. 14.06(4); we must give effect to this choice and to the words that Parliament has used.

[200] It follows, then, that I respectfully disagree that s. 14.06(4) only protects trustees from specific types of personal liability. But it does not follow that the *estate* is relieved of its liabilities once a trustee exercises the disclaimer power — a misconception that is pervasive in the AER’s submissions and the majority’s analysis. The disclaimed property ultimately reverts to the estate at the conclusion of the bankruptcy proceedings, as is the case with unrealized assets (see *BIA*, s. 40; see also Bennett, at

[198] La reconnaissance par le Parlement, au par. 14.06(4), de ce pouvoir de renonciation en common law n’a rien de nouveau. Le pouvoir est aussi mentionné dans une autre disposition, quoique dans un contexte plus général. Le paragraphe 20(1) de la *LFI* donne au syndic la possibilité de « renoncer » à « un immeuble ou [à] un bien réel du failli » en général. Le pouvoir de renonciation lui-même ne découle cependant pas de cette disposition. Le syndic n’est pas non plus obligé d’invoquer le par. 20(1) pour exercer le pouvoir de renonciation décrit au par. 14.06(4), lequel incorpore ce pouvoir et expose certains effets de son exercice dans le contexte précis des ordonnances de décontamination environnementale. Quoiqu’il en soit, notre Cour n’a pas à commenter en l’espèce tous les effets du par. 20(1).

[199] Suivant l’interprétation de mon collègue, la raison pour laquelle le Parlement a choisi d’instaurer le mécanisme de renonciation n’est pas claire. Il ne fait aucun doute que le Parlement aurait pu atteindre le même résultat en employant un langage plus simple. Si le Parlement comptait simplement protéger les syndics contre toute responsabilité personnelle découlant du non-respect d’ordonnances environnementales, il aurait pu aisément le faire directement; en fait, il l’avait déjà fait au par. 14.06(2). Il n’y a aucune raison pour laquelle le Parlement aurait tenté d’obtenir ce résultat relativement simple par le mécanisme alambiqué consistant à exiger des syndics qu’ils renoncent aux biens, tout en évitant que cette renonciation ait « couramment » des effets en common law. Il y a une raison pour laquelle le Parlement a mentionné le pouvoir de renonciation au par. 14.06(4); nous devons donner effet à ce choix et aux mots qu’il a utilisés.

[200] Par conséquent, avec égards, je ne suis pas d’accord pour dire que le par. 14.06(4) protège les syndics uniquement contre certains types de responsabilité personnelle. Mais cela ne signifie pas que l’*actif* est déchargé de ses engagements une fois que le syndic exerce son pouvoir de renonciation — une idée fautive qui est omniprésente dans les observations de l’AER et l’analyse de la majorité. Le bien visé par une renonciation retourne ultimement dans l’actif à l’issue du processus de faillite, comme c’est

p. 528). The estate remains liable for the remediation obligations attached to the land. Whether the estate has sufficient assets capable of satisfying those liabilities at that point in time is a separate question that is unrelated to the underlying fact of ongoing liability. In any case, the regulatory scheme continues to apply with respect to the retained assets. In referring repeatedly to the idea that disclaimer does not “immunize bankrupt estates from environmental liabilities” (para. 81), the majority misunderstands the impact and purpose of the disclaimer power. The estate itself is not relieved of environmental obligations. As I have noted, the trustee does not take possession of the bankrupt’s assets in order to continue the life of the bankrupt indefinitely. The trustee’s function is to realize on the estate’s valuable assets and maximize global recovery for all creditors. Allowing the trustee to deal only with the value-positive assets to achieve this goal does not relieve the *estate* of its environmental obligations. As a result, the disclaimer power, and its incorporation into s. 14.06(4), is entirely consistent with the foundational principles of insolvency law.

[201] In s. 14.06(4), Parliament has expressly referred to this disclaimer power and spelled out the particular effects flowing from its proper exercise. By doing so, it has purposefully incorporated the disclaimer power into its statutory scheme to achieve its desired purposes.

[202] My interpretation of s. 14.06(4) finds ample support in the Hansard evidence. In the debates preceding the enactment of s. 14.06(4) in 1997, Jacques Hains, a director in the Department of Industry Canada who had been involved in drafting the amendments to the *BIA*, discussed the new options being provided to trustees when faced with an environmental remediation order:

First, he could decide to carry out the order and remedy the environmental damage, the costs to be charged as costs of administration from the bankrupt’s assets.

le cas pour les biens non réalisés (voir *LFI*, art. 40; voir aussi Bennett, p. 528). L’actif demeure responsable des obligations de décontamination qui se rattachent au terrain. La question de savoir si les éléments d’actif sont suffisants pour satisfaire à ces engagements à ce moment précis est une question distincte qui n’a aucun rapport avec le fait sous-jacent de la responsabilité continue. Dans tous les cas, le régime de réglementation continue de s’appliquer aux biens conservés. En exprimant maintes fois l’idée que la renonciation ne met pas « les biens des faillis à l’abri de toute responsabilité environnementale » (par. 81), la majorité se méprend sur l’incidence et l’objet du pouvoir de renonciation. L’actif en soi n’est pas libéré des obligations environnementales. Comme je l’ai noté, le syndic ne prend pas possession des biens du failli en vue de poursuivre indéfiniment la vie du failli. Il a pour fonction de réaliser les biens de valeur de l’actif et de maximiser le recouvrement global au profit de tous les créanciers. Permettre au syndic de s’occuper uniquement des biens de valeur pour atteindre cet objectif ne libère pas l’*actif* de ses obligations environnementales. Ainsi, le pouvoir de renonciation et son incorporation au par. 14.06(4) s’accordent parfaitement avec les principes fondamentaux du droit de l’insolvabilité.

[201] Au paragraphe 14.06(4), le Parlement a mentionné expressément ce pouvoir de renonciation et exposé les effets particuliers découlant de son exercice approprié. Il a incorporé ainsi à dessein à son régime législatif le pouvoir de renonciation pour en réaliser les objectifs visés.

[202] Mon interprétation du par. 14.06(4) est amplement étayée par les débats parlementaires. Lors des débats qui ont précédé l’adoption du par. 14.06(4) en 1997, Jacques Hains, directeur au ministère d’Industrie Canada qui avait participé à la rédaction des modifications à la *LFI*, a discuté des nouvelles solutions qui s’offraient aux syndics aux prises avec des ordonnances de décontamination environnementale :

Premièrement, ils pourraient décider de se conformer à l’ordonnance et d’effectuer la dépollution, dont les coûts seraient des coûts d’administration des actifs du failli.

The second option would be to challenge this order to remedy before the appropriate courts; these two options are already to be found in environmental legislation.

The third option would be for the monitor to apply to the appropriate court for a period of stay to assess the economic viability of complying with the order, whether it is worth the trouble and whether the assets are sufficient to cover the clean up costs.

As a fourth option, if he considers that this course has absolutely no economic viability, he may give notification that he has renounced the real property to which the order applies. [Emphasis added.]

(Standing Committee on Industry, *Evidence*, No. 16, 2nd Sess., 35th Parl., June 11, 1996, at 15:45 to 15:50)

The above passage makes no reference to the personal liability of a trustee who is considering whether to invoke the “fourth option” and disclaim the property. Mr. Hains was clear that the decision to disclaim is based on the “economic viability” of complying with the remediation orders, specifically “whether the assets are sufficient to cover the clean up costs”. This makes sense only in the context of the trustee’s obligation to maximize economic recovery for creditors.

[203] Several months later, Mr. Hains reiterated this fourth option, explaining that, after assessing the economic viability of complying with the order and “knowing that the bill will be too expensive and will not be economically viable, the trustees are then out of it and can abandon that piece of property subject to the order” (*Proceedings of the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce*, No. 13, 2nd Sess., 35th Parl., November 4, 1996, at p. 13:68 (emphasis added)). This description plainly reflects the function of the disclaimer power, which does indeed allow trustees to “walk away” from liability-laden assets that will not contribute to maximizing creditor recovery.

[204] Mr. Hains’ answers to questions from the House of Commons Standing Committee further

Comme deuxième option, ils pourraient contester devant les tribunaux compétents cette ordonnance de dépollution; ces deux options sont déjà prévues dans les lois en matière d’environnement.

La troisième option du praticien consisterait à demander à un tribunal compétent du temps de réflexion pour évaluer s’il est économique de se conformer à l’ordonnance ou non, si cela en vaut la peine et si les actifs sont suffisants pour couvrir les frais de dépollution.

Comme quatrième option, s’il croit que ce n’est absolument pas une décision économique, il pourra signifier qu’il abandonne les sites faisant l’objet de l’ordonnance. [Je souligne.]

(Comité permanent de l’industrie, *Témoignages*, n° 16, 2^e sess., 35^e lég., 11 juin 1996, entre 15 h 45 et 15 h 50)

Le passage précité ne mentionne aucunement la responsabilité personnelle du syndic qui se demande s’il y a lieu de se prévaloir de la « quatrième option » et de renoncer au bien. M. Hains a clairement affirmé que la décision de renoncer repose sur la viabilité « économique » du respect des ordonnances de décontamination, tout particulièrement sur la question de savoir « si les actifs sont suffisants pour couvrir les frais de dépollution ». Cela n’est logique que dans le contexte de l’obligation du syndic de maximiser le recouvrement au profit des créanciers.

[203] Plusieurs mois plus tard, M. Hains a répété cette quatrième option, expliquant qu’après avoir évalué s’il est économique de se conformer à l’ordonnance et « sachant que la facture sera trop élevée et que la proposition ne sera donc pas économiquement viable, le syndic peut s’en laver les mains et abandonner la propriété visée par l’ordonnance » (*Délibérations du comité sénatorial permanent des Banques et du commerce*, n° 13, 2^e sess., 35^e lég., 4 novembre 1996, p. 13:68 (je souligne)). Cette description traduit clairement la fonction du pouvoir de renonciation, qui permet au syndic de « délaissé » les biens grevés d’engagement qui ne contribuent pas à maximiser le recouvrement au profit des créanciers.

[204] Les réponses de M. Hains aux questions du Comité permanent de la Chambre des communes

confirms this interpretation of the disclaimer power. The following exchange is very telling:

Mr. Lebel [Member of Parliament for Chambly]: When a trustee decides to give up the land and realize[s] assets elsewhere, for example by making a profit from the sale of assets, having released himself from the obligation to clean up the land, he would be sharing a dividend realized from other profitable assets and telling the creditors to manage as best they can with the real property. If the creditors are not willing to touch it, he will then tell the government to clean it up. In such a case, each of the bankruptcy creditors would also . . . stand to earn a small dividend, as it is referred to in Bankruptcy Law.

Do you not think that your bill should require the trustee to carry out a clean-up from the assets of the bankruptcy before the dividends are distributed?

Mr. Hains: It's an excellent question that was put to me only three weeks ago by colleagues from the Department of the Environment of Quebec, whom I was meeting to discuss this subject. There were a number of matters of interest to them, particularly the one raised by Mr. Lebel. [Emphasis added.]

(Standing Committee on Industry, June 11, 1996, at 16:55)

Mr. Hains went on to reference various other features of the scheme to assuage Mr. Lebel's concerns and noted that provincial environmental agencies would be responsible for performing the remediation work. Significantly, at no point did Mr. Hains contradict Mr. Lebel's understanding of the bill's provisions. Nor did he take issue with the premise underlying the question: that the new legislation does not "require the trustee to carry out a clean-up from the assets of the bankruptcy" before they are distributed to creditors. Mr. Hains did not claim that provincial regulators might still enforce such a requirement.

[205] This exchange between Mr. Lebel and Mr. Hains clearly demonstrates the collective understanding of all parties that the proposed amendments, containing what would become s. 14.06(4), specifically *did not* require the trustee to expend

confirment elles aussi cette interprétation du pouvoir de renonciation. L'échange qui suit est fort éloquent :

M. Lebel [député de Chambly] : Lorsque le syndic décide de renoncer au terrain et réalise des actifs par ailleurs, par exemple en faisant un profit par la vente d'actifs, s'étant libéré de son obligation de dépolluer le terrain, il partage un dividende réalisé sur d'autres actifs rentables et dit aux créanciers de s'organiser avec le terrain. Si les créanciers ne veulent pas y toucher, il dit au gouvernement de le dépolluer. À ce moment-là, chacun des autres créanciers de la faillite ressort avec un petit dividende. C'est ainsi qu'on appelle cela en droit de la faillite.

Ne pensez-vous pas que votre projet de loi devrait forcer le syndic à faire la décontamination à même les actifs de la faillite avant de distribuer des dividendes?

M. Hains : C'est une excellente question qui m'a été posée il y a à peine trois semaines par des collègues du ministère de l'Environnement du Québec, que j'ai rencontrés pour parler de ce sujet-là. Il y avait des questions qui les intéressaient, notamment celle que M. Lebel soulève. [J souligne.]

(Comité permanent de l'industrie, 11 juin 1996, à 16 h 55)

M. Hains a ensuite mentionné plusieurs autres caractéristiques du régime pour dissiper les préoccupations de M. Lebel et a fait remarquer que les organismes de réglementation environnementaux provinciaux devraient exécuter les travaux de décontamination. Fait important, M. Hains ne contredit jamais la conception que M. Lebel se fait des dispositions du projet de loi. Il ne conteste pas non plus la prémisse qui sous-tend la question : la nouvelle loi ne « force [. . .] pas le syndic à faire la décontamination à même les actifs de la faillite » avant leur répartition entre les créanciers. M. Hains ne prétend pas que les organismes de réglementation provinciaux peuvent toujours assurer le respect d'une telle exigence.

[205] Cet échange entre MM. Lebel et Hains démontre clairement que toutes les parties s'entendent pour dire que les modifications proposées, lesquelles contiennent ce qui allait devenir le par. 14.06(4), n'obligeaient *pas* expressément le syndic à dépenser

the estate's assets to comply with environmental remediation orders. The drafters of s. 14.06(4) thus turned their minds directly to this issue, and their understanding of the provision's effects was contrary to that proposed by the majority.

[206] Based on these references to Hansard, I cannot agree with the majority's statement that the legislative debates provide "no hint" of a parliamentary intention to relieve trustees of the obligation to expend estate assets on environmental remediation (para. 81). This intention was clearly expressed on multiple occasions.

[207] As courts must read statutory provisions in their entire context, and as Parliament is presumed to craft sections and subsections of legislation as parts of a coherent whole, it is important to carefully examine the other subsections of s. 14.06. This is true regardless of whether a party to litigation seeks to apply them or to put them directly in issue (majority reasons, at paras. 88 and 101). Significantly, the immediate statutory context surrounding s. 14.06(4) confirms that a trustee's right to disclaim property is not limited in the manner suggested by the AER or my colleague. Four provisions adjacent to s. 14.06(4) support this conclusion.

[208] First, s. 14.06(5) provides that a court may stay an environmental order "for the purpose of enabling the trustee to assess the economic viability of complying with the order". Assessing "economic viability" is, on its face, broader than assessing the risk of personal liability. This provision indicates that a trustee is entitled to disclaim assets based on a rational economic analysis geared toward maximizing the value of the estate, and not merely in order to protect itself from personal liability. Otherwise, there would be no reason for Parliament to permit a court to grant a stay for the purpose of assessing economic viability. This understanding is consistent with the fundamental principles of insolvency law and with the Hansard evidence, as noted above, as well as with one of the recognized justifications for the disclaimer power more generally: to allow a trustee

les biens de l'actif pour respecter les ordonnances de décontamination environnementale. Les rédacteurs du par. 14.06(4) se sont ainsi directement attardés à cette question et leur conception des effets de la disposition contredisait celle proposée par les juges majoritaires.

[206] Étant donné les extraits précédents des débats parlementaires, je ne peux souscrire à l'affirmation des juges majoritaires selon laquelle les débats législatifs ne donnent « aucun indice » d'une intention du Parlement de relever les syndics de l'obligation de consacrer des biens de l'actif à la décontamination environnementale (par. 81). Le Parlement a clairement manifesté cette intention à maintes reprises.

[207] Puisque les tribunaux doivent lire les dispositions législatives dans leur contexte global, et que le Parlement est présumé rédiger les articles et paragraphes d'une loi comme un tout cohérent, il importe d'examiner avec soin les autres paragraphes de l'art. 14.06. Il en est ainsi, peu importe qu'une partie au litige cherche à les appliquer ou à les mettre directement en cause (motifs des juges majoritaires, par. 88 et 101). Fait révélateur, le contexte immédiat du par. 14.06(4) confirme que le droit du syndic de renoncer à des biens n'est pas limité de la façon suggérée par l'AER ou mon collègue. Quatre dispositions adjacentes au par. 14.06(4) étayaient cette conclusion.

[208] Premièrement, le par. 14.06(5) prévoit que le tribunal peut suspendre une ordonnance environnementale « [e]n vue de permettre au syndic d'évaluer les conséquences économiques du respect de l'ordonnance ». Évaluer les « conséquences économiques » a, à première vue, une portée plus large qu'évaluer le risque de responsabilité personnelle. Cette disposition indique que le syndic a le droit de renoncer à des biens en se fondant sur une analyse économique rationnelle visant à maximiser la valeur de l'actif, et non simplement afin de se prémunir contre une responsabilité personnelle. Sinon, le Parlement n'aurait aucune raison d'autoriser le tribunal à accorder une suspension en vue de permettre l'évaluation des conséquences économiques. Cette interprétation s'accorde avec les principes fondamentaux du droit de l'insolvabilité et les débats parlementaires, tel que

“to complete the administration of the liquidation without being held up by continuing obligations on the company under . . . continued ownership and possession of assets which are of no value to the estate” (Goode, at p. 200).

[209] Second, s. 14.06(7) grants the government a super priority for environmental claims in cases where it has already taken action to remedy the condition or damage. This provision would serve little purpose if a government regulator could assert a super priority for *all* environmental claims, as the AER effectively purports to do here by refusing to recognize GTL’s disclaimers as lawful. It also suggests that Parliament specifically envisioned that the government could obtain a super priority and leapfrog other creditors, but *only* where the government itself has already remediated the environmental damage. An analogous argument was central to the reasoning in *Abitibi*, where this Court observed that the existence of a Crown priority limited to the contaminated property and certain related property under s. 11.8(8) of the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, undercut the argument that Parliament “intended that the debtor always satisfy all remediation costs” in circumstances where that express priority was inapplicable and where the Crown had no further priority with respect to the totality of the estate’s assets (para. 33).

[210] Third, s. 14.06(6) provides that claims for costs of remedying an environmental condition or environmental damage cannot rank as costs of administration if the trustee has disclaimed the property in question. Again, if the AER could effectively assert a super priority by compelling GTL to use all of Redwater’s assets to satisfy its outstanding environmental liabilities, this provision would be unnecessary, because the costs of environmental

je l’ai signalé précédemment, de même qu’avec l’une des justifications reconnues du pouvoir de renonciation de façon plus générale : permettre au syndic [TRADUCTION] « de mener à terme la liquidation sans être freiné par les obligations permanentes de la société [. . .] en conservant la propriété et la possession de biens qui n’augmentent en rien la valeur de l’actif » (Goode, p. 200).

[209] Deuxièmement, le par. 14.06(7) accorde au gouvernement une superpriorité à l’égard des réclamations environnementales dans les cas où il a déjà pris des mesures pour réparer le fait ou le dommage. Cette disposition serait fort peu utile si un organisme de réglementation gouvernemental pouvait faire valoir une superpriorité à l’égard de *toutes* les réclamations environnementales, comme l’AER a effectivement la prétention de le faire en l’espèce, en refusant de reconnaître la légalité des renoncements de GTL. Elle donne également à penser que le Parlement a expressément prévu que le gouvernement pouvait obtenir une superpriorité et devancer les autres créanciers, mais *seulement* lorsqu’il a lui-même déjà réparé le dommage lié à l’environnement. Un argument analogue a constitué l’élément central du raisonnement dans *Abitibi*, où la Cour a fait remarquer que l’existence d’une priorité de la Couronne portant uniquement sur les biens contaminés et certains biens connexes en vertu du par. 11.8(8) de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36, mine l’argument selon lequel le Parlement a eu « l’intention d’obliger le débiteur à supporter dans tous les cas tous les coûts des travaux de décontamination » dans les situations où ce droit de priorité exprès était inapplicable et où la Couronne ne disposait d’aucune autre priorité sur l’ensemble des biens de l’actif (par. 33).

[210] Troisièmement, le par. 14.06(6) prévoit que les réclamations visant les frais de réparation du fait ou dommage lié à l’environnement ne peuvent faire partie des frais d’administration si le syndic a renoncé au bien en question. Encore une fois, si l’AER pouvait effectivement faire valoir une superpriorité en obligeant GTL à utiliser tous les biens de Redwater pour satisfaire aux engagements environnementaux non acquittés de celle-ci, cette disposition

remediation would rank *ahead* of administrative costs in the priority structure. Moreover, s. 14.06(6) highlights the potential for a direct conflict between federal and provincial law. A trustee cannot comply with the AER's instruction to pay environmental costs as part of its administration of the estate while simultaneously complying with the BIA's requirement that such costs *not* be included in the trustee's administrative costs. This further raises the spectre of bankruptcy professionals being forced to expend their own funds under Alberta's regulatory regime — a notion that Parliament clearly rejected by amending the BIA in response to *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. v. Northern Badger Oil & Gas Ltd.*, 1991 ABCA 181, 81 D.L.R. (4th) 280 (see C.A. reasons, at para. 63). This is a risk that is not adequately addressed under my colleague's interpretation.

[211] Fourth, s. 14.06(2) already deals with the circumstances in which a trustee can be held personally liable for a bankrupt's environmental liabilities. Under this provision, personal liability can arise only where environmental damage occurs as a result of the trustee's gross negligence or wilful misconduct. If a risk of personal liability is, in fact, a necessary condition to disclaim under s. 14.06(4), or if protection from personal liability is the only effect of disclaimer, this would mean that the disclaimer power is available or useful only in cases where the underlying environmental condition arises after the trustee's appointment and the trustee is responsible for gross negligence or wilful misconduct.

[212] This obvious absurdity cannot be sidestepped by trying to distinguish between liability for environmental *damage* (purportedly covered by s. 14.06(2)) and liability for *a failure to comply with an order to remedy such damage* (purportedly covered by s. 14.06(4)). This distinction is entirely artificial. If the AER issues an abandonment order in relation to a licensed property, it effectively creates liability for

ne serait pas nécessaire parce que les frais de décontamination environnementale passeraient *avant* les frais d'administration dans l'ordre de priorité. De plus, le par. 14.06(6) fait ressortir la possibilité d'un conflit direct entre la loi fédérale et la loi provinciale. Le syndic ne peut pas obtempérer à la directive de l'AER lui indiquant de supporter les frais environnementaux dans le cadre de son administration de l'actif tout en respectant l'exigence de la LFI selon laquelle ces frais *ne font pas* partie des frais d'administration du syndic. Cela fait également apparaître le spectre de l'obligation pour les professionnels de la faillite de dépenser leurs propres fonds en application du régime de réglementation albertain, une idée que le Parlement a clairement rejetée en modifiant la LFI en réaction à l'arrêt *Panamericana de Bienes y Servicios S.A. c. Northern Badger Oil & Gas Ltd.*, 1991 ABCA 181, 81 D.L.R. (4th) 280 (voir motifs de la Cour d'appel, par. 63). C'est un risque auquel l'interprétation de mon collègue ne répond pas adéquatement.

[211] Quatrièmement, le par. 14.06(2) traite déjà des circonstances dans lesquelles le syndic peut être tenu personnellement responsable des engagements environnementaux du failli. Selon cette disposition, la responsabilité personnelle du syndic ne peut être engagée que si le dommage lié à l'environnement est imputable à sa négligence grave ou à son inconduite délibérée. Si le risque de responsabilité personnelle constitue, en fait, une condition essentielle à la renonciation prévue par le par. 14.06(4), ou si la protection contre toute responsabilité personnelle est le seul effet de la renonciation, cela signifie que le pouvoir de renonciation ne peut être exercé ou n'est utile que dans les cas où le fait sous-jacent lié à l'environnement prend naissance après la nomination du syndic et où ce dernier est responsable de négligence grave ou d'inconduite délibérée.

[212] On ne saurait contourner ce résultat manifestement absurde en tentant d'établir une distinction entre la responsabilité découlant d'un *dommage* lié à l'environnement (qui serait visée par le par. 14.06(2)) et la responsabilité découlant du *non-respect de toute ordonnance* de réparation de ce dommage (qui serait visée par le par. 14.06(4)). Cette distinction est tout à fait artificielle. Si l'AER rend une ordonnance

the underlying condition itself — liability that would still be encompassed by s. 14.06(2). This is evident from the marginal note for s. 14.06(2), “[l]iability in respect of environmental matters”, which is capacious enough to include liability that flows from a failure to comply with an environmental order. In any event, it is difficult to imagine why Parliament would intend to immunize a trustee from personal liability for an environmental *condition*, but still hold the trustee liable for a failure to comply with an *order* to remedy that exact same condition — and then further, permit the trustee to avoid that very liability by disclaiming the property, but either not permit the trustee to disclaim that property in any other circumstance or make it pointless to do so. This convoluted reasoning not only misreads s. 14.06(4), but also rewrites s. 14.06(2) in the process. It effectively creates a sector specific exemption from bankruptcy law that would prohibit many receivers and trustees that operate in the oil and gas industry from disclaiming assets (see N. Bankes, *Majority of the Court of Appeal Confirms Chief Justice Wittmann’s Redwater Decision*, May 3, 2017 (online)).

[213] I also cannot accept that Parliament enacted s. 14.06(4) simply to protect trustees from personal liability in the narrow subset of circumstances not already covered by s. 14.06(2) — namely where an environmental condition or environmental damage arises after a trustee’s appointment and as a result of the trustee’s gross negligence or wilful misconduct — for two main reasons. Firstly, the terms of the provision itself belie this theory. The opening lines of s. 14.06(4) expressly make the limitation of liability “subject to subsection (2)”. This indicates that Parliament deliberately intended subs. (2) to supersede subs. (4) in the determination of liability. Thus, where a trustee has caused an environmental condition or environmental damage through its wilful misconduct or gross negligence, the trustee *will still be personally liable*, despite any valid disclaimer

d’abandon à l’égard d’un bien visé par un permis, il crée effectivement une responsabilité découlant du fait sous-jacent lui-même — une responsabilité qui serait toujours visée par le par. 14.06(2). Cela ressort clairement de la note marginale du par. 14.06(2), « [r]esponsabilité en matière d’environnement », qui est suffisamment vaste pour englober la responsabilité découlant du non-respect d’une ordonnance environnementale. Quoi qu’il en soit, il est difficile d’imaginer pourquoi le Parlement voudrait mettre le syndic à l’abri d’une responsabilité personnelle découlant d’un *fait* lié à l’environnement, tout en tenant néanmoins le syndic responsable du non-respect d’une *ordonnance* de réparation concernant exactement le même fait — pour ensuite permettre au syndic d’être déchargé de cette même responsabilité en renonçant au bien, mais en ne permettant pas au syndic de renoncer à ce bien dans d’autres circonstances ou en rendant inutile cette renonciation. Non seulement ce raisonnement alambiqué constitue-t-il une mauvaise interprétation du par. 14.06(4), mais il équivaut en même temps à une reformulation du par. 14.06(2). Cela revient en fait à créer une exemption sectorielle à l’application du droit de la faillite qui empêcherait les séquestres et les syndics qui exercent leurs activités dans l’industrie pétrolière et gazière de renoncer à des biens (voir N. Bankes, *Majority of the Court of Appeal Confirms Chief Justice Wittmann’s Redwater Decision*, 3 mai 2017 (en ligne)).

[213] Je ne peux non plus accepter que le Parlement a adopté le par. 14.06(4) dans le simple but de protéger les syndics contre toute responsabilité personnelle dans le sous-ensemble restreint de circonstances qui ne sont pas déjà visées par le par. 14.06(2) — à savoir celles où un fait ou dommage lié à l’environnement survient après la nomination du syndic et à cause de sa négligence grave ou de son inconduite délibérée — pour deux raisons principales. Tout d’abord, le texte de la disposition contredit lui-même cette théorie. Les premières lignes du par. 14.06(4) limitent expressément la responsabilité « sous réserve du paragraphe (2) ». Le Parlement tenait donc à ce que le par. (2) l’emporte sur le par. (4) pour ce qui est de déterminer la responsabilité. Ainsi, le syndic ayant causé un fait ou dommage lié à l’environnement par son inconduite délibérée ou sa négligence grave

under subs. (4). Secondly, there is no evidence, or indeed any rationale, to explain why Parliament would have drafted s. 14.06(4) to protect trustees in such narrow circumstances, through the method of disclaiming property, and to shield them from liability where they cause environmental issues through their own wrongdoing.

[214] The majority of this Court accepts that, on its interpretation, no meaningful distinction can be drawn between the protection from personal liability provided by subs. (2) and that provided by subs. (4). Indeed, the majority appears to believe that such a distinction is not even necessary, accepting that “s. 14.06(4) does not provide trustees with protection from personal liability any broader than the protection provided by s. 14.06(2)” (para. 93). However, the effect of this interpretation is to render subs. (4) entirely meaningless and redundant. Trustees would have no reason to exercise their power to disclaim assets, as the only effect of doing so would be to protect them from personal liability from which they are already fully shielded by subs. (2). Section 14.06(4) would therefore serve no purpose whatsoever within Parliament’s bankruptcy regime. I cannot understand the logic of Parliament explicitly referring to, and incorporating, the ability of trustees to disclaim assets — and specifically outlining one consequence of that power — simply to mandate that such an action has no meaningful effect. We must presume that Parliament does not speak in vain and did not craft a pointless provision (*Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610, at para. 87). It is a trite principle of statutory interpretation that every provision of a statute should be given meaning:

It is presumed that every feature of a legislative text has been deliberately chosen and has a particular role to play in the legislative design. The legislature does not include unnecessary or meaningless language in its statutes; . . . it does not make the same point twice.

(R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (3rd ed. 2016), at p. 43)

engagera toujours sa responsabilité personnelle, malgré toute renonciation dûment effectuée en vertu du par. (4). Ensuite, aucune preuve, ni raison en fait, n’explique pourquoi le Parlement aurait rédigé le par. 14.06(4) afin de protéger les syndicis dans des situations aussi particulières, par la renonciation à des biens, et de les mettre à l’abri de leur responsabilité lorsqu’ils endommagent l’environnement par leurs propres actes répréhensibles.

[214] Les juges majoritaires reconnaissent que, d’après leur interprétation, on ne peut établir de distinction utile entre l’immunité de responsabilité personnelle accordée par le par. (2) et celle fournie par le par. (4). En effet, ils semblent croire que cette distinction n’est même pas nécessaire, acceptant que « le par. 14.06(4) n’offre pas aux syndicis une protection contre la responsabilité personnelle plus large que celle fournie par le par. 14.06(2) » (par. 93). Cette interprétation a cependant pour effet de rendre le par. (4) tout à fait dénué de sens et redondant. Le syndic n’aurait aucune raison d’exercer son pouvoir de renoncer à des biens, car cette mesure ne servirait qu’à le protéger contre la responsabilité personnelle dont le par. (2) le met déjà entièrement à l’abri. Ainsi, le par. 14.06(4) n’aurait absolument aucune utilité dans le régime de faillite du Parlement. Je ne peux saisir la logique, pour le Parlement, de mentionner explicitement et d’incorporer le pouvoir du syndic de renoncer à ces biens — et d’énoncer en termes exprès une conséquence de ce pouvoir — simplement pour disposer que cette mesure n’a aucun effet utile. Nous devons présumer que le Parlement ne parle pas pour ne rien dire et qu’il n’a pas rédigé une disposition inutile (*Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610, par. 87). Un principe reconnu d’interprétation législative veut que chaque disposition d’une loi reçoive un sens :

[TRADUCTION] On présume que chaque caractéristique d’un texte de loi a été délibérément choisie et a un rôle précis à jouer dans le cadre législatif. Le législateur n’emploie pas de termes inutiles ou dénués de sens dans ses lois; [. . .] il ne dit pas la même chose deux fois.

(R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (3^e éd. 2016), p. 43)

[215] This evident absurdity cannot be avoided by suggesting that s. 14.06(4) was created to clarify to trustees that they may be required to expend the entire value of a bankrupt estate to comply with environmental orders, despite valid disclaimers. If Parliament's intent was truly to undermine the disclaimer power in this way, it is difficult to conceive of a more convoluted, tortuous and unclear method to achieve this result than s. 14.06(4). Had Parliament simply sought to make clear to trustees that disclaimer would not allow them to relieve themselves from satisfying environmental liabilities, it could easily have done so directly rather than enacting a provision that describes protection from personal liability they do not actually face.

[216] Section 14.06, when read as a whole, indicates that subs. (4) does more than merely protect trustees from personal liability. My colleague has declined to even consider the remaining subsections of s. 14.06 that I have discussed, other than subs. (2). Nonetheless, he says that the plain meaning of a provision cannot be "contorted to make its scheme more coherent" (para. 101). The conclusion that would result from such an approach would be that Parliament simply intended to craft a largely incoherent framework. I disagree that we should reach this conclusion here. As Dickson J. (as he then was) stated in *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616, at p. 676: "We should pay Parliament the respect of not assuming readily that it has enacted legislative inconsistencies or absurdities." A determination that Parliament designed s. 14.06 as an incoherent whole is inconsistent with the role of the courts in statutory interpretation, which is to read the words of a statute in their entire context, harmoniously with the scheme of the statute. As Ruth Sullivan has noted:

It is presumed that the provisions of legislation are meant to work together, both logically and teleologically, as parts of a functioning whole. The parts are presumed to fit together logically to form a rational, internally consistent framework; and because the framework has a purpose, the parts are also presumed to work together dynamically,

[215] Il est impossible d'éviter cette absurdité évidente en affirmant que le par. 14.06(4) visait à préciser au syndic qu'il devait dépenser toute la valeur de l'actif d'un failli pour se conformer à des ordonnances environnementales en dépit de renoncations valides. Si le Parlement avait vraiment eu l'intention de miner ainsi le pouvoir de renonciation, il est difficile d'imaginer un moyen plus alambiqué, tortueux et vague d'atteindre ce résultat que le par. 14.06(4). Si le Parlement avait simplement voulu préciser au syndic que la renonciation ne leur permettrait pas d'être déchargés de l'obligation de respecter les engagements environnementaux, il lui aurait été facile de le faire directement, plutôt que d'adopter une disposition décrivant une immunité de responsabilité personnelle dont le syndic n'a pas besoin.

[216] Lu dans son ensemble, l'art. 14.06 indique que le par. (4) ne se borne pas à dégager les syndics de toute responsabilité personnelle. Mon collègue a même refusé d'examiner les autres paragraphes de l'art. 14.06 dont j'ai parlé, sauf le par. (2). Peu importe, dit-il, on ne peut « déforme[r] le sens clair d'une disposition pour en rendre le régime plus cohérent » (para. 101). Cette approche mènerait à la conclusion selon laquelle le Parlement voulait simplement concevoir un cadre incohérent en grande partie. Je suis en désaccord avec cette conclusion. Tel que l'a mentionné le juge Dickson (plus tard juge en chef) dans *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616, p. 676 : « Nous devons avoir envers le Parlement la courtoisie de ne pas présumer aisément qu'il a édicté des incohérences ou des absurdités ». La conclusion que le Parlement a conçu l'art. 14.06 comme un tout incohérent est incompatible avec la tâche confiée aux tribunaux dans l'interprétation législative, laquelle consiste à lire les termes d'une loi dans leur contexte global en harmonie avec l'économie de la loi. Comme l'a fait remarquer Ruth Sullivan :

[TRADUCTION] Les dispositions d'une loi sont présumées fonctionner ensemble, tant logiquement que téléologiquement, comme les diverses parties d'un tout. Les parties sont présumées s'assembler logiquement pour former un cadre rationnel, intrinsèquement cohérent; et parce que ce cadre a un objet, ses éléments sont aussi

each contributing something toward accomplishing the intended goal.

The presumption of coherence is also expressed as a presumption against internal conflict. It is presumed that the body of legislation enacted by a legislature does not contain contradictions or inconsistencies, that each provision is capable of operating without coming into conflict with any other. [Footnote omitted.]

(*Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 337; see also *R. v. L.T.H.*, 2008 SCC 49, [2008] 2 S.C.R. 739, at para. 47.)

[217] Where it is possible to read the provisions of a statute — especially the various subsections of a single section — in a consistent manner, that interpretation is to be preferred over one that results in internal inconsistency. In my view, as I have set out above, it is possible to read s. 14.06(4) coherently with the remainder of the section. This is the interpretation that Parliament is presumed to have intended. In this case, I see no compelling reason to depart from this presumption.

[218] My colleague’s analysis is reminiscent of the strictly textual or literal approach to statutory interpretation — the “plain meaning rule” — that this Court squarely rejected in *Rizzo*. This is apparent from the fact that he relies strictly on what he alleges to be the “clear and unambiguous” wording of s. 14.06(4), while discounting the context of the provision. With respect, I am of the view that the Court should rely on the predominant and well-established modern approach to statutory interpretation: the words of an Act must be “‘read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament’” (*Rizzo*, at para. 21; *Bell ExpressVu*, at para. 26, both quoting Driedger, at p. 87).

[219] In *Rizzo*, Iacobucci J. explained that “statutory interpretation cannot be founded on the wording of the legislation alone” (para. 21). The Court of Appeal in *Rizzo*, which had adopted the plain

présupposés s’appliquent ensemble de façon dynamique, chacun contribuant à la réalisation de l’objectif visé.

La présomption de cohérence se traduit également par une présomption d’absence d’incompatibilité intrinsèque. Il est présumé que l’ensemble des textes législatifs édictés par une législature ne comporte pas de contradictions ou d’incohérences et que chaque disposition peut être appliquée sans entrer en conflit avec une autre. [Note en bas de page omise.]

(*Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 337; voir aussi *R. c. L.T.H.*, 2008 CSC 49, [2008] 2 R.C.S. 739, par. 47.)

[217] Quand il est possible d’interpréter les dispositions d’une loi — surtout les divers paragraphes d’un même article — de façon cohérente, il faut privilégier cette interprétation à une interprétation qui donne lieu à une incohérence intrinsèque. À mon avis, et comme je l’ai déjà dit, il est possible de lire le par. 14.06(4) de façon cohérente avec le reste de l’article. Voilà l’interprétation que le Parlement est présumé avoir donnée à ce paragraphe. En l’espèce, je ne vois aucune raison impérieuse de s’écarter de cette présomption.

[218] L’analyse de mon collègue rappelle la méthode purement textuelle ou littérale d’interprétation des lois — la « règle du sens ordinaire » — que notre Cour a rejetée sans équivoque dans *Rizzo*. Cela ressort du fait qu’il se fonde strictement sur ce qu’il prétend être le texte « clai[r] et non ambig[u] » du par. 14.06(4), tout en ne tenant pas compte du contexte de la disposition. Avec égards, j’estime que la Cour devrait recourir à la méthode prédominante et bien établie d’interprétation des lois : il faut lire les termes d’une loi « dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’[économie] de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (*Rizzo*, par. 21; *Bell ExpressVu*, par. 26, citant tous les deux Driedger, p. 87).

[219] Dans l’arrêt *Rizzo*, le juge Iacobucci a expliqué que « l’interprétation législative ne peut pas être fondée sur le seul libellé du texte de loi » (par. 21). La Cour d’appel saisie de l’affaire *Rizzo*, qui avait retenu

meaning interpretation, “did not pay sufficient attention to the scheme of the [Act], its object or the intention of the legislature; nor was the context of the words in issue appropriately recognized” (para. 23).

[220] In interpreting s. 14.06(4) of the *BIA*, the majority similarly relies on the supposed plain meaning of the words of the provision but does not pay sufficient attention to the scheme of s. 14.06 as a whole; nor does it appropriately recognize the context of the words.

[221] Even if we were to leave aside the wording of the provision itself and its immediate statutory context, a purposive interpretation would lead to the same result. Consider the consequences of the analysis of the AER or the analysis of my colleague in other cases like this, where an oil company’s environmental liabilities exceed the value of its realizable assets. Insolvency professionals, knowing in advance that they can be compelled to funnel all of the estate’s remaining assets toward those environmental liabilities (either because they cannot disclaim value-negative assets absent a risk of personal liability or because their disclaimer will be ineffective to prevent this), will never accept mandates in the first place. This is sensible business practice: if the estate’s entire realizable value must go toward its environmental liabilities, leaving nothing behind to cover administrative costs, insolvency professionals will have nothing to gain — and much to lose — by stepping in to serve as receivers and trustees, irrespective of whether they are protected from personal liability. Debtors and creditors alike, knowing that this is the case, will have no reason to even petition for bankruptcy. The result is that *none* of a bankrupt estate’s assets will be sold — not even an oil company’s valuable wells — and the number of orphaned properties will increase. This is a far cry from the objectives of the 1997 amendments to the *BIA* as discussed in Parliament, which were to “encourage [insolvency professionals] to accept mandates” and to “reduce the number of abandoned sites” (Standing Committee on Industry, June 11, 1996, at 15:49). It is difficult to imagine that Parliament would have intended a construction

l’interprétation fondée sur le sens ordinaire, « n’a pas accordé suffisamment d’attention à l’économie de la [Loi], à son objet ni à l’intention du législateur; le contexte des mots en cause n’a pas non plus été pris en compte adéquatement » (par. 23).

[220] En interprétant le par. 14.06(4) de la *LFI*, la majorité s’appuie elle aussi sur le supposé sens ordinaire des mots de la disposition mais n’accorde pas suffisamment d’attention à l’économie de l’art. 14.06 dans son ensemble; elle ne prend pas non plus adéquatement en compte le contexte de ces mots.

[221] Même si nous faisons abstraction du libellé de la disposition elle-même et de son contexte législatif immédiat, une interprétation téléologique mènerait au même résultat. Considérons les conséquences de l’analyse de l’AER ou de celle de mon collègue dans d’autres cas comme celui qui nous occupe, où les engagements environnementaux de la société pétrolière excèdent la valeur de son actif réalisable. Les professionnels de l’insolvabilité, sachant d’avance qu’ils peuvent être contraints de canaliser tous les autres éléments d’actif vers ces engagements environnementaux (soit parce qu’ils ne peuvent renoncer à des biens ayant une valeur négative en l’absence du risque d’engager leur responsabilité personnelle, soit parce que leur renonciation n’empêchera pas cette éventualité de se produire), n’accepteront jamais de mandats au départ. Il s’agit là d’une pratique commerciale sensée : si toute la valeur réalisable de l’actif doit être dirigée vers ces engagements environnementaux, et qu’il ne reste rien pour couvrir les frais administratifs, les professionnels de l’insolvabilité n’auront rien à gagner — et beaucoup à perdre — en acceptant d’exercer les fonctions de séquestre et de syndic, indépendamment de la question de savoir s’ils sont protégés contre toute responsabilité personnelle. Les débiteurs tout comme les créanciers, sachant qu’il en est ainsi, n’auront aucune raison de même présenter une requête de mise en faillite. Il s’ensuit qu’*aucun* des biens de l’actif du failli ne sera vendu — pas même les puits de valeur de la société pétrolière — et que le nombre de biens orphelins augmentera. Cela est bien loin des objectifs des modifications apportées à la *LFI* en 1997 qui ont été débattues au Parlement

of s. 14.06(4) that explicitly undermines its stated purposes.

[222] The majority appears to accept that the purposes of s. 14.06(4) of the *BIA* included encouraging insolvency professionals to accept mandates in cases where there may be environmental liabilities (paras. 80-81). However, merely protecting trustees from personal liability in such cases will fail to achieve Parliament’s desired result. As I have explained, even where prospective trustees face no risk of personal liability, they will be reluctant to accept mandates if provincial entities can require the entire value of a bankrupt’s realizable estate to be applied to satisfy environmental obligations.

[223] Since I have explained that s. 14.06(4) provides trustees with the power to disclaim assets even where there is no risk of personal liability, it is now necessary to briefly consider whether this power was available to GTL on the facts of this case. Here, the statutory conditions to the exercise of this power were met. The Abandonment Orders clearly relate to the remediation of an “environmental condition” (or “tout fait . . . lié à l’environnement” in the French version of the *BIA*, which can be translated literally as “any fact . . . related to the environment”). Indeed, even the AER and the OWA have never contested this point. In response to such orders, GTL was therefore entitled to exercise the disclaimer power provided for in s. 14.06(4).

(2) Section 14.06(4) Applies to Alberta’s Oil and Gas Industry

[224] The AER raised an additional argument that the right of disclaimer is entirely inapplicable in the context of the statutory regime governing the oil and gas industry due to the role played by third-party surface landowners and the nature of the property

et qui devaient « encourager [les professionnels de l’insolvabilité] à accepter des mandats » et « réduire le nombre de sites abandonnés » (Comité permanent de l’industrie, 11 juin 1996 à 15 h 49). Il est difficile d’imaginer que le Parlement aurait privilégié une interprétation du par. 14.06(4) qui nuit explicitement aux objectifs qu’il a énoncés.

[222] La majorité semble reconnaître que le par. 14.06(4) de la *LFI* a eu notamment pour objectif d’encourager les professionnels de l’insolvabilité à accepter des mandats dans des cas où il existe peut-être des engagements environnementaux (par. 80-81). Or, le simple fait de mettre les syndics à l’abri de la responsabilité personnelle en pareil cas ne permettra pas d’atteindre le résultat escompté par le Parlement. Comme je l’ai expliqué, même lorsque les syndics potentiels ne courent aucun risque d’engager leur responsabilité personnelle, ils seront réticents à accepter des mandats si des entités provinciales peuvent exiger que toute la valeur de l’actif réalisable d’un failli serve à acquitter des obligations environnementales.

[223] Ayant expliqué que le par. 14.06(4) confère aux syndics le pouvoir de renoncer à des biens même en l’absence d’un risque de responsabilité personnelle, je dois maintenant me demander brièvement si GTL disposait de ce pouvoir à la lumière des faits de la présente affaire. En l’espèce, les conditions statutaires préalables à l’exercice de ce pouvoir étaient réunies. Les ordonnances d’abandon se rapportent clairement à la réparation de « tout fait [. . .] lié à l’environnement » (dans la version française de la *LFI*) ou d’une « condition environnementale » (une traduction littérale du terme « *environmental condition* » dans la version anglaise de la *LFI*). En effet, même l’AER et l’OWA n’ont jamais contesté ce point. En réaction à de telles ordonnances, GTL pouvait donc exercer le pouvoir de renonciation prévu au par. 14.06(4).

(2) Le paragraphe 14.06(4) s’applique à l’industrie pétrolière et gazière de l’Alberta

[224] L’AER a également soutenu que le droit de renonciation ne s’applique aucunement dans le contexte du régime législatif régissant l’industrie pétrolière et gazière en raison du rôle joué par les tiers propriétaires de droits de surface et de la nature

interests involved which rendered the Crown's super priority under s. 14.06(7) impractical. Martin J.A. (as she then was), writing in dissent at the Alberta Court of Appeal, reached the same conclusion. With respect, I cannot agree. Parliament did not make the disclaimer power in s. 14.06(4) conditional on the availability of the Crown's super priority.

[225] In delineating what interests may be disclaimed by a trustee under s. 14.06(4), Parliament used exceptionally broad language. The trustee is permitted to disclaim "any interest" in "any real property". While Redwater's AER-issued licences may not be real property, all of the parties accept that *profits à prendre* and surface leases can be characterized as real property interests. In the context of this case, it is these interests that GTL truly sought to disclaim. The AER argued that s. 14.06(4) permits the disclaimer only of "true real property", meaning land currently or previously owned by the bankrupt, without any third-party landowners. This interpretation is not consistent with the actual language used by Parliament. Had Parliament intended to restrict the disclaimer power solely to fee simple interests, it could have stated this, rather than referring to "any interest in any real property".

[226] Further, the Alberta oil and gas industry is far from the only natural resource sector in which companies traditionally operate on the land of third parties, whether the Crown or private landowners. The potential liability of trustees would explode if the mere presence of these third-party landowners rendered the disclaimer power in s. 14.06(4) entirely inapplicable. The language of the section is clearly broad enough to capture the statutory regime governing Alberta's oil and gas sector.

(3) Conclusion on Operational Conflict

[227] In light of this interpretation of s. 14.06(4), I agree with both courts below that there is an operational conflict to the extent that Alberta's statutory

des droits de propriété en cause qui empêchaient la Couronne de se prévaloir de la superpriorité dont elle jouit en vertu du par. 14.06(7). La juge Martin (maintenant juge de notre Cour), dissidente en Cour d'appel de l'Alberta, est parvenue à la même conclusion. Avec égards, je ne peux partager son avis. Le Parlement n'a pas rendu le pouvoir de renonciation prévu au par. 14.06(4) conditionnel à la possibilité pour la Couronne de se prévaloir de sa superpriorité.

[225] En décidant des intérêts auxquels peut renoncer un syndic en vertu du par. 14.06(4), le Parlement a utilisé des mots exceptionnellement larges. Il est permis au syndic de renoncer à « tout intérêt » sur « le bien réel ». Bien que les permis réglementaires de Redwater ne soient peut-être pas des biens réels, toutes les parties reconnaissent que les profits à prendre et droits de surface peuvent être qualifiés d'intérêts sur des biens réels. Dans le contexte de la présente affaire, ce sont les droits auxquels GTL veut vraiment renoncer. L'AER a soutenu que le par. 14.06(4) autorise uniquement la renonciation à de « véritables biens réels », soit un terrain qui appartient ou appartenait au failli, sans tiers propriétaires fonciers. Cette interprétation ne s'accorde pas avec les mots employés par le Parlement. Si ce dernier avait voulu ne restreindre le pouvoir de renonciation qu'aux intérêts en fief simple, il aurait pu le dire plutôt que de parler de « tout intérêt sur le bien réel ».

[226] De plus, l'industrie pétrolière et gazière de l'Alberta est loin d'être le seul secteur de ressources naturelles où les sociétés exercent depuis longtemps leurs activités sur le terrain de tiers, qu'il s'agisse de la Couronne ou de propriétaires privés. La responsabilité potentielle des syndics exploserait si la simple présence de ces tiers propriétaires fonciers écartait complètement l'application du pouvoir de renonciation prévu au par. 14.06(4). Le texte du paragraphe est manifestement assez large pour embrasser le régime législatif régissant le secteur pétrolier et gazier de l'Alberta.

(3) Conclusion sur le conflit d'application

[227] Compte tenu de cette interprétation du par. 14.06(4), je suis d'accord avec les deux tribunaux d'instance inférieure pour dire qu'il y a un

regime holds receivers and trustees liable as “licensees” in relation to the disclaimed assets (see chambers judge reasons, at para. 181; C.A. reasons, at para. 57). This conflict is far from hypothetical. Under federal law, GTL is entitled to disclaim the bankrupt’s assets affected by the Abandonment Orders. Under the *BIA*, GTL cannot be compelled to take action with respect to properties it has validly disclaimed, since the act of disclaimer relieves it of any rights, interests and liabilities in respect of the disclaimed properties. But under provincial law, the AER can order GTL to abandon the disclaimed assets, among other things (see para. 11). This is exactly what happened here. Not only did the AER order GTL to complete the work, but it also made the sale of Redwater’s valuable assets conditional on GTL either abandoning the non-producing properties itself or packaging those properties with the estate’s valuable assets for the purposes of any sale. In doing so, the AER impermissibly disregarded the effect of GTL’s disclaimers. This remains the case, irrespective of whether GTL could (or would) ever be held personally liable for the costs of abandoning the properties above and beyond the entire value of the estate.

[228] My colleague claims that the AER “has never attempted to hold a trustee personally liable” (para. 107). What is clear is that, on the facts of this case, the AER directly sought to require GTL to perform or pay for the abandonment work itself, whether this is referred to as personal liability or not. It is critical to observe that this litigation began when the AER filed an application seeking to compel GTL to comply with its obligations as a licensee, including the obligation to abandon the non-producing properties. Practically speaking, this amounted to an effort to hold GTL personally liable. Where else would the money required to abandon the disclaimed properties have come from? The value of the estate as a whole was negative, and the AER refused to permit GTL to sell the valuable properties on their own. No purchaser would have agreed to buy all of the assets together. Therefore,

conflit d’application dans la mesure où le régime législatif albertain tient les séquestres et les syndics responsables en tant que « titulaires de permis » relativement aux biens faisant l’objet d’une renonciation (voir les motifs du juge en cabinet, par. 181; motifs de la Cour d’appel, par. 57). Ce conflit est loin d’être hypothétique. En vertu de la loi fédérale, GTL peut renoncer aux biens du failli touchés par les ordonnances d’abandon. Selon la *LFI*, GTL ne peut être contraint de prendre des mesures à l’égard des biens auxquels il a valablement renoncé puisque l’acte de renonciation le libère de tous les droits, intérêts et obligations à l’égard des biens visés par la renonciation. Mais selon la loi provinciale, l’AER peut notamment ordonner à GTL d’abandonner les biens ayant fait l’objet d’une renonciation (voir par. 11). C’est exactement ce qui s’est passé en l’espèce. Non seulement l’AER a-t-il ordonné à GTL de mener les travaux à terme, mais il a aussi rendu la vente des biens de valeur de Redwater conditionnelle à l’abandon des biens inexploités par GTL lui-même ou de la vente de ces biens avec les biens de valeur de l’actif comme un tout unique. En agissant ainsi, l’AER a indûment fait abstraction de l’effet des renonciations de GTL. Cela demeure vrai indépendamment de la question de savoir si GTL pouvait (ou allait) être tenue personnellement responsable des frais d’abandon des biens susmentionnés au-delà de la valeur totale de l’actif.

[228] Mon collègue prétend que l’AER « n’a jamais essayé d’engager la responsabilité personnelle d’un syndic » (par. 107). Ce qui est clair, c’est qu’à la lumière des faits de l’espèce, l’AER a directement tenté de contraindre GTL à exécuter ou à payer lui-même les travaux d’abandon, que l’on qualifie cela de responsabilité personnelle ou non. Il est primordial de faire remarquer que le présent litige a commencé lorsque l’AER a déposé une demande visant à contraindre GTL à respecter ses obligations en tant que titulaire de permis, notamment l’obligation d’abandonner des biens inexploités. Sur le plan pratique, cela constituait une tentative de tenir GTL personnellement responsable. Où d’autre aurait-on pris l’argent nécessaire à l’abandon des biens visés par les renonciations? La valeur de l’actif dans son ensemble était négative, et l’AER a refusé de permettre à GTL de vendre isolément les biens de

GTL had no way to recoup any value from the estate, as Redwater was bankrupt and no longer generating income. The *only* source of funds, in this scenario, was GTL itself. This is why the AER filed suit to compel GTL to carry out Redwater's abandonment obligations. As this makes clear, I cannot agree with the suggestion that the provincial regime has never been utilized to hold trustees personally liable in contravention of federal law. That is precisely what happened in this very case.

[229] This conclusion cannot be avoided by referring to the fact that, pursuant to orders of the Alberta courts, GTL has already sold the valuable Redwater assets and the proceeds are being held in trust pending the outcome of this appeal (see majority reasons, at para. 108). This is precisely the result the AER sought to prevent by precluding GTL from selling only the valuable properties, without the disclaimed ones. GTL was able to do so only as a direct result of this litigation.

[230] My colleague states that, if the AER "were to attempt to hold GTL personally liable under the Abandonment Orders, this would create an operational conflict between the *OGCA* and the *Pipeline Act*, and s. 14.06(2) of the *BIA*, rendering the former two Acts inoperative to the extent of the conflict" (para. 107). Thus, even on my colleague's interpretation of s. 14.06 — which I do not accept — an operational conflict does exist on the facts of this case, specifically as a result of the AER's application to the Alberta Court of Queen's Bench seeking to have GTL personally satisfy the environmental obligations associated with the disclaimed assets.

[231] All of that being said, creditors with provable claims can still seek payment in accordance with the *BIA*'s priority scheme (*Abitibi*, at para. 98). As I discuss below, the AER's environmental claims remain valid as against the Redwater estate, and it may pursue those claims through the normal bankruptcy

valeur. Personne n'aurait consenti à acheter les biens tous ensemble. GTL ne disposait par conséquent d'aucun moyen de recouvrer une quelconque valeur de l'actif, car Redwater était en faillite et ne générait plus aucun revenu. La *seule* source de fonds, dans ce scénario, était GTL lui-même. C'est pourquoi l'AER a intenté une poursuite visant à contraindre GTL à exécuter les obligations d'abandon de Redwater. Il est donc clair que je ne puis souscrire à l'idée que le régime provincial n'a jamais été utilisé pour tenir les syndics personnellement responsables en violation de la loi fédérale. C'est justement ce qui s'est passé dans la présente affaire.

[229] On ne peut éviter cette conclusion en invoquant le fait que, conformément aux ordonnances des tribunaux albertains, GTL a déjà vendu les biens de valeur de Redwater et que le produit de leur vente est détenu en fiducie en attendant l'issue du présent pourvoi (voir les motifs de la majorité, par. 108). C'est exactement le résultat que l'AER a cherché à prévenir en empêchant GTL de vendre uniquement les biens de valeur, sans les biens faisant l'objet de la renonciation. GTL n'est parvenu à le faire qu'à la suite du présent litige.

[230] Mon collègue dit que, si l'AER « devait tenter d'obliger personnellement GTL à se conformer aux ordonnances d'abandon, cela engendrerait un conflit d'application entre, d'une part, l'*OGCA* et la *Pipeline Act* et, d'autre part, le par. 14.06(2) de la *LFI*, ce qui rendrait les deux premières lois inopérantes dans la mesure de ce conflit » (par. 107). Ainsi, même d'après l'interprétation donnée par mon collègue à l'art. 14.06 — que je ne retiens pas — il existe bel et bien un conflit d'application eu égard aux faits de l'espèce, surtout du fait de la demande présentée par l'AER à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta pour que GTL respecte personnellement les obligations environnementales associées aux biens faisant l'objet de la renonciation.

[231] Tout cela étant dit, les créanciers ayant des réclamations prouvables peuvent toujours demander un paiement conformément au régime de priorité établi par la *LFI* (*Abitibi*, par. 98). Comme je l'explique plus loin, les réclamations environnementales de l'AER demeurent valides à l'égard de l'actif de

process. Thus, even if s. 14.06(4) does not permit GTL to disclaim the non-producing wells and relieve itself of the environmental obligations associated with them, it is nevertheless the case that the AER cannot compel GTL to satisfy its claims ahead of those of Redwater's secured creditors.

B. *Frustration of Purpose*

[232] The second branch of the paramountcy test is frustration of purpose. Even where dual compliance with both federal and provincial law is, strictly speaking, possible, provincial legislation or provisions will nevertheless be rendered inoperative to the extent that they have the effect of frustrating a valid federal legislative purpose (*Moloney*, at para. 25; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121, at pp. 154-55; *Canadian Western Bank*, at para. 73). The focus of the analysis is on the effect of the provincial legislation or provisions, not its purpose (*Moloney*, at para. 28; *Husky Oil*, at para. 39).

[233] This Court has repeatedly recognized that one of the purposes of the *BIA* is “the equitable distribution of the bankrupt’s assets among his or her creditors” (*Moloney*, at para. 32; *Husky Oil*, at para. 7). It achieves this goal through a collective proceeding model — one that maximizes creditors’ total recovery and promotes order and efficiency by distributing the estate’s assets in accordance with a designated priority scheme (*Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, at para. 22). All claims that are “provable in bankruptcy” are subject to this priority scheme. Exercises of provincial power that have the effect of altering bankruptcy priorities are therefore inoperative because they frustrate Parliament’s purpose of equitably distributing the estate’s assets in accordance with the federal statutory regime (*Abitibi*, at para. 19; *Husky Oil*, at para. 32).

[234] The question here is whether the environmental claims asserted by the AER (i.e., the Abandonment Orders) are provable in bankruptcy. If they

Redwater, et il peut faire valoir ces réclamations dans le cadre du processus normal de faillite. Donc, même si le par. 14.06(4) n’autorise pas GTL à renoncer aux puits inexploités et à se libérer des obligations environnementales qui s’y rattachent, il n’en demeure pas moins que l’AER ne peut pas contraindre GTL à régler ses propres réclamations avant celles des créanciers garantis de Redwater.

B. *Entrave à la réalisation d’un objet fédéral*

[232] Le second volet du test de la prépondérance est l’entrave à la réalisation d’un objet fédéral. Même lorsqu’il est à proprement parler possible de se conformer à la fois à la loi fédérale et à la loi provinciale, la loi ou les dispositions provinciales seront néanmoins rendues inopérantes dans la mesure où elles ont pour effet d’entraver la réalisation d’un objet valide d’une loi fédérale (*Moloney*, par. 25; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121, p. 154-155; *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 73). L’analyse est axée sur l’effet de la loi ou des dispositions provinciales, et non sur son objet (*Moloney*, par. 28; *Husky Oil*, par. 39).

[233] La Cour a maintes fois reconnu que l’un des objets de la *LFI* est « le partage équitable des biens du failli entre ses créanciers » (*Moloney*, par. 32; *Husky Oil*, par. 7). Elle réalise cet objectif au moyen d’un modèle de procédure collective — modèle qui maximise le recouvrement intégral au profit des créanciers et fait régner l’ordre et l’efficacité en partageant les biens de l’actif conformément à un régime de priorité désigné (*Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, par. 22). Toutes les réclamations « prouvables en matière de faillite » sont assujetties à ce régime de priorité. Les exercices d’un pouvoir provincial ayant pour effet de modifier les priorités en matière de faillite sont donc inopérants parce qu’ils entravent la réalisation de l’objectif du Parlement d’assurer le partage équitable des biens de l’actif conformément au régime établi par la loi fédérale (*Abitibi*, par. 19; *Husky Oil*, par. 32).

[234] Il s’agit de savoir en l’espèce si les réclamations environnementales que fait valoir l’AER (c.-à-d. les ordonnances d’abandon) sont prouvables

are, then the AER is not permitted to assert those claims outside of the bankruptcy process and ahead of Redwater's secured creditors because this would frustrate the purpose of the federal priority scheme. Rather, it must abide by the *BIA* and seek recovery from the estate through the normal bankruptcy procedures (*Abitibi*, at para. 40).

[235] In *Abitibi*, this Court established a three-part test, rooted in the language of the *BIA*, to determine whether a claim is provable in bankruptcy: "First, there must be a debt, a liability or an obligation to a creditor. Second, the debt, liability or obligation must be incurred *before the debtor becomes bankrupt*. Third, it must be possible to attach a *monetary value* to the debt, liability or obligation" (para. 26 (emphasis in original)). Since there is no dispute that Redwater's environmental obligations arose before it became bankrupt, I limit my analysis below to the first and third prongs of the *Abitibi* test: whether the liability is owed to a creditor, and whether it is possible to attach a monetary value to that liability.

[236] The first prong of the *Abitibi* test asks whether the debt, liability or obligation at issue is owed by a bankrupt entity to a creditor. Deschamps J., writing for a majority of the Court, suggested that this is not an exacting requirement: "The only determination that has to be made at this point is whether the regulatory body has exercised its enforcement power against a debtor. When it does so, it identifies itself as a creditor, and the requirement of this stage of the analysis is satisfied" (para. 27 (emphasis added)). Though I would not go so far as to suggest that the analysis under the first prong is merely perfunctory or pro forma, and circumstances may well exist where it is not satisfied, Deschamps J. made clear in *Abitibi* that "[m]ost environmental regulatory bodies can be creditors", again stressing that government entities cannot systematically evade the priority requirements of federal bankruptcy legislation under the guise of enforcing public duties (para. 27 (emphasis added)).

en matière de faillite. Si elles le sont, l'AER n'est pas autorisé à faire valoir ces réclamations en dehors du processus de faillite et avant les créanciers garantis de Redwater, car cela entraverait la réalisation de l'objet du régime de priorité fédéral. Il doit plutôt se conformer à la *LFI* et tenter de recouvrer de l'actif par le truchement de la procédure normale de faillite (*Abitibi*, par. 40).

[235] Dans *Abitibi*, la Cour a établi un test à trois volets, fondé sur le libellé de la *LFI*, pour déterminer si une réclamation est prouvable en matière de faillite : « Premièrement, on doit être en présence d'une dette, d'un engagement ou d'une obligation envers un *créancier*. Deuxièmement, la dette, l'engagement ou l'obligation doit avoir pris naissance *avant que le débiteur ne devienne failli*. Troisièmement, il doit être possible d'attribuer une *valeur pécuniaire* à cette dette, cet engagement ou cette obligation » (par. 26 (en italique dans l'original)). Comme personne ne conteste le fait que les obligations environnementales de Redwater ont pris naissance avant que cette dernière ne devienne faillie, je limiterai mon analyse ci-dessous aux premier et troisième volets du test établi dans *Abitibi* : la question de savoir si l'engagement est dû à un créancier, et celle de savoir s'il est possible d'attribuer une valeur pécuniaire à cet engagement.

[236] Le premier volet du test *Abitibi* pose la question de savoir si la dette, l'engagement ou l'obligation en cause sont dus par une entité faillie à un créancier. S'exprimant au nom des juges majoritaires, la juge Deschamps a laissé entendre qu'il ne s'agit pas d'une exigence rigoureuse : « [à] cette étape, la seule question à trancher est de savoir si l'organisme administratif a exercé, à l'encontre d'un débiteur, son pouvoir de faire appliquer la loi. Lorsqu'il le fait, il s'identifie alors comme créancier et la condition de cette étape est respectée » (par. 27 (je souligne)). Je n'irais pas jusqu'à dire que l'analyse à effectuer au premier volet est une simple analyse superficielle ou *pro forma* et il peut fort bien exister des cas où il n'est pas satisfait à ce volet, mais la juge Deschamps indique clairement dans *Abitibi* que « [l]a plupart des organismes administratifs [environnementaux] peuvent agir à titre de créanciers » (par. 27 (je souligne)), soulignant encore une

Even Martin J.A., writing in dissent at the Court of Appeal in this case, acknowledged that “*Abitibi* cast[s] the creditor net widely” (para. 186). The language of *Abitibi* admits of no ambiguity, uncertainty or doubt in this regard.

[237] The majority suggests that applying *Abitibi* on its own terms will make it “impossible for a regulator *not* to be a creditor” (para. 136 (emphasis in original)). Without seeking to speculate on all possible scenarios, I would simply note that there will be many obvious circumstances in which regulators are not even exercising enforcement powers against particular debtors and the analysis from *Abitibi* can be concluded at a very early stage. Provincial regulators do many things that do not qualify as enforcement mechanisms against specific parties. For example, a regulatory agency may publish guidelines for the benefit of all actors in a certain industry or it may issue a license or permit to an individual. In such cases, any discussion of frustrating federal purposes will not go far. However, as Deschamps J. expressly acknowledged, the first prong of the test will have very broad application. This Court should not feel compelled to limit its scope when *Abitibi* employed clear language in full recognition of its wide-ranging effects.

[238] Here, there is no doubt that the AER exercised its enforcement power against a debtor when it issued orders requiring Redwater to perform the environmental work on the non-producing properties. The reasoning is simple: Redwater owes a debt to the AER, and the AER has attempted to enforce that debt by issuing the Abandonment Orders, which require Redwater to make good on its obligation. If Redwater (or GTL, as the receiver and trustee) does not abide by those orders — to the detriment of the estate’s other creditors — it can be held liable

fois que les entités gouvernementales ne sauraient systématiquement se soustraire aux exigences en matière de priorité de la loi fédérale sur la faillite sous le couvert de l’obligation de faire respecter les devoirs publics. Même la juge d’appel Martin, dans les motifs dissidents qu’elle a rédigés, a reconnu que [TRADUCTION] « l’arrêt *Abitibi* ratifie large en ce qui a trait à la qualité de créancier » (par. 186). Le texte de cet arrêt ne laisse place à aucune ambiguïté, incertitude ou doute à cet égard.

[237] Les juges majoritaires soutiennent que, si l’on applique tel quel l’arrêt *Abitibi*, cela « exclut la possibilité qu’un organisme de réglementation *ne* soit *pas* un créancier » (par. 136 (en italique dans l’original)). Sans vouloir conjecturer tous les scénarios possibles, je ferai simplement remarquer qu’il existe de nombreuses situations évidentes où des organismes de réglementation n’exercent même pas de pouvoirs d’application à l’encontre de débiteurs en particulier, et l’analyse tirée d’*Abitibi* peut être menée à terme très tôt. Les organismes de réglementation font bien des choses qui ne participent pas de mécanismes d’application à l’encontre de certaines parties. Par exemple, un organisme de réglementation peut publier des lignes directrices pour le bien de tous les acteurs d’une industrie donnée, ou encore délivrer une licence ou un permis à un particulier. Dans ces cas, toute analyse de l’entrave à la réalisation d’objets fédéraux sera brève. Or, comme l’a explicitement reconnu la juge Deschamps, le premier volet du test sera d’application très large. Notre Cour ne devrait pas se sentir contrainte d’en restreindre la portée alors que des termes clairs sont employés dans cet arrêt pour reconnaître sans réserve ses vastes effets.

[238] En l’espèce, il ne fait aucun doute que l’AER a exercé son pouvoir d’appliquer la loi à l’encontre d’une débitrice lorsqu’il a rendu les ordonnances enjoignant à Redwater d’accomplir les travaux environnementaux sur les biens inexploités. Le raisonnement est simple : Redwater a une dette envers l’AER, et l’AER a tenté de recouvrer cette créance en rendant les ordonnances d’abandon, qui enjoignent à Redwater d’honorer son obligation. Si Redwater (ou GTL, en tant que séquestre et syndic) ne respecte pas ces ordonnances — au détriment des autres

under provincial law. This is, by any definition, an exercise of enforcement power, which is precisely what *Abitibi* describes. In fact, the AER itself conceded this point *twice* — first before the Court of Queen’s Bench, and again at the Court of Appeal (chambers judge reasons, at para. 164; C.A. reasons, at para. 73).

[239] The conclusion that I reach with respect to the AER’s status as a creditor follows from a straightforward application of *Abitibi*. My colleague, however, seeks to reformulate this prong of the test. He suggests that a regulator is acting as a creditor only where it is not acting in the public interest and where the regulator itself, or the general revenue fund, is the beneficiary of the environmental obligation. He endorses the holding allegedly made in *Northern Badger* that “a regulator enforcing a public duty by way of non-monetary order is not a creditor” (para. 130).

[240] In my view, it is neither appropriate nor necessary in this case to attempt to redefine this prong of *Abitibi* and narrow the broad definition of “creditor” provided by Deschamps J. This Court should leave her clear description of the provable claim standard to stand on its own terms. Respectfully, I disagree with the manner in which the majority is attempting to reformulate the “creditor” analysis, for a number of reasons.

[241] Firstly, I do not believe that this case represents an appropriate opportunity to revisit the “creditor” stage of the *Abitibi* test. The AER conceded in both of the courts below that it was in fact a creditor of GTL. As a direct result of these concessions, neither the Alberta Court of Queen’s Bench nor the majority of the Court of Appeal directly addressed this issue; instead, they merely provided cursory comments. This issue appears to have been raised for the first time by Martin J.A. in her dissenting judgment. However, even her analysis is relatively brief, comprising only three paragraphs and consisting mainly of the statement that the costs of

créanciers de l’actif — elle peut être tenue responsable en application de la loi provinciale. Il s’agit, par définition, de l’exercice d’un pouvoir d’appliquer la loi, ce qui est précisément ce que décrit l’arrêt *Abitibi*. En fait, l’AER a lui-même concédé ce point *à deux reprises* — la première fois devant la Cour du Banc de la Reine, et la deuxième fois devant la Cour d’appel (motifs du juge en cabinet, par. 164; motifs de la Cour d’appel, par. 73).

[239] La conclusion que je tire quant au statut de créancier de l’AER découle d’une application pure et simple de l’arrêt *Abitibi*. Mon collègue, en revanche, cherche à reformuler ce volet du critère. Il soutient qu’un organisme de réglementation agit comme créancier seulement lorsqu’il ne le fait pas dans l’intérêt public et lorsque l’organisme lui-même, ou le Trésor, est le bénéficiaire de l’obligation environnementale. Il fait sienne la conclusion qui aurait été tirée dans *Northern Badger* selon laquelle « un organisme de réglementation faisant respecter un devoir public au moyen d’une ordonnance non pécuniaire n’est pas un créancier » (par. 130).

[240] À mon sens, il n’est ni approprié ni nécessaire en l’espèce d’essayer de redéfinir ce volet du critère *Abitibi* et de restreindre le large sens attribué par la juge Deschamps au mot « créancier ». La Cour devrait s’en tenir à la description claire que fait la juge Deschamps de la norme de la réclamation prouvable. Avec égards, je ne puis me rallier à la façon dont les juges majoritaires tentent de reformuler l’analyse relative au « créancier », et ce, pour plusieurs raisons.

[241] Premièrement, je ne crois pas que la présente affaire soit une bonne occasion de revoir l’étape « créancier » du critère *Abitibi*. L’AER a concédé devant les deux tribunaux d’instance inférieure qu’il était en effet un créancier de GTL. Ces concessions ont pour conséquence directe que la question n’a été abordée directement ni par la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta ni par les juges majoritaires de la Cour d’appel, qui se sont plutôt contentés de formuler de brefs commentaires. Cette question semble avoir été soulevée pour la première par la juge d’appel Martin dans ses motifs dissidents. Toutefois, même son analyse est relativement brève, ne compte

abandonment are “not owed to the Regulator, or to the province” (para. 185). While it is true that the parties briefly addressed this issue in their written and oral submissions to this Court, it was clearly not a substantial focus of their arguments. Without the benefit of considered reasons from the lower courts or thorough submissions on the continued application of the first prong of the test formulated in *Abitibi*, this Court should not attempt to significantly alter it.

[242] Secondly, the majority states that no fairness concerns are raised by disregarding the AER’s concessions below. It makes this point predominantly because the issue was raised and argued before this Court and because of the AER’s unilateral assertion in its letter to GTL in May 2015. However, it is important to note that the effect of the AER’s concessions was that GTL and ATB Financial were no longer required to adduce any evidence on this issue (S. N. Lederman, A. W. Bryant and M. K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada* (5th ed. 2018), at p. 1387). This point is important given that the majority’s reformulation of the “creditor” requirement under the first prong of the test is highly fact-specific and dependent on the circumstances of the particular case. As a direct result of the AER’s concession in the Alberta Court of Queen’s Bench, we cannot know what evidence GTL or ATB Financial could have adduced on this issue. Therefore, there may indeed be real prejudice occasioned to these parties by disregarding the AER’s concession at this point in time.

[243] Thirdly, my colleague relies on the fact that the chambers judge in *Abitibi* found that the Province had already expropriated three of the five sites for which it issued remediation orders and was likely using the orders as a means to offset AbitibiBowater’s NAFTA claims. While the chambers judge did in fact make these findings, they were inconsequential to Deschamps J.’s analysis on the “creditor” prong of the test. When applying the test to the facts of

que trois paragraphes et se limite principalement à l’affirmation portant que les coûts liés à l’abandon ne sont pas dûs à [TRADUCTION] « l’organisme de réglementation ou à la province » (par. 185). Bien que les parties aient abordé succinctement la question dans leurs observations écrites et leurs plaidoiries présentées à la Cour, ce n’était clairement pas au cœur de leur argumentaire. En l’absence de motifs réfléchis des tribunaux d’instance inférieure ou d’observations exhaustives sur l’application continue du premier volet du test formulé dans *Abitibi*, la Cour ne devrait pas tenter de le modifier substantiellement.

[242] Deuxièmement, selon les juges majoritaires, on ne soulève aucune préoccupation en matière d’équité en ne tenant pas compte de la concession faite par l’AER devant les tribunaux d’instance inférieure. La majorité apporte cette précision principalement parce que la question a été soulevée et débattue devant la Cour et en raison de l’affirmation unilatérale contenue dans la lettre de l’AER adressée à GTL en mai 2015. Il importe toutefois de noter que les concessions de l’AER ont eu pour effet que GTL et ATB Financial ne sont plus tenus de présenter de la preuve à cet égard (S. N. Lederman, A. W. Bryant et M. K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada* (5^e éd. 2018), p. 1387). Il s’agit d’un point important étant donné que la reformulation, par les juges majoritaires, de l’exigence « créancier » au premier volet du test est largement tributaire des faits et dépend des circonstances de l’affaire en cause. La concession de l’AER devant la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta a pour résultat direct qu’il nous est impossible de savoir quels éléments de preuve GTL ou ATB Financial aurait présentés à ce sujet. Par conséquent, ne pas tenir compte de la concession à ce moment-ci pourrait bien causer un véritable préjudice aux parties.

[243] Troisièmement, mon collègue s’appuie sur le fait que, dans *Abitibi*, le juge en cabinet a conclu que la Province avait déjà exproprié trois des cinq sites pour lesquels elle avait émis des ordonnances exigeant la décontamination et qu’elle utilisait vraisemblablement ces ordonnances pour compenser les réclamations d’AbitibiBowater fondées sur l’ALENA. Bien que le juge en cabinet soit effectivement arrivé à ces conclusions, celles-ci n’ont eu

Abitibi, she explained that the first prong was “easily satisfied” because “the Province had identified itself as a creditor by resorting to [*Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, c. E-14.2] enforcement mechanisms” (*Abitibi*, at para. 49). She placed no reliance on the fact that the Province might itself derive a financial benefit from its actions and was not enforcing a purely public duty. Her analysis was in no way based on a finding that the Province’s actions were a “colourable attempt” to recover a debt or that they demonstrated an “ulterior motive” (majority reasons, at para. 128).

[244] Fourthly, in my view, it is incorrect to rely on *Northern Badger* in this case. That decision does not support my colleague’s position in the manner he alleges. The issue in *Northern Badger* was also whether environmental remediation orders could be considered claims provable in bankruptcy. However, the crux of the dispute was whether “enforcing the requirement for the proper abandonment of oil and gas wells” (p. 57) gave rise to a provable claim because it would require the receiver to expend funds. Laycraft C.J.A. never addressed the question of whether the regulator could be said to have a contingent claim because it would complete the abandonment work itself and assert a claim for reimbursement. It was in the context of the regulator requiring the receiver to fulfill the abandonment obligations *itself* that the Alberta Court of Appeal discussed the enforcement of a public duty. It is important to carefully examine what the Court of Appeal actually said in this regard:

The statutory provisions requiring the abandonment of oil and gas wells are part of the general law of Alberta, binding every citizen of the province. All who become licensees of oil and gas wells are bound by them. Similar statutory obligations bind citizens in many other areas of

aucune incidence sur l’analyse de la juge Deschamps relativement au volet « créancier » du test. Appliquant le test aux faits dans l’affaire *Abitibi*, elle a expliqué qu’il était « facile de répondre » au premier volet étant donné que « la province s’est elle-même présentée comme créancière en ayant recours aux mécanismes d’application de l’[*Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, c. E-14.2] » (*Abitibi*, par. 49). Elle n’a pas tenu compte du fait que la Province pourrait elle-même tirer un avantage financier de ses actions et qu’elle n’appliquait pas un devoir purement public. Son analyse ne reposait aucunement sur la conclusion suivant laquelle les mesures de la Province étaient une « tentative déguisée » de recouvrer une créance ou témoignaient de « motifs obliques » (motifs des juges majoritaires, par. 128).

[244] Quatrièmement, il me paraît incorrect de s’appuyer sur l’arrêt *Northern Badger* en l’espèce. Cet arrêt n’étaye pas la position de mon collègue comme il l’affirme. L’arrêt *Northern Badger* portait également sur la question de savoir si des ordonnances de décontamination environnementale pouvaient être considérées comme des réclamations prouvables en matière de faillite. Le nœud du litige consistait toutefois à établir si [TRADUCTION] « l’application de l’exigence concernant l’abandon de puits de pétrole et de gaz » (p. 57) donnait naissance en soi à une réclamation prouvable parce qu’elle exigerait du séquestre qu’il débourse des fonds. Le juge en chef Laycraft de la Cour d’appel n’a jamais abordé la question de savoir s’il était possible d’affirmer que l’organisme de réglementation pouvait faire valoir une réclamation éventuelle du fait qu’il achèverait lui-même les travaux et présenterait une demande de remboursement. C’est dans le contexte où l’organisme de réglementation exige du séquestre qu’il s’acquitte *lui-même* des obligations liées à l’abandon que la Cour d’appel de l’Alberta s’est prononcée sur l’exécution d’un devoir public par l’organisme de réglementation. Il est important d’examiner avec soin les propos tenus par la Cour d’appel à cet égard :

[TRADUCTION] Les dispositions statutaires exigeant l’abandon des puits de pétrole et de gaz font partie des lois d’application générale de l’Alberta et lient tous les citoyens de la province. Quiconque devient titulaire de permis relativement à de tels puits y est assujéti. Les

modern life. Rules relating to health, or the prevention of fires, or the clearing of ice and snow, or the demolition of unsafe structures are examples which come to mind. But the obligation of the citizen is not to the peace officer, or public authority which enforces the law. The duty is owed as a public duty by all the citizens of the community to their fellow citizens. When the citizen subject to the order complies, the result is not the recovery of money by the peace officer or public authority, or of a judgment for money, nor is that the object of the whole process. Rather, it is simply the enforcement of the general law. The enforcing authority does not become a “creditor” of the citizen on whom the duty is imposed.

It is true that this board has the power by statute to create in its own favour a statutory debt if it chooses to do so. It may, under Sections 91(1) and (2) of the *Oil and Gas Conservation Act* (discussed above) do the work of abandonment itself and become a creditor for the sums expended. But the Board has not done so in this case. Rather it is simply in the course of enforcing observance of a part of the general law of Alberta. [Emphasis added; paras. 33-34.]

[245] As is evident from para. 34 of *Northern Badger*, quoted above, the Court of Appeal never stated in that case that a regulator is not — or cannot be — a creditor when it is acting to enforce a public duty. In *Abitibi*, when referring to *Northern Badger*, Deschamps J. explained that the Alberta Court of Appeal “found that the duty to undertake remediation work is owed to the public at large until the regulator exercises its power to assert a monetary claim” (*Abitibi*, at para. 44 (emphasis added)). Laycraft C.J.A. accepted that when the regulator fulfills an environmental obligation itself and asserts a claim for reimbursement, it does indeed “become a creditor for the sums expended”. Even in this situation, the public is still the ultimate beneficiary of the remediation work. This is largely consistent with Deschamps J.’s formulation of the test for a provable claim. In fact, this Court simply extended this principle in *Abitibi*, concluding that a regulator may also be a creditor with a provable contingent claim

citoyens sont liés par des obligations statutaires similaires dans de nombreux domaines de la vie moderne. Notons, par exemple, les règles relatives à la santé, à la prévention des incendies, à l’enlèvement de la glace et de la neige ou à la démolition des structures non sécuritaires. Mais l’obligation qui incombe au citoyen n’incombe pas au policier ou à l’autorité publique qui applique la loi. L’obligation est établie comme une obligation à caractère public qui doit être respectée par l’ensemble des citoyens de la collectivité à l’égard de leurs concitoyens. Lorsque le citoyen visé par l’ordonnance s’y conforme, le résultat n’est pas perçu comme le recouvrement d’une somme d’argent par un agent de la paix ou l’autorité publique, ni comme l’exécution d’un jugement ordonnant le paiement d’une somme d’argent; d’ailleurs, cela ne constitue pas non plus l’objectif de l’ensemble du processus. Il faut plutôt y voir l’application d’une loi générale. L’organisme d’application de la loi ne devient pas un « créancier » du citoyen à qui incombe l’obligation.

Il est vrai que la loi autorise l’Office à créer une créance légale en sa faveur s’il le désire. En vertu des par. 91(1) et (2) de l’*Oil and Gas Conservation Act* (analysée précédemment), l’Office peut exécuter lui-même les travaux d’abandon et devenir créancier à l’égard des sommes dépensées. Mais il n’a pas procédé de cette façon en l’espèce. En réalité, il applique simplement une partie des lois d’application générale de l’Alberta. [Je souligne; par. 33-34.]

[245] Comme il ressort du par. 34 précité de l’arrêt *Northern Badger*, la Cour d’appel n’a jamais mentionné dans cette affaire qu’un organisme de réglementation n’a pas — ou ne peut avoir — le statut de créancier lorsqu’il fait respecter un devoir public. En parlant de *Northern Badger* dans l’arrêt *Abitibi*, la juge Deschamps a expliqué que la Cour d’appel de l’Alberta a « conclu que l’obligation d’entreprendre les travaux de décontamination est due au public en général jusqu’à ce que l’organisme administratif exerce son pouvoir de faire valoir une réclamation pécuniaire » (*Abitibi*, par. 44 (je souligne)). Le juge Laycraft a reconnu que l’organisme de réglementation qui s’acquitte lui-même d’une obligation environnementale et présente une demande de remboursement devient effectivement [TRADUCTION] « créancier à l’égard des sommes dépensées ». Même dans une telle situation, le public demeure l’ultime bénéficiaire des travaux de décontamination, ce qui cadre largement avec la norme de la réclamation

when it is sufficiently certain that the regulator will perform the remediation work and advance a claim for reimbursement. This is precisely the situation with the AER and the OWA here, as I will explain in more detail below. The Alberta Court of Appeal did not frame the issue in terms of the three-part test that would later be developed in *Abitibi*; it did not divide its analysis of whether a provable claim existed. However, viewed properly, Deschamps J. dealt with the concerns raised in *Northern Badger* under the third prong of the *Abitibi* test. It is not appropriate to duplicate these principles under the first prong as well, as the majority proposes. For this reason, it is misguided to rely on *Northern Badger* in this appeal to conclude that the AER is not a creditor.

[246] However, even if the majority were correct about the reasoning in *Northern Badger* with respect to whether regulators enforcing public duties can be creditors — which I do not concede — I do not accept its conclusion that *Abitibi* did not overturn that reasoning. The Court was well aware of the decision in *Northern Badger* and cited it directly. Despite this, Deschamps J., when formulating the first prong of the test, made no distinction between regulators acting in the public interest and regulators acting for their own benefit. Instead, she stated that “the only determination that has to be made” (para. 27) is whether the regulator is exercising its enforcement powers against a debtor. In referring to *Northern Badger*, she expressly noted that “[t]he real question is not to whom the obligation is owed, as this question is answered by the statute, which determines who can require that it be discharged” (paras. 27 and 46 (emphasis added)).

[247] Finally, and perhaps most importantly, suggesting that a regulator is not acting as a creditor

prouvable énoncée par la juge Deschamps. En fait, notre Cour a simplement élargi ce principe dans *Abitibi*, concluant que l’organisme de réglementation peut également avoir le statut de créancier relativement à une revendication éventuelle prouvable s’il est suffisamment certain qu’il exécutera les travaux de décontamination et présentera une demande de remboursement. Comme je l’expliquerai plus en détail, il s’agit précisément de la situation dans laquelle se trouvent l’AER et OWA en l’espèce. La Cour d’appel de l’Alberta n’a pas formulé la question sous l’angle du test à trois volets qui a été élaboré par la suite dans *Abitibi*; elle n’a pas divisé son analyse de la question de savoir s’il existait une réclamation prouvable. Toutefois, il est juste de considérer que la juge Deschamps a traité des préoccupations exprimées dans *Northern Badger* en fonction du troisième volet du test *Abitibi*. Il ne convient pas de reprendre ces principes au premier volet également, comme le propose la majorité. C’est pourquoi il est malavisé de se fonder sur l’arrêt *Northern Badger* en l’espèce pour conclure que l’AER n’est pas un créancier.

[246] Cependant, même si les juges majoritaires avaient raison quant au raisonnement dans l’arrêt *Northern Badger* à savoir si un organisme de réglementation faisant respecter un devoir public peut avoir le statut de créancier — ce que je ne concède pas — je ne retiens pas leur conclusion portant que l’arrêt *Abitibi* n’a pas écarté ce raisonnement. La Cour était bien au fait de la décision rendue dans *Northern Badger* et l’a citée textuellement. Malgré cela, lorsqu’elle a formulé le premier volet du test, la juge Deschamps n’a établi aucune distinction entre les organismes de réglementation qui agissent dans un intérêt public et ceux qui agissent dans leur propre intérêt. Elle a plutôt affirmé que « la seule question à trancher » (par. 27) est de savoir si l’organisme exerce ses pouvoirs d’application de la loi à l’encontre d’un débiteur. En mentionnant l’arrêt *Northern Badger*, elle a souligné expressément que « [l]a véritable question n’est pas de savoir à qui est due l’obligation, puisque la loi y répond en indiquant qui peut en exiger l’exécution » (par. 27 et 46 (je souligne)).

[247] Enfin, et fait peut-être plus important encore, laisser entendre qu’un organisme de réglementation

where its environmental enforcement activities are aimed at the public good and are for the benefit of the public effectively overrules the first prong of the *Abitibi* test. Under my colleague's approach, it is no longer the case that the *only* determination that has to be made at the creditor stage of the analysis is "whether the regulatory body has exercised its enforcement power against a debtor" (*Abitibi*, at para. 27). Instead, the court must consider whether the regulatory body is enforcing a public duty and whether it stands to benefit financially from the fulfillment of the obligation in question.

[248] Provincial regulators, in exercising their statutory environmental powers, will, in some sense, virtually always be acting in some public interest or for the benefit of some segment of the public. Under my colleague's reformulation of the first prong of the *Abitibi* test, it will be nearly impossible to find that regulators acting to protect environmental interests are ever creditors, outside the facts of *Abitibi* itself. As a result, provincial entities will be able to completely disregard the *BIA*'s priority scheme as long as they can plausibly point to some public interest that is furthered by their actions. Such a result strips *Abitibi* of its central holding and entitles provincial regulators to easily upend Parliament's purpose of providing an equitable recovery scheme in bankruptcy for all creditors.

[249] In my view, it is insufficient to simply note that the facts of *Abitibi* differ from those of the present appeal (majority reasons, at para. 136). Deschamps J.'s broad articulation of the first prong of the test was in no way made dependent upon the particular facts of *Abitibi*. She sought to provide a clear general framework for determining when a regulator will be classified as a creditor — a framework that the majority's reasons effectively rewrite.

[250] Further, it is worth noting that this Court in *Moloney* followed *Abitibi* in applying the broad

n'agit pas comme créancier quand ses activités de protection de l'environnement visent le bien public et profitent au public écarte dans les faits le premier volet du test *Abitibi*. Suivant l'approche de mon collègue, la question de savoir « si l'organisme [de réglementation] a exercé, à l'encontre d'un débiteur, son pouvoir de faire appliquer la loi » (*Abitibi*, par. 27) n'est plus la *seule* question à trancher à l'étape « créancier » de l'analyse. Le tribunal doit plutôt se demander si l'organisme de réglementation fait respecter un devoir public et s'il peut tirer un avantage financier de l'acquittement de l'obligation en question.

[248] Dans l'exercice des pouvoirs que la loi leur confie en matière d'environnement, les organismes de réglementation provinciaux agissent, en quelque sorte, toujours dans un intérêt public ou au bénéfice d'une partie de la population. Selon le premier volet du test *Abitibi* reformulé par mon collègue, il sera presque impossible de conclure que les organismes de réglementation protégeant les droits environnementaux sont des « créanciers » à l'extérieur du cadre de l'arrêt *Abitibi* lui-même. Par conséquent, les entités provinciales pourront totalement ignorer le régime de priorité de la *LFI* tant qu'elles sont en mesure de relever un quelconque intérêt public qui est servi par leurs actions. Pareil résultat vide l'arrêt *Abitibi* de sa conclusion centrale et permet aux organismes de réglementation provinciaux de faire obstacle aisément à l'objectif du Parlement d'instaurer un régime équitable de recouvrement des créances en matière de faillite au bénéfice de tous les créanciers.

[249] À mon avis, il ne suffit pas de noter simplement que les faits de l'affaire *Abitibi* diffèrent de ceux de l'espèce (motifs des juges majoritaires, par. 136). Les termes larges employés par la juge Deschamps pour formuler le premier volet du test n'étaient aucunement tributaires des faits propres à cette affaire. Elle a cherché à établir un cadre général clair indiquant dans quelles circonstances l'organisme de réglementation sera considéré comme un créancier, un cadre effectivement remanié dans les motifs de la majorité.

[250] En outre, il convient de souligner que, dans *Moloney*, la Cour a suivi l'arrêt *Abitibi* en

definition of “creditor”. In *Moloney*, this Court concluded that the Province of Alberta was acting as a creditor even though the debt it was collecting was reimbursement for compensating a third party who had been injured by the debtor in a car accident (para. 55). I fail to see how any meaningful distinction can be drawn between that situation and a situation in which a regulator seeks reimbursement for the costs incurred to remedy environmental damage caused to the land of third parties by the debtor.

[251] “[G]reat care should be taken” before this Court overturns or overrules one of its prior decisions (*Teva Canada Ltd. v. TD Canada Trust*, 2017 SCC 51, [2017] 2 S.C.R. 317, at para. 65). It is “a step not to be lightly undertaken” (*Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489, at para. 24). In order to do so, “the Court must be satisfied based on compelling reasons that the precedent was wrongly decided and should be overruled” (*Craig*, at para. 25; see also *Teva*, at para. 65). The reasons for exercising such caution are clear and sound, namely to ensure “certainty, consistency and institutional legitimacy” and to recognize that “the public relies on our disciplined ability to respect precedent” (*Teva*, at para. 65). When this Court decides that it is necessary to depart from one of its past decision, it should be clear about what it is doing and why.

[252] Despite these clear admonitions against this Court too easily overturning its own precedents, that is precisely what the majority proposes to do in this case. Its approach effectively overrules the unequivocal definition of “creditor” provided in *Abitibi* — a considered decision rendered by a majority of this Court a mere six years ago. Not only does the majority fail to provide compelling reasons why Deschamps J.’s clear definition is wrong, but it also does not acknowledge that it is overturning a recent decision of this Court, rejecting the suggestion that this is the impact of its reasoning (para. 136). Further, this is being done without complete and robust submissions on the issue. Such an approach to our own precedents does not serve

appliquant la définition large de « créancier ». Dans cette affaire, la Cour a conclu que la province de l’Alberta agissait à titre de créancier même si la créance qu’elle cherchait à recouvrer était le remboursement d’une indemnité versée à une tierce partie blessée par le débiteur dans un accident de voiture (par. 55). Je ne vois pas en quoi il est possible d’établir quelque véritable distinction que ce soit entre cette situation et celle d’un organisme de réglementation qui chercherait à obtenir le remboursement des dépenses engagées pour réparer des dommages environnementaux causés au terrain d’un tiers par le débiteur.

[251] « [U]ne grande prudence s’impose » avant que notre Cour n’infirmes ou n’écarte l’un de ses précédents (*Teva Canada Ltée c. TD Canada Trust*, 2017 CSC 51, [2017] 2 R.C.S. 317, par. 65). Cette étape ne peut être accomplie « à la légère » (*Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489, par. 24). Pour ce faire, la Cour doit « être convaincue, pour des raisons impérieuses, que la décision est erronée et qu’elle devrait être écartée » (*Craig*, par. 25; voir aussi *Teva*, par. 65). Il y a de bonnes raisons qui, clairement, justifient de prendre une telle précaution, à savoir assurer « la certitude, la cohérence et la légitimité institutionnelle » et reconnaître que « le public s’attend à ce que nous respections scrupuleusement nos précédents » (*Teva*, par. 65). Lorsque la Cour juge nécessaire de s’écarter de l’un de ses précédents, sa décision et ce qui la motive devraient être clairs.

[252] Malgré ces mises en garde claires contre l’idée pour la Cour d’écarter trop aisément ses propres précédents, c’est précisément ce que les juges majoritaires proposent de faire en l’espèce. Leur approche revient, dans les faits, à infirmer la définition sans équivoque de « créancier » énoncée dans l’arrêt *Abitibi* — une décision réfléchie rendue par les juges majoritaires de la Cour il y a six ans à peine. En plus de ne fournir aucune raison impérieuse qui expliquerait en quoi la définition claire de la juge Deschamps est erronée, les juges majoritaires, dans leurs motifs, ne reconnaissent pas qu’ils écartent une décision récente de la Cour et rejettent la proposition que c’est là l’incidence de leur raisonnement (par. 136). Qui plus est, ils ont pris leur décision en l’absence d’observations complètes

the goals of certainty, consistency or institutional legitimacy.

[253] This Court should continue to apply the “creditor” prong of the test as it was clearly articulated in *Abitibi*. Deschamps J.’s definition ensures that provincial regulators are not able to easily appropriate for themselves a higher priority in bankruptcy and undermine Parliament’s priority scheme. It advances the goals of orderliness and fairness in insolvency proceedings. Under that broad standard, the AER plainly acted as a creditor with respect to the Redwater estate. That is likely why it conceded this point in both of the courts below.

[254] Since there is no dispute that the second prong of the *Abitibi* test is satisfied, I turn next to the third prong, which asks whether it is sufficiently certain that the regulator will perform the work and make a claim for reimbursement. As explained in *Abitibi* in the context of an environmental order:

With respect to the third requirement, that it be possible to attach a monetary value to the obligation, the question is whether orders that are not expressed in monetary terms can be translated into such terms. I note that when a regulatory body claims an amount that is owed at the relevant date, that is, when it frames its order in monetary terms, the court does not need to make this determination, because what is being claimed is an “indebtedness” and therefore clearly falls within the meaning of “claim” as defined in s. 12(1) of the CCAA.

...

The criterion used by courts to determine whether a contingent claim will be included in the insolvency process is whether the event that has not yet occurred is too remote or speculative (*Confederation Treasury Services Ltd. (Bankrupt), Re* (1997), 96 O.A.C. 75). In the context of an environmental order, this means that there must be sufficient indications that the regulatory body that triggered the

et étoffées à ce sujet. Adopter une telle approche à l’égard de nos propres précédents ne permet pas d’atteindre les objectifs de certitude, de cohérence ou de légitimité institutionnelle.

[253] La Cour devrait continuer d’appliquer l’analyse relative au « créancier » telle qu’elle a été clairement formulée dans l’arrêt *Abitibi*. La définition de la juge Deschamps empêche les organismes de réglementation provinciaux de s’approprier facilement un rang supérieur en matière de faillite et de saper le régime de priorité du Parlement. Cette définition favorise l’atteinte des objectifs d’ordre et d’équité dans les procédures d’insolvabilité. Suivant ce critère général, l’AER a clairement agi comme créancier relativement à l’actif de Redwater, et c’est probablement pour cette raison qu’il a concédé ce point devant les deux tribunaux d’instance inférieure.

[254] Puisque personne ne conteste qu’il est satisfait au second volet du test *Abitibi*, je passe maintenant au troisième volet, qui pose la question de savoir s’il est suffisamment certain que l’organisme de réglementation exécutera les travaux et présentera une demande de remboursement. Comme l’explique l’arrêt *Abitibi*, dans le contexte d’une ordonnance environnementale :

En ce qui concerne la troisième condition, soit qu’il doit être possible d’attribuer à l’obligation une valeur pécuniaire, la question est de savoir si des ordonnances qui ne sont pas formulées en termes pécuniaires peuvent être formulées en de tels termes. Je souligne que lorsqu’un organisme administratif réclame une somme qui est due à la date pertinente, il formule ainsi son ordonnance en termes pécuniaires. Le tribunal n’a alors aucune détermination à faire à cette étape car ce qui est réclamé est une « dette » et est, par conséquent, clairement visé par la définition d’une « réclamation » prévue au par. 12(1) de la LACC.

...

Le critère retenu par les tribunaux pour décider si une réclamation éventuelle sera incluse dans le processus d’insolvabilité est celui qui consiste à déterminer si l’événement non encore survenu est trop éloigné ou conjectural (*Confederation Treasury Service Ltd. (Bankrupt), Re* (1997), 96 O.A.C. 75). Dans le contexte d’une ordonnance environnementale, cela signifie qu’il doit y avoir

enforcement mechanism will ultimately perform remediation work and assert a monetary claim to have its costs reimbursed. If there is sufficient certainty in this regard, the court will conclude that the order can be subjected to the insolvency process. [Emphasis added; paras. 30 and 36.]

[255] In my view, it is sufficiently certain that either the AER or the OWA will ultimately perform the abandonment and reclamation work and assert a monetary claim for reimbursement. Therefore, the final prong of the *Abitibi* test is satisfied. The chambers judge made three critical findings of fact — each of which is entitled to deference on appeal (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 10) — that easily support this conclusion.

[256] First, Wittmann C.J. found that GTL was not in possession of the disclaimed properties and, in any event, “has no ability to perform any kind of work on these assets” because the environmental liabilities exceeded the value of the estate itself (para. 170; see also *Abitibi*, at para. 53 where the Court stated that: “*Abitibi* had no means to perform the remediation work”). He discounted the possibility that any of Redwater’s working interest participants would step in to perform the work, even for the small number of Redwater’s licensed assets for which such partners existed (chambers judge reasons, at para. 171). In sum, he concluded that “there is no other party who could be compelled to carry out the abandonment work” (para. 172).

[257] Two decisions of the Ontario Court of Appeal highlight why this is important. In *Nortel Networks Corp., Re*, 2013 ONCA 599, 6 C.B.R. (6th) 159, Juriansz J.A. found that the “sufficient certainty” standard was *not* satisfied in respect of certain sites because those sites had already been sold so the purchasers could be compelled to carry out the work on the basis that they were jointly and severally liable for the remediation obligations (paras. 39-40). But in *Northstar Aerospace Inc., Re*, 2013 ONCA 600, 8 C.B.R. (6th) 154, Juriansz J.A. found that the

des indications suffisantes permettant de conclure que l’organisme administratif qui a eu recours aux mécanismes d’application de la loi effectuera en fin de compte des travaux de décontamination et présentera une réclamation pécuniaire afin d’obtenir le remboursement de ses débours. Si cela est suffisamment certain, le tribunal conclura que l’ordonnance peut être assujettie au processus d’insolvabilité. [Je souligne; par. 30 et 36]

[255] À mon avis, il est suffisamment certain que l’AER ou l’OWA effectuera ultimement les travaux d’abandon et de remise en état et fera valoir une réclamation pécuniaire afin d’obtenir un remboursement. Il est donc satisfait au dernier volet du test *Abitibi*. Le juge en cabinet a tiré trois conclusions de fait cruciales — chacune d’elles commandant la déférence en appel (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 10) — qui appuient aisément cette conclusion.

[256] Premièrement, le juge en chef Wittmann a conclu que GTL n’était pas en possession des biens visés par les renonciations et, de toute façon, il [TRADUCTION] « ne peut pas exécuter de travaux sur les biens » parce que les engagements environnementaux dépassaient la valeur de l’actif même (par. 170; voir également *Abitibi*, par. 53, où la Cour a dit que : « *Abitibi* ne disposait d’aucune ressource pour exécuter les travaux »). Il a écarté la possibilité que les participants en participation directe de Redwater se chargent de le faire même à l’égard des quelques biens visés par des permis de Redwater pour lesquels de tels partenaires existaient (motifs du juge en cabinet, par. 171). Bref, il a conclu [TRADUCTION] « qu’il n’existe aucune autre partie susceptible d’être contrainte d’exécuter les travaux d’abandon » (par. 172).

[257] Deux décisions de la Cour d’appel de l’Ontario font ressortir pourquoi cela est important. Dans *Nortel Networks Corp., Re*, 2013 ONCA 599, 6 C.B.R. (6th) 159, le juge Juriansz a conclu qu’il *n’était pas* satisfait au critère de la « certitude suffisante » relativement à certains sites parce que ceux-ci avaient déjà été achetés. Les acheteurs pouvaient par conséquent être contraints d’exécuter les travaux parce qu’ils étaient solidairement responsables des obligations de décontamination (par. 39-40). Mais dans *Northstar Aerospace Inc., Re*, 2013 ONCA 600,

“sufficient certainty” standard *was* satisfied because there was no purchaser that could be compelled by the regulator to complete the work. While it is true that fresh evidence on appeal revealed that the Ministry of the Environment had commenced the remediation work, Juriansz J.A. found that the fact that there were no subsequent purchasers had grounded the application judge’s implicit conclusion regarding sufficient certainty (paras. 16-17). The present case is like *Northstar*, which is perfectly applicable to the facts of this case: there is no purchaser to take on Redwater’s assets, and the debtor itself is insolvent. The chambers judge in this case concluded that there was no other party who could be compelled to carry out the work.

[258] Second, in light of the fact that neither GTL nor Redwater’s working interest participants would (or could) undertake this work, Wittmann C.J. found as a fact that “the AER will ultimately be responsible for [the abandonment] costs” (para. 171). He concluded that “the AER has the power [to seek recovery of abandonment costs] and has actually performed the work on occasion” (para. 168). In fact, in this very case, “the AER has expressly stated an intention to seek reimbursement for the costs of abandoning the renounced assets” (para. 172). This conclusion finds ample support in the record. In a cover letter sent with the Abandonment Orders on July 15, 2015, the AER unambiguously stated that if Redwater failed to abandon the disclaimed properties in accordance with its instructions, “the AER will, without further notice, use its process to have the properties abandoned” (GTL’s Record, vol. I, at p. 102 (emphasis added)). The letter further stated that “[t]he AER will exercise all remedies available to it to recover the costs from the liable parties” (p. 102 (emphasis added)). The chambers judge did not err in relying on these unequivocal statements from the AER itself — to the effect that it *will* have the abandonment work performed and seek reimbursement — to conclude that sufficient certainty existed in this case.

8 C.B.R. (6th) 154, le juge Juriansz a conclu qu’il *était* satisfait au critère de la « certitude suffisante » parce qu’il n’y avait pas d’acheteur qui pouvait être contraint d’exécuter les travaux par l’organisme de réglementation. Certes, les éléments de preuve nouveaux déposés en appel révèlent que le ministère de l’Environnement avait amorcé les travaux de décontamination, mais le juge Juriansz a conclu que l’absence d’acheteurs subséquents justifiait la conclusion implicite du juge de première instance quant à la certitude suffisante (par. 16-17). La présente affaire s’apparente à *Northstar*, qui s’applique parfaitement aux faits de l’espèce : il n’y a aucun acheteur pour prendre en charge les biens de Redwater, et la débitrice elle-même est insolvable. Le juge en cabinet en l’espèce a conclu qu’il n’existe aucune autre partie qui pourrait être contrainte d’exécuter les travaux.

[258] Deuxièmement, compte tenu du fait que ni GTL ni les participants en participation directe de Redwater ne voudraient (ou ne pourraient) entreprendre ces travaux, le juge en chef Wittmann a tiré la conclusion de fait selon laquelle [TRADUCTION] « l’AER sera en fin de compte responsable des frais [d’abandon] » (par. 171). Il a conclu que « l’AER a le pouvoir [de tenter de recouvrer les frais d’abandon] et a réellement exécuté les travaux à l’occasion » (par. 168). Dans les faits, en l’espèce, « l’AER a expressément manifesté l’intention de demander le remboursement des frais liés à l’abandon des biens faisant l’objet de la renonciation » (par. 172). Cette conclusion est amplement étayée par le dossier. Dans la lettre du 15 juillet 2015 accompagnant les ordonnances d’abandon, l’AER a déclaré sans équivoque que, si Redwater ne procède pas à l’abandon des biens visés par les renonciations conformément aux directives de l’AER, [TRADUCTION] « l’AER utilisera, sans autre avis, sa procédure pour faire abandonner les biens » (dossier de GTL, vol. I, p. 102 (je souligne)). La lettre indiquait également que « [l’]AER exercera tous les recours dont il dispose pour recouvrer les frais des parties responsables » (p. 102 (je souligne)). Le juge siégeant en cabinet n’a pas commis d’erreur en se fondant sur ces déclarations sans équivoque de l’AER lui-même — selon lesquelles il *fera* exécuter les travaux d’abandon et demandera un remboursement — pour conclure qu’il y avait une certitude suffisante en l’espèce.

[259] Although there is some contrary evidence in the record — principally, the remarks of an AER affiant, who stated that the AER would not abandon the properties — Wittmann C.J. did not commit any palpable and overriding error by giving more weight to the letter that the AER sent contemporaneously with the Abandonment Orders. Likewise, to the extent that the AER sent other correspondence stating that it was not a creditor and that it was not asserting a provable claim, Wittmann C.J. did not err in discounting these self-serving statements as insufficiently probative on the ultimate legal questions. There is therefore no basis to disturb these factual findings or to reweigh this evidence on appeal.

[260] Even if the AER’s admission that it would abandon the properties itself is not sufficient on its own, Wittmann C.J. made a third critical finding of fact: the AER’s only “realistic alternativ[e] to performing the remediation work itself” was to deem the renounced assets to be orphan wells (para. 172). In this circumstance, he found that “the legislation and evidence shows that if the AER deems a well an orphan, then the OWA will perform the work” (para. 166 (emphasis added)).

[261] In light of these factual determinations, Wittmann C.J. rightly concluded that the “sufficient certainty” standard of *Abitibi* was satisfied. He elaborated on the legal basis for that conclusion as follows:

Does this situation meet the sufficient certainty criterion as described in *AbitibiBowater*? The answer is no in a narrow and technical sense, since it is unclear whether the AER will perform the work itself or if it will deem the properties subject to the orders, orphans. If so, the OWA will probably perform the work, although not necessarily within a definite timeframe. However, the situation does meet, in my opinion, what was intended by the majority of the Court in *AbitibiBowater*. . . . In the result, I find that although not expressed in monetary terms, the AER orders are in this case intrinsically financial. [para. 173]

[259] Bien qu’il y ait certains éléments de preuve contraires au dossier — notamment les propos d’un déclarant de l’AER selon lesquels l’AER ne procéderait pas à l’abandon des biens — le juge en chef Wittmann n’a pas commis d’erreur manifeste et dominante en accordant plus de poids à la lettre que l’AER a envoyée en même temps que les ordonnances d’abandon. De même, dans la mesure où l’AER a envoyé d’autres lettres dans lesquelles il déclarait ne pas être un créancier et ne pas faire valoir une réclamation prouvable, le juge en chef Wittmann n’a pas commis d’erreur en faisant abstraction de ces déclarations intéressées parce qu’elles n’étaient pas suffisamment probantes quant aux questions de droit ultimes. Il n’y a donc aucune raison de modifier ces conclusions de fait ou d’apprécier de nouveau ces éléments de preuve en appel.

[260] Même si la déclaration de l’AER selon laquelle il procéderait lui-même à l’abandon des biens n’est pas suffisante en soi, le juge en chef Wittmann a tiré une troisième conclusion de fait cruciale : la seule [TRADUCTION] « solution réaliste [qui s’offre à l’AER] autre que celle d’effectuer lui-même les travaux de décontamination » était de considérer les biens faisant l’objet de la renonciation comme des puits orphelins (par. 172). Il a conclu qu’en pareil cas, « les dispositions législatives et les éléments de preuve démontrent que, si l’AER considère un puits comme orphelin, l’OWA exécutera les travaux » (par. 166 (je souligne)).

[261] À la lumière de ces conclusions de fait, le juge en chef Wittmann a eu raison de conclure qu’il était satisfait à la norme de « certitude suffisante » énoncée dans *Abitibi*. Il a précisé ainsi le fondement juridique de cette conclusion :

[TRADUCTION] La situation répond-elle au critère de la certitude suffisante décrit dans l’arrêt *AbitibiBowater*? Au sens strict et technique du terme, la réponse est non, car il n’est pas clair si l’AER effectuera lui-même les travaux ou s’il considérera les biens visés par les ordonnances comme orphelins. Dans l’affirmative, l’OWA exécutera probablement les travaux, mais pas nécessairement dans un délai précis. La situation correspond toutefois, à mon avis, à ce qu’ont voulu les juges majoritaires de la Cour dans *AbitibiBowater*. . . . Par conséquent, je conclus que, bien qu’elles ne soient pas formulées en termes pécuniaires, les ordonnances de l’AER sont, en l’espèce, intrinsèquement financières. [par. 173]

[262] My colleague does not specify the standard of review he applies in overturning Wittmann C.J.’s application of the third prong of the *Abitibi* test to this case. Nevertheless, he disagrees with the chambers judge and holds that the “sufficient certainty” standard is not satisfied. He offers two reasons for overruling Wittmann C.J.’s finding; but in doing so, he does not identify any palpable and overriding error (or, even under the non-deferential standard of correctness, *any* true error) in the chambers judge’s ultimate conclusion.

[263] The first reason — the purported legal error of determining that the Abandonment Orders are “intrinsically financial” — is little more than a distraction. Even if this is an erroneous application of *Abitibi*, it is evident that Wittmann C.J. was of the view, *at a minimum*, that either the AER or the OWA would complete the abandonment work. And as I describe below, this alone is enough to satisfy the “sufficient certainty” standard. My colleague over-emphasizes the import of this stray comment in the context of a thorough set of reasons that otherwise faithfully applies the correct standard. Any legal error on this basis, to the extent that one exists, does not displace the result that the chambers judge reached.

[264] The second reason is more substantial. According to Wagner C.J., whether the AER will perform the abandonment work itself or delegate that task to the OWA is dispositive, since it was the Province itself that undertook the reclamation work in *Abitibi*. Here, he suggests, “the OWA is not the regulator” (para. 147) and thus the involvement of the OWA “is insufficient to satisfy the ‘sufficient certainty’ test” (para. 146).

[265] Accepting, for a moment, the potential relevance of this distinction, I am of the view that any uncertainty as to whether the AER *would* delegate the reclamation work to the OWA is questionable. My colleague’s emphasis on the self-serving remarks of an AER affiant and the fact that the AER took no immediate steps to perform the abandonment work

[262] Mon collègue ne précise pas la norme de contrôle qu’il applique en infirmant l’application par le juge en chef Wittmann du troisième volet du test *Abitibi* à la présente affaire. Néanmoins, il est en désaccord avec le juge en cabinet et conclut qu’il n’est pas satisfait au volet de la « certitude suffisante ». Il donne deux raisons pour infirmer la conclusion du juge en chef Wittmann; mais ce faisant, il ne relève aucune erreur manifeste et dominante (ni même une véritable erreur selon la norme de la décision correcte, qui ne commande aucune déférence) dans la conclusion ultime du juge en cabinet.

[263] La première raison, la prétendue erreur de droit consistant à décider que les ordonnances d’abandon sont [TRADUCTION] « intrinsèquement financières », n’est guère plus qu’une distraction. Même s’il s’agit d’une application erronée de l’arrêt *Abitibi*, il est manifeste que le juge en chef Wittmann a estimé, *au moins*, que l’AER ou l’OWA mènerait à terme les travaux d’abandon. Et comme je l’explique plus loin, cela suffit en soi pour satisfaire à la norme de « certitude suffisante ». Mon collègue surestime l’importance de ce commentaire isolé dans le contexte d’un ensemble de motifs étoffés où la norme appropriée est par ailleurs fidèlement appliquée. Toute erreur de droit de ce genre, dans la mesure où il en existe une, n’écarte en rien le résultat auquel est arrivé le juge en cabinet.

[264] La deuxième raison est plus sérieuse. Selon le juge en chef Wagner, la question de savoir si l’AER effectuera lui-même les travaux d’abandon ou s’il déléguera cette tâche à l’OWA est déterminante, car c’est la Province elle-même qui a procédé aux travaux de décontamination dans *Abitibi*. Dans l’affaire qui nous occupe, suggère-t-il, « l’OWA n’est pas l’organisme de réglementation » (par. 147) et, en conséquence, l’intervention de l’OWA « est insuffisante pour satisfaire au critère de la “certitude suffisante” » (par. 146).

[265] Acceptant pour un instant la pertinence éventuelle de cette distinction, j’estime que toute incertitude quant à la question de savoir si l’AER *délèguerait* l’exécution des travaux de décontamination à l’OWA est discutable. L’importance qu’accorde mon collègue aux propos intéressés d’un déclarant de l’AER et au fait que l’AER n’a rien fait sur-le-champ pour exécuter

itself amounts to little more than *post hoc* appellate fact finding, especially in light of the AER’s own statement. Although Wittmann C.J. suggested that it was “unclear” whether the AER would complete this work itself, his other findings of fact and law — that the AER has the statutory power to perform the work, that it has actually done so in the past, and that it expressly stated its intention to seek reimbursement here — suggest otherwise. Regardless, Wittmann C.J.’s remark that the “sufficient certainty” standard was not satisfied “in a narrow and technical sense” must be read in this context: he was simply suggesting that there was some uncertainty as to “whether the AER will perform the work itself” as opposed to delegating the work to the OWA (para. 173). He was *not* implying — let alone concluding as a matter of law — that GTL had failed to prove the third prong of the *Abitibi* test. That reading would vastly overstate, and completely decontextualize, the meaning of a few isolated words in his reasons.

[266] The more important problem, though, is that any distinction between the performance of the abandonment work by the AER and its performance by the OWA is meaningless. Form is elevated over substance if it is concluded that the “sufficient certainty” standard is not satisfied when a regulatory body’s delegate, as opposed to the regulatory body itself, performs the work. And despite my colleague’s suggestion that a regulatory body cannot act strategically to evade *Abitibi*, that is precisely what his analysis permits.

[267] We are told that the “OWA’s true nature” (majority reasons, at para. 147) — and therefore what purports to distinguish this case from impermissible examples of strategic delegation — rests on four factors: (1) the OWA is a non-profit organization; (2) it has an independent board of directors; (3) it has its own mandate and determines “when and how it will perform environmental work” (para. 148); and (4) it is “financially independent” (para. 148) as it is

lui-même les travaux d’abandon ne constitue rien de moins qu’une appréciation des faits après coup en appel, surtout compte tenu de la propre déclaration de l’AER. Bien que le juge en chef Wittmann ait affirmé qu’il n’était [TRADUCTION] « pas clair » si l’AER effectuerait lui-même les travaux, ses autres conclusions de fait et de droit — que la loi confère à l’AER le pouvoir d’exécuter les travaux, qu’il l’a réellement fait dans le passé et qu’il a expressément manifesté l’intention de demander un remboursement en l’espèce — indiquent le contraire. Quoi qu’il en soit, la remarque du juge en chef Wittmann selon laquelle il n’était pas satisfait à la norme de « certitude suffisante » « au sens strict et technique » doit être interprétée dans ce contexte : il voulait tout simplement dire qu’il y avait une certaine incertitude quant à savoir « si l’AER effectuera[it] lui-même les travaux » au lieu de déléguer les travaux à l’OWA (par. 173). Il *ne* sous-entendait *pas* — et concluait encore moins en droit — que GTL n’avait pas réussi à établir le troisième volet du test *Abitibi*. Cette interprétation exagère considérablement le sens de quelques mots isolés contenus dans ses motifs, et sort complètement ces mots de leur contexte.

[266] Le problème le plus important, cependant, c’est que toute distinction entre l’exécution des travaux d’abandon par l’AER et leur exécution par l’OWA est dénuée de sens. C’est faire passer la forme avant le fond que de conclure qu’il n’est pas satisfait à la norme de « certitude suffisante » lorsque le délégataire de l’organisme de réglementation, et non l’organisme de réglementation lui-même, effectue les travaux. Et malgré l’affirmation de mon collègue selon laquelle un organisme de réglementation ne saurait stratégiquement éviter l’arrêt *Abitibi*, c’est précisément ce que son analyse permet de faire.

[267] On nous dit que la « véritable nature de l’OWA » (motifs majoritaires, par. 147) — et, par conséquent, ce qui est censé distinguer la présente affaire des exemples inadmissibles de délégation stratégique — repose sur quatre facteurs : (1) l’OWA est un organisme sans but lucratif; (2) elle a un conseil d’administration indépendant; (3) elle dispose de son propre mandat et décide « quand et de quelle manière elle exécutera des travaux environnementaux »

funded “almost entirely” by a tax on the oil and gas industry (para. 23).

[268] The first point is true, but irrelevant. Why does an organization’s non-profit status have any bearing on whether it is being used as a vehicle to avoid the “sufficient certainty” standard under *Abitibi*?

[269] The second point is not accurate. The AER appoints members of the OWA’s board of directors, as does another provincial body, Alberta Environment and Parks — underscoring the extent to which the provincial government can influence the OWA’s activities.

[270] The third point overstates the OWA’s level of independence. The *Orphan Fund Delegated Administration Regulation*, Alta. Reg. 45/2001, gives the AER substantial power to influence the OWA’s decision making. Section 3(2)(b) of the regulation expressly states that, in fulfilling its delegated powers, duties and functions, the OWA must act in accordance with “applicable requirements, guidelines, directions and orders of the [AER]”. The regulation also mandates that the OWA provide information to the AER on request and regularly submit reports indicating or containing its budget, “goals, strategies and performance measures”, activities for the previous year and financial statements (s. 6). The AER appears to be able to exercise substantial control and oversight over the OWA if it so chooses, including over the manner in which the OWA carries out its environmental work.

[271] The fourth point is also inaccurate and would probably be irrelevant even if it were accurate. The Province has provided funding to the OWA in the past, including a \$30 million contribution in 2009 and an additional \$50,000 in 2012, and it has announced that it will loan the OWA an additional \$230 million (see A.F., at para. 99 (alluding to this loan); recall *Abitibi*, at para. 58 where the Court stated that: “Earmarking money may be a strong

(par. 148); (4) elle est « financièrement indépendante » (par. 148) et « presque entièrement » financée par une taxe imposée à l’industrie pétrolière et gazière (par. 23).

[268] Le premier point est exact, mais non pertinent. Pourquoi le statut d’organisme sans but lucratif aurait-il une incidence sur la question de savoir s’il est utilisé comme moyen d’éviter la norme de « certitude suffisante » fixée dans *Abitibi*?

[269] Le deuxième point est inexact. L’AER nomme les membres du conseil d’administration de l’OWA, comme le fait un autre organisme provincial, Alberta Environment and Parks — ce qui fait ressortir à quel point le gouvernement provincial peut influencer les activités de l’OWA.

[270] Le troisième point surestime l’indépendance de l’OWA. Le *Orphan Fund Delegated Administration Regulation*, Alta. Reg. 45/2001, accorde à l’AER le pouvoir important d’influencer la prise de décisions de l’OWA. L’alinéa 3(2)(b) du règlement dispose en termes exprès que, dans l’exercice des pouvoirs, obligations et attributions qui lui sont déléguées, l’OWA doit se conformer aux [TRADUCTION] « conditions, lignes directrices, directives et ordonnances applicables de [l’AER] ». Le règlement exige que l’OWA fournisse sur demande des renseignements à l’AER et dépose périodiquement des rapports décrivant son budget de même que ses « objectifs, stratégies, mesures du rendement », activités de l’année précédente et états financiers (art. 6). L’AER semble être à même d’exercer beaucoup d’emprise et de surveillance sur l’OWA, si tel est son désir, y compris sur la manière dont l’OWA effectue ses travaux environnementaux.

[271] Le quatrième point est lui aussi inexact et il n’aurait probablement aucune pertinence même s’il était exact. La Province a fourni des fonds à l’OWA dans le passé, notamment une contribution de 30 millions de dollars en 2009 et une somme supplémentaire de 50 000 \$ en 2012, et elle a annoncé qu’elle prêterait une somme supplémentaire de 230 millions de dollars à l’OWA (voir le m.a., par. 99 (faisant allusion à ce prêt); rappelons ce que la Cour a affirmé

indicator that a province will perform remediation work”).

[272] In any event, it is important to note the more salient features of the OWA and its relationship with the AER (and, more generally, with the provincial government). The OWA operates under legal authority delegated to it by the AER and in accordance with a Memorandum of Understanding it has signed with both the AER and Alberta Environment and Parks. The orphan fund itself is administered by the AER, which prescribes and collects industry contributions and remits the funds to the OWA. The OWA cannot increase the industry levy without first obtaining approval from the Alberta Treasury Board. In addition, the *OGCA* makes clear that abandonment costs incurred by any person authorized by the AER — which would include the OWA — constitute a debt payable to the AER (*OGCA*, s. 30(5)). The record shows that the AER has remitted abandonment costs to the OWA in the past, in the form of security deposits and amounts recovered through successful enforcement action against licensees.

[273] The AER and the OWA are therefore inextricably intertwined. We should see this arrangement for what it is: when the AER exercises its statutory powers to declare a property an “orphan” under s. 70(2) of the *OGCA*, it effectively delegates the abandonment work to the OWA. Treating the OWA’s work as meaningfully different from abandonment activities carried out by the AER turns a blind eye to this reality and does nothing to further the underlying principles of paramouncy. To the contrary, it provides provincial regulators with an easy way to evade the test of *Abitibi* through strategic behaviour, thereby undermining the legitimate federal interest in enforcing the *BIA*’s priority scheme. It should not matter which body carries out the work (see C.A. reasons, at para. 78; *OGCA*, s. 70(1)(a)(ii)).

[274] The majority faults the chambers judge for “failing to consider whether the OWA can be treated as the regulator” (para. 153). However, the chambers

dans *Abitibi*, par. 58 : « [l]e fait de prévoir un budget peut constituer un indicateur clair qu’une province exécutera des travaux de décontamination »).

[272] Quoi qu’il en soit, il importe de souligner les caractéristiques plus saillantes de l’OWA et de sa relation avec l’AER (et, de façon plus générale, avec le gouvernement provincial). L’OWA agit en vertu du pouvoir légal qui lui est délégué par l’AER et conformément au protocole d’entente qu’elle a signé avec l’AER et Alberta Environment and Parks. Le fonds pour les puits orphelins est lui-même administré par l’AER, qui fixe et recueille les contributions de l’industrie et remet les fonds à l’OWA. L’OWA ne peut pas augmenter les prélèvements qu’elle effectue auprès de l’industrie sans d’abord obtenir l’approbation du Conseil du trésor de l’Alberta. De plus, l’*OGCA* indique clairement que les frais liés à l’abandon engagés par toute personne autorisée par l’AER — y compris l’OWA — constituent une dette payable à l’AER (*OGCA*, par. 30(5)). Le dossier révèle que l’AER a versé des frais d’abandon à l’OWA dans le passé, sous la forme de dépôts de garantie et de sommes recouvrées grâce à des mesures de recouvrement réussies à l’encontre des titulaires de permis.

[273] L’AER et l’OWA sont donc inextricablement liés. Il faut reconnaître cet arrangement pour ce qu’il est : lorsque l’AER exerce le pouvoir de déclarer un bien [TRADUCTION] « orphelin » que lui confère le par. 70(2) de l’*OGCA*, il délègue effectivement l’exécution des travaux d’abandon à l’OWA. Considérer les travaux de l’OWA comme significativement différents des activités d’abandon menées par l’AER ne tient pas compte de cette réalité et n’aide en rien à favoriser l’application des principes sous-jacents de la prépondérance. Au contraire, cela donne aux organismes de réglementation provinciaux un moyen facile d’échapper au test *Abitibi* par l’adoption d’un comportement stratégique, minant ainsi l’intérêt légitime du gouvernement fédéral à assurer le respect du régime de priorité établi par la *LFI*. Il importe peu de savoir qui effectue les travaux (voir les motifs de la Cour d’appel, par. 78; *OGCA*, sous-al. 70(1)(a)(ii)).

[274] La majorité reproche au juge en cabinet de « ne pas se demander si l’OWA [pouvait] être assimilé à l’organisme de réglementation » (par. 153).

judge cannot have erred by failing to appreciate a level of independence that simply does not exist.

[275] The majority also offers an alternative conclusion: it is not sufficiently certain that even the OWA will perform the abandonment work (para. 149). Whether the chambers judge's conclusion to the contrary amounts to a palpable and overriding error, or something else, we are not told.

[276] Again, such an approach would permit the AER to benefit from strategic gamesmanship by manipulating the timing of its intervention in order to escape the insolvency regime and strip Redwater of its assets. This arbitrary line-drawing exercise, in which a period of 10 years before the wells are abandoned is too long (but presumably some shorter time line would not be), has no basis in law. As Slatter J.A. convincingly observed in his reasons, the AER

cannot insist that security be posted to cover environmental costs, but at the same time argue that it may be a long time before the Orphan Well Association actually does the remediation. If the Regulator takes security for remediating Redwater's orphan wells, those funds cannot be used for any other purpose. If security is taken, it is no answer that the security might be held for an indefinite period of time; the consequences to the insolvency proceedings and distribution of funds to the creditors are immediate and certain. Further, if security is taken, the environmental obligation has clearly been reduced to monetary terms. [Emphasis added; para. 79.]

[277] Moreover, the OWA's estimate of 10 to 12 years was put forward at the start of this litigation more than 3 years ago. Whether that estimate remains accurate after the province's proposed infusion of nearly a quarter of a billion dollars into the orphan fund (A.F., at para. 99)¹ — money that will undoubt-

¹ I am assuming that the AER's factum is accurate in referring to the existence and amount of this loan (which no other party contested).

Le juge en cabinet ne peut toutefois avoir fait erreur en n'appréciant pas une indépendance qui n'existe tout simplement pas.

[275] La majorité tire aussi une conclusion subsidiaire : il n'est pas suffisamment certain que même l'OWA exécutera les travaux d'abandon (par. 149). Quant à savoir si la conclusion contraire du juge en cabinet équivaut à une erreur manifeste et dominante, ou à quelque chose d'autre, on ne nous le dit pas.

[276] Là encore, une telle approche permettrait à l'AER de tirer profit de manœuvres stratégiques en manipulant le moment de son intervention afin de se soustraire au régime d'insolvabilité et de dépouiller Redwater de ses biens. Cet exercice de délimitation arbitraire, dans lequel une période de 10 ans avant que les puits fassent l'objet d'un abandon est trop longue (mais selon lequel une période plus courte ne le serait présumément pas), n'a aucun fondement en droit. Comme le juge Slatter l'a fait observer de manière convaincante dans ses motifs, l'AER

[TRADUCTION] ne peut exiger qu'un dépôt de garantie soit versé pour couvrir les frais environnementaux, et en même temps faire valoir qu'il pourrait s'écouler beaucoup de temps avant que l'Orphan Well Association procède réellement à la décontamination. Si l'organisme de réglementation prend un dépôt de garantie afin de décontaminer les puits orphelins de Redwater, ces fonds ne peuvent être utilisés à aucune autre fin. Si un dépôt de garantie est pris, il ne suffit pas de répondre que ce dépôt pourrait être conservé pendant une période indéterminée; les conséquences pour la procédure d'insolvabilité et la distribution des fonds aux créanciers sont immédiates et certaines. De plus, si un dépôt de garantie est pris, l'obligation environnementale est clairement réduite à une obligation formulée en termes pécuniaires. [Je souligne; par. 79.]

[277] De plus, l'estimation de 10 à 12 ans de l'OWA a été mise de l'avant au début du présent litige il y a plus de 3 ans. La question de savoir si cette estimation demeure exacte après l'injection proposée par la province de près d'un quart de milliard de dollars dans le fonds pour les puits orphelins (m.a., par. 99)¹ — des

¹ Je suppose que le mémoire de l'AER est exact quand il fait état de l'existence et du montant de ce prêt (des faits qui n'ont pas été contestés par une autre partie).

edly speed up the OWA’s abandonment efforts — is an open question. In any case, the changing factual context highlights the essential problem with the majority’s approach: pinning the constitutional analysis on the timing of the OWA’s intervention is arbitrary and irrational, as it causes the result to shift based on decisions made by the very actor that stands to benefit from a finding that the “sufficient certainty” standard is not satisfied.

[278] All that aside, the chambers judge’s recognition that the OWA will “probably” abandon the properties should be enough (chambers judge reasons, at para. 173). Concluding otherwise is not justified, since it would mean applying a stricter certainty requirement than is called for by *Abitibi* itself. Deschamps J. expressly rejected an alternative standard — a “likelihood approaching certainty” — adopted by McLachlin C.J. in dissent (*Abitibi*, at para. 60). But here, dismissing as insufficient the chambers judge’s conclusion that the OWA would “probably” complete the work essentially means requiring a “likelihood approaching certainty”. Since *Abitibi* does not require absolute certainty, or even a likelihood approaching certainty, Wittmann C.J. did not err in concluding that the third prong was satisfied (see the *Oxford English Dictionary* (online), which defines “probably” as “with likelihood (though not with certainty)”; “almost certainly; as far as one knows or can tell; in all probability; most likely”).

[279] After concluding that it is not sufficiently certain that the AER will abandon the sites, the majority goes on to find that the AER’s licence transfer restrictions similarly do not satisfy the *Abitibi* test. This is so, it says, because the AER’s refusal to approve a licence transfer does not give it a monetary claim against Redwater and because compliance with the Licensee Management Ratio (“LMR”) conditions “reflects the inherent value of the assets held by the bankrupt estate” (para. 157). At the outset, I wish to

sommes qui accéléreront sans doute les efforts d’abandon de l’OWA — demeure sans réponse. Quoi qu’il en soit, le contexte factuel changeant met en lumière le problème fondamental que pose l’approche de la majorité : arrimer l’analyse constitutionnelle au moment de l’intervention de l’OWA est arbitraire et irrationnel, car cette approche a pour effet d’inverser le résultat en fonction de décisions prises par l’acteur même qui peut bénéficier de la conclusion selon laquelle il n’est pas satisfait à la norme de « certitude suffisante ».

[278] Mis à part tout ce qui précède, la reconnaissance par le juge en cabinet que l’OWA abandonnera [TRADUCTION] « probablement » les biens devrait suffire (motifs du juge en cabinet, par. 173). Il n’est pas justifié de conclure le contraire, car cela reviendrait à appliquer une norme plus stricte en matière de certitude que celle que commande l’arrêt *Abitibi* lui-même. La juge Deschamps a expressément rejeté la norme subsidiaire — une « probabilité proche de la certitude » — qu’a adoptée la juge en chef McLachlin dans ses motifs dissidents (*Abitibi*, par. 60). Mais en l’espèce, rejeter comme insuffisante la conclusion du juge en cabinet selon laquelle l’OWA mènerait « probablement » à terme les travaux revient essentiellement à exiger une « probabilité proche de la certitude ». Étant donné que l’arrêt *Abitibi* n’exige pas une certitude absolue, ni même une probabilité proche de la certitude, le juge en chef Wittmann n’a pas commis d’erreur en concluant qu’il était satisfait au troisième volet du test (voir l’*Oxford English Dictionary* (en ligne), qui définit [TRADUCTION] « probablement » comme « selon la vraisemblance (mais sans certitude) »; « presque certainement; pour autant que l’on sache ou que l’on puisse le dire; selon toute vraisemblance; vraisemblablement »).

[279] Après avoir conclu qu’il n’est pas suffisamment certain que l’AER abandonnera les sites, la majorité juge que les restrictions imposées par l’AER au transfert de permis ne satisfont pas non plus au test *Abitibi*. Il en est ainsi, dit-elle, parce que le refus de l’AER d’approuver le transfert d’un permis ne lui confère pas une réclamation pécuniaire contre Redwater et que le respect des conditions liées au ratio de gestion du titulaire de permis (« RGTP ») « reflète la valeur inhérente des biens détenus par

make clear that I have already concluded that, since GTL lawfully disclaimed the non-producing properties under s. 14.06(4) of the *BIA*, an operational conflict arises to the extent that the AER included those disclaimed properties in calculating Redwater's LMR for the purpose of imposing conditions on the sale of Redwater's assets. In the analysis that follows, I reach that same conclusion under the frustration of purpose aspect of the paramountcy test as well.

[280] I take issue with the majority's conclusion regarding the LMR conditions for two reasons. First, this approach elevates form over substance, disregarding Gascon J.'s admonition in *Moloney* that "[t]he province cannot do indirectly what it is precluded from doing directly" (para. 28; see also *Husky Oil*, at para. 41). Refusing to approve a sale of Redwater's assets unless GTL satisfies Redwater's environmental liabilities is no different, in substance, from directly ordering Redwater or GTL to undertake that work. This is because the AER achieves the exact same thing — the fulfillment of Redwater's environmental obligations — by making any sale conditional on GTL completing the work itself, posting security or packaging the non-producing assets into the sale, which reduces the sale price by the exact amount of those liabilities and ensures that the purchaser can be compelled, as the subsequent "licensee" under provincial law, to comply with the Abandonment Orders.

[281] The only difference between these two exercises of provincial power is the means by which the AER has opted to enforce the underlying obligations. The Abandonment Orders carry a threat of liability for non-compliance; imposing conditions on the sale of Redwater's assets, on the other hand, does not create a liability in a formal sense, but it does preclude any sale from occurring unless and until those obligations are satisfied. Since the trustee must sell the assets in order to carry out its mandate, the *effect* of imposing conditions on the sale of Redwater's assets

l'actif du failli » (par. 157). Tout d'abord, je tiens à préciser une chose : j'ai déjà conclu qu'étant donné que GTL a légalement renoncé aux biens inexploités en vertu du par. 14.06(4) de la *LFI*, il y a un conflit d'application dans la mesure où l'AER a inclus ces biens visés par les renoncements dans le calcul du RGTP de Redwater afin d'imposer des conditions à la vente des actifs de Redwater. Dans l'analyse qui suit, j'arrive également à la même conclusion en m'appuyant sur le second volet concernant l'entrave à la réalisation d'un objet fédéral du test de la prépondérance.

[280] Je suis en désaccord avec la conclusion de la majorité quant aux conditions relatives au RGTP pour deux raisons. D'abord, cette approche fait passer la forme avant le fond, ignorant la mise en garde du juge Gascon dans l'arrêt *Moloney* selon laquelle « [l]a province ne peut faire indirectement ce qu'il lui est interdit de faire directement » (par. 28; voir aussi *Husky Oil*, par. 41). Refuser d'approuver la vente des biens de Redwater à moins que GTL ne satisfasse aux obligations environnementales de Redwater n'est pas différent, au fond, que d'ordonner directement à Redwater ou à GTL de procéder à ces travaux. Il en est ainsi parce que l'AER atteint exactement le même résultat — le respect des obligations environnementales de Redwater — en faisant dépendre la vente de l'exécution des travaux par GTL lui-même, du versement par celle-ci d'un dépôt de garantie ou de l'inclusion des biens inexploités dans la vente, ce qui réduit le prix de vente du montant exact de ces engagements et permet de contraindre l'acheteur, en tant que « titulaire de permis » subséquent sous le régime de la loi provinciale, à se conformer aux ordonnances d'abandon.

[281] La seule différence entre ces deux exercices d'un pouvoir provincial est le moyen par lequel l'AER a choisi de faire exécuter les obligations sous-jacentes. Les ordonnances d'abandon comportent un risque de responsabilité pour non-respect; l'imposition de conditions à la vente des actifs de Redwater, par contre, ne crée pas formellement de responsabilité, mais empêche effectivement toute vente de se réaliser tant et aussi longtemps qu'il n'est pas satisfait à ces obligations. Étant donné que le syndic doit vendre les biens afin de remplir

is the same as that of issuing abandonment orders — and, as my colleague acknowledges, it is the effect of provincial action, not its intent or its form, that is central to the paramountcy analysis (para. 116; see also *Husky Oil*, at para. 40). In either case, then, the effect of the AER’s action is to create a debt enforcement scheme — one that requires the environmental obligations owed to the AER to be discharged ahead of the bankrupt’s other debts.

[282] Second, it is irrelevant to this analysis that the licensing requirements predate Redwater’s bankruptcy and apply to all licensees. This is no different from *Abitibi*, where the obligation to close down and remediate the properties predated AbitibiBowater’s bankruptcy and could also have been said to constitute an “inherent” limitation on the value of the regulatory licence. Yet the obligations at issue there were provable claims. So too here. Alberta is, of course, free to affect the priority of claims in non-bankruptcy contexts. For example, it can leverage its licensing power to condition the sale of assets by *solvent* corporations on the payment of outstanding debts to the province. But “once bankruptcy has occurred [the BIA] determines the status and priority of the claims” (*Husky Oil*, at para. 32, quoting A. J. Roman and M. J. Sweatman, “The Conflict Between Canadian Provincial Personal Property Security Acts and The Federal Bankruptcy Act: The War is Over” (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 77, at p. 79).

[283] In this case, imposing conditions on the sale of Redwater’s valuable assets *does* result in a monetary debt in the AER’s favour, whether in the form of: (1) the posting of security; (2) actual completion of the environmental work; or (3) the sale of the non-producing properties to another entity that is then regulated as a “licensee” and, as such, can be compelled under provincial law to complete the work. In each case, the result is the same: the AER is conditioning any sale of Redwater’s assets on its

son mandat, l’effet de l’imposition de conditions à la vente des biens de Redwater est le même que celui des ordonnances d’abandon — et, comme le reconnaît mon collègue, c’est l’effet de l’action provinciale, et non son intention ou sa forme, qui est au cœur de l’analyse relative à la prépondérance (par. 116; voir aussi *Husky Oil*, par. 40). L’effet de l’action de l’AER est donc, dans les deux cas, de créer un régime de recouvrement des créances — qui exige que les obligations environnementales envers l’AER soient acquittées avant les autres dettes du failli.

[282] Ensuite, le fait que les exigences en matière de permis précèdent la faillite et s’appliquent à tous les titulaires de permis n’est pas pertinent pour les besoins de la présente analyse. La situation n’est pas différente de celle dans l’affaire *Abitibi*, où l’obligation de fermer et de décontaminer les biens précédait la faillite d’AbitibiBowater et aurait également pu être considérée comme constituant une limite « inhérente » à la valeur du permis réglementaire. Pourtant, les obligations en cause dans cette affaire étaient des réclamations prouvables. C’est également le cas en l’espèce. Il est certes loisible à l’Alberta de modifier l’ordre de priorité des réclamations dans un contexte autre que celui d’une faillite. Par exemple, elle peut se servir de son pouvoir de délivrer des permis pour faire dépendre la vente des biens des sociétés *solvables* du paiement des dettes impayées envers la province. Mais « dès qu’il y a faillite, c’est [la LFI] qui détermine le statut et l’ordre de priorité des réclamations » (*Husky Oil*, par. 32, citant A. J. Roman et M. J. Sweatman, « The Conflict Between Canadian Provincial Personal Property Security Acts and the Federal Bankruptcy Act : The War is Over » (1992), 71 *R. du B. can.* 77, p. 79).

[283] En l’espèce, l’imposition de conditions à la vente des actifs de valeur de Redwater entraîne *bel et bien* une créance pécuniaire en faveur de l’AER, que ce soit sous forme : (1) de versement d’un dépôt de garantie; (2) d’achèvement réel des travaux environnementaux; ou (3) de vente des biens inexploités à une autre entité qui est alors réglementée comme « titulaire de permis » et qui peut ainsi être contrainte en application de la loi provinciale à mener à bien les travaux. Dans un cas comme dans l’autre, le résultat

ability to recover a pre-existing debt owed to it by the bankrupt.

[284] An approach which artificially separates the Abandonment Orders and the transfer requirements in order to treat them as analytically distinct under the *Abitibi* test would cause the paramountcy analysis to turn on irrelevant subtleties in the manner or form in which the province has chosen to exercise its power. The two measures must be seen in tandem as the AER's means of enforcing a debt against the Redwater estate. As I have described, there is no meaningful difference in the bankruptcy context between a formal abandonment order directing a trustee to engage in remediation work and a rigid licensing system that imposes the exact same obligations as a condition of sale — a sale that, if the trustee is to carry out its mandate, *must* occur. The only effect of the majority's analysis is to encourage regulators to collect on their debts in more creative ways. None of this serves the purposes of paramountcy; and, more critically, nothing in that analysis offers insolvency professionals (or regulators, for that matter) clear guidance as to the types of obligations that will or will not satisfy the *Abitibi* test.

[285] Since it is sufficiently certain that the AER (or the OWA, as its delegate) will complete the abandonment and reclamation work, all three prongs of the *Abitibi* test are satisfied. The Abandonment Orders are provable claims, and therefore the AER may not compel Redwater or its trustee to fulfill the obligations in question outside of the *BIA*'s priority scheme. Likewise, the AER may not condition the sale of Redwater's valuable assets on the performance of those same obligations.

[286] Towards the end of its analysis, the majority makes the point that the AER's enforcement actions in this case facilitate, rather than frustrate,

est le même : l'AER fait dépendre la vente des biens de Redwater de sa capacité de recouvrer une dette préexistante que lui devait le failli.

[284] Une approche qui différencie artificiellement les ordonnances d'abandon et les exigences relatives au transfert afin de leur réserver un traitement distinct sur le plan analytique en application du critère *Abitibi* ferait reposer l'analyse relative à la prépondérance sur des subtilités non pertinentes concernant la manière dont la province a choisi d'exercer son pouvoir ou la forme que prend ce choix. Les deux mesures doivent être considérées ensemble comme le moyen employé par l'AER pour recouvrer une créance à l'encontre de l'actif de Redwater. Comme je l'ai expliqué, il n'existe aucune différence significative dans le contexte de la faillite entre une ordonnance officielle d'abandon enjoignant au syndic de procéder à des travaux de décontamination et un système de délivrance de permis rigide qui impose exactement les mêmes obligations comme condition de la vente — une vente qui, si le syndic veut remplir son mandat, *doit* avoir lieu. Le seul effet qu'a l'analyse de la majorité est d'encourager les organismes de réglementation à trouver des façons plus ingénieuses de recouvrer leurs créances. Rien de tout cela ne sert les fins de la prépondérance; et, fait plus important, rien dans cette analyse ne donne aux professionnels de l'insolvabilité (ni aux organismes de réglementation, d'ailleurs) des indications claires quant aux types d'obligations qui peuvent ou non satisfaire au test *Abitibi*.

[285] Comme il est suffisamment certain que l'AER (ou l'OWA, sa délégitaire) achèvera les travaux d'abandon et de remise en état, il est satisfait aux trois volets du test *Abitibi*. Les ordonnances d'abandon sont des réclamations prouvables, et l'AER ne peut donc contraindre Redwater ou son syndic à acquitter les obligations en cause à l'extérieur du régime de priorité établi par la *LFI*. De la même façon, l'AER ne peut faire dépendre la vente des biens de valeur de Redwater de l'exécution de ces mêmes obligations.

[286] Vers la fin de son analyse, la majorité soutient que les mesures d'application prises par l'AER en l'espèce favorisent, au lieu de contrecarrer, la

Parliament's intentions behind the *BIA* priority scheme due to the super priority for environmental remediation costs set out in s. 14.06(7) (para. 159). Respectfully, I completely reject this contention. No party attempted to argue that the super priority in subs. (7) was applicable on the facts of this case. Indeed, it is clear that it is not, as the majority itself acknowledges. I cannot accept that where Parliament has set out a particular super priority for the Crown for environmental remediation costs, secured against specific real property assets of the bankrupt, and where certain conditions are met, it somehow "facilitates" Parliament's priority scheme to, in effect, impose that super priority over other assets, in the absence of those statutory conditions being satisfied. It is wrong to rely on s. 14.06(7) to recognize an effective super priority for the AER in circumstances where the terms of that subsection are inapplicable. Doing so clearly undermines the detailed and comprehensive priority scheme that Parliament set out in the *BIA* to achieve its purposes. Had Parliament wished to extend a Crown super priority for environmental remediation costs beyond the circumstances in s. 14.06(7), it could have done so.

[287] As a final note, GTL and ATB Financial advance alternative arguments that some aspects of Alberta's statutory regime, including the definition of "licensee", frustrate the purposes of the 1997 amendments to the *BIA* — purposes that, they say, include protecting insolvency professionals from liability and reducing the number of orphaned sites.

[288] It is not strictly necessary for me to address these arguments, since I have already found that there is an operational conflict (the Alberta regime's failure to recognize the lawfulness of GTL's disclaimers) as well as a frustration of purpose on other grounds (interference with the *BIA*'s priority scheme). I would note, however, that GTL has stated that it would immediately seek a discharge if it were required to carry out the abandonment work, which would result

réalisation des intentions du Parlement qui sous-tendent le régime de priorité de la *LFI* en raison de la superpriorité prévue au par. 14.06(7) pour les frais de décontamination environnementale (par. 159). Avec égards, je rejette entièrement cette prétention. Aucune partie n'a tenté de faire valoir que la superpriorité visée au par. (7) s'appliquait aux faits de l'espèce. En effet, elle ne s'applique clairement pas, comme le reconnaît elle-même la majorité. Je ne peux accepter que, dans les cas où le Parlement a conféré à la Couronne une superpriorité lorsque certaines conditions sont réunies pour les frais de décontamination environnementale et l'a garantie par une sûreté sur certains biens réels du failli, on « favorise » d'une façon ou d'une autre le régime de priorité du Parlement en imposant dans les faits cette superpriorité sur d'autres biens alors que ces conditions statutaires ne sont pas remplies. Il est erroné d'invoquer le par. 14.06(7) pour reconnaître à l'AER une superpriorité dans des situations où les conditions de ce paragraphe ne s'appliquent pas. Agir de la sorte sape clairement le régime de priorité détaillé et complet que le Parlement a établi dans la *LFI* pour réaliser ses objectifs. Si le Parlement avait souhaité étendre une superpriorité de la Couronne pour des frais de décontamination environnementale dans d'autres cas que ceux visés au par. 14.06(7), il aurait pu le faire.

[287] En terminant, GTL et ATB Financial font valoir des arguments subsidiaires selon lesquels certains aspects du régime de réglementation albertain, notamment la définition de « titulaire de permis », entravent la réalisation des objets des modifications apportées à la *LFI* en 1997 — objets qui, affirmatifs, comprennent la protection des professionnels de l'insolvabilité contre la responsabilité et la réduction du nombre de sites orphelins.

[288] Il n'est pas strictement nécessaire que j'examine ces arguments, car j'ai déjà conclu qu'il existe un conflit d'application (la non-reconnaissance par le régime albertain de la légalité des renoncations de GTL) ainsi qu'une entrave à la réalisation d'objet pour d'autres motifs (atteinte au régime de priorité établi par la *LFI*). Je tiens toutefois à souligner que GTL a déclaré qu'elle demanderait immédiatement une libération si elle était tenue d'exécuter les

in the remaining Redwater assets being surrendered to the OWA. The result in this circumstance, which does not appear to be acknowledged, or which appears to be ignored, in my colleague's reasons, would be *more* orphaned oil wells. To the extent, then, that the 1997 amendments were intended to reduce the number of orphaned properties, that purpose is also frustrated by preventing a receiver or trustee from disclaiming value-negative assets.

IV. Conclusion

[289] There is much to be said in the context of this appeal about which outcome will optimally balance environmental protection and economic development. On the one hand, enforcing the AER's remediation orders would effectively wipe out the estate's remaining value and leave all of its creditors (except the AER) without any recovery. It would also likely discourage insolvency professionals from accepting mandates in cases such as this one — potentially resulting in more orphaned properties across the province. On the other hand, permitting GTL to disclaim the non-producing wells and preventing the AER from enforcing environmental obligations before the estate's value is depleted would leave open the question of who, exactly, should foot the bill for remediating the affected land.

[290] Whatever the merits of these competing positions, in matters of statutory interpretation this Court is one of law, not of policy. As the majority recognizes, at para. 30, "it is not the role of this Court to decide the best regulatory approach to the oil and gas industry"; decisions on these matters are made — indeed, they *have been made* — by legislators, not judges. And the law in this case supports only one outcome. But this does not mean that the AER is without options to protect the public from bearing the costs of abandoning oil wells. It could adjust its LMR requirements to prevent other oil companies from reaching the point of bankruptcy with unfunded abandonment obligations (as it has already done since this litigation began). It could

travaux d'abandon, ce qui entraînerait la cession du reste des biens de Redwater à l'OWA. Il en résulterait, ce qui ne semble pas être reconnu ou paraît être passé sous silence dans les motifs de mon collègue, un nombre *plus élevé* de puits de pétrole orphelins. Dans la mesure où les modifications de 1997 étaient censées entraîner une réduction du nombre de biens orphelins, la réalisation de cet objet est également entravée en empêchant le séquestre ou le syndic de renoncer aux biens ayant une valeur négative.

IV. Conclusion

[289] Il y a beaucoup à dire, dans le contexte du présent pourvoi, sur l'issue qui établirait un équilibre optimal entre la protection de l'environnement et le développement économique. D'une part, faire exécuter les ordonnances de décontamination de l'AER aurait pour effet d'éliminer la valeur restante de l'actif et priverait tous ses créanciers (sauf l'AER) de tout recouvrement. En outre, cela découragerait vraisemblablement les professionnels de l'insolvabilité d'accepter des mandats dans des cas comme celui qui nous occupe, ce qui pourrait occasionner une augmentation du nombre de biens orphelins dans l'ensemble de la province. D'autre part, permettre à GTL de renoncer aux puits inexploités en empêchant l'AER de faire exécuter les obligations environnementales avant que l'actif soit épuisé laisserait sans réponse la question de savoir qui, exactement, devrait payer la facture de la décontamination des terrains concernés.

[290] Quel que soit le bien-fondé de ces positions opposées en matière d'interprétation statutaire, notre Cour est un tribunal de droit, et non de politique. Comme le reconnaît la majorité (par. 30), « il ne revient pas à notre Cour de décider de la meilleure approche réglementaire pour l'industrie pétrolière et gazière » : les décisions sur ces enjeux sont prises — et ont d'ailleurs *été prises* — par les législateurs, et non par les juges. Et le droit en l'espèce n'appuie qu'une seule issue. Mais cela ne veut pas dire qu'aucune solution ne s'offre à l'AER pour empêcher le public d'avoir à supporter les frais liés à l'abandon des puits de pétrole. Il pourrait ajuster ses exigences relatives à la RGTP afin d'éviter que d'autres sociétés pétrolières soient acculées à la faillite en raison

adopt strategies used in other jurisdictions, such as requiring the posting of security up-front so that abandonment costs are not borne entirely at the end of an oil well's life cycle. One of the interveners, the Canadian Bankers' Association, noted that such systems of up-front bonding are prevalent in American jurisdictions. The AER could work with industry to increase levies so that the orphan fund has sufficient resources to respond to the recent increase in the number of orphaned properties. It could seek judicial intervention in cases where it suspects that a company is strategically using insolvency as a voluntary step to avoid its environmental liabilities (*Sydco Energy Inc. (Re)*, 2018 ABQB 75, 64 Alta. L.R. (6th) 156, at para. 84). And, as I have noted, it can continue to apply the province's statutory regime to all assets of an insolvent or bankrupt debtor that are retained by a receiver or trustee, including wells and facilities that the receiver or trustee seeks to operate rather than sell.

[291] The AER may not, however, disregard federal bankruptcy law in the pursuit of otherwise valid statutory objectives. Yet that is precisely what it has done here by effectively displacing the "polluter-pays" principle enacted by Parliament in favour of a "lender-pays" regime, in which responsibility for the bankrupt's environmental liabilities is transferred to the estate's creditors. Our paramountcy jurisprudence does not permit that result.

[292] For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal and affirm the orders made by the chambers judge.

d'obligations d'abandon non financées (comme il l'a déjà fait depuis que le présent litige a commencé). Il pourrait adopter les stratégies utilisées dans d'autres ressorts, comme exiger dès le début le versement d'un dépôt de garantie afin que les frais liés à l'abandon ne soient pas entièrement supportés à la fin du cycle de vie du puits de pétrole. L'une des intervenants, l'Association des banquiers canadiens, a fait remarquer que de tels systèmes de dépôts de garantie au départ abondent dans les États américains. L'AER pourrait collaborer avec l'industrie pour augmenter les prélèvements afin que le fonds pour les puits orphelins dispose de ressources suffisantes pour répondre à la récente augmentation du nombre de biens orphelins. Il pourrait solliciter l'intervention des tribunaux dans les cas où il soupçonne une société d'utiliser stratégiquement l'insolvabilité comme une mesure facultative lui permettant de se soustraire à ses engagements environnementaux (*Sydco Energy Inc. (Re)*, 2018 ABQB 75, 64 Alta. L.R. (6th) 156, par. 84). Et, comme je l'ai mentionné, il peut continuer d'appliquer le régime législatif provincial à tous les biens d'un débiteur insolvable ou en faillite qui sont conservés par un séquestre ou un syndic, y compris les puits et installations que le séquestre ou le syndic veut exploiter plutôt que de les vendre.

[291] L'AER ne peut pas, cependant, faire abstraction du droit fédéral de la faillite pour atteindre des objectifs statutaires par ailleurs valides. Or, c'est précisément ce qu'il a fait en l'espèce en écartant effectivement le principe du « pollueur-payeur » adopté par le Parlement en faveur d'un régime du « prêteur-payeur », dans le cadre duquel la responsabilité à l'égard des engagements environnementaux du failli passe aux créanciers de l'actif. Notre jurisprudence en matière de prépondérance n'admet pas ce résultat.

[292] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer les ordonnances rendues par le juge en cabinet.

APPENDIX

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3

14.06 (1) No trustee is bound to assume the duties of trustee in matters relating to assignments, bankruptcy orders or proposals, but having accepted an appointment in relation to those matters the trustee shall, until discharged or another trustee is appointed in the trustee's stead, perform the duties required of a trustee under this Act.

(1.1) In subsections (1.2) to (6), a reference to a trustee means a trustee in a bankruptcy or proposal and includes

- (a) an interim receiver;
- (b) a receiver within the meaning of subsection 243(2); and
- (c) any other person who has been lawfully appointed to take, or has lawfully taken, possession or control of any property of an insolvent person or a bankrupt that was acquired for, or is used in relation to, a business carried on by the insolvent person or bankrupt.

...

(2) Notwithstanding anything in any federal or provincial law, a trustee is not personally liable in that position for any environmental condition that arose or environmental damage that occurred

- (a) before the trustee's appointment; or
- (b) after the trustee's appointment unless it is established that the condition arose or the damage occurred as a result of the trustee's gross negligence or wilful misconduct or, in the Province of Quebec, the trustee's gross or intentional fault.

(3) Nothing in subsection (2) exempts a trustee from any duty to report or make disclosure imposed by a law referred to in that subsection.

(4) Notwithstanding anything in any federal or provincial law but subject to subsection (2), where an order is made which has the effect of requiring a trustee to remedy

ANNEXE

Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3

14.06 (1) Le syndic n'est pas tenu d'assumer les fonctions de syndic relativement à des cessions, à des ordonnances de faillite ou à des propositions concordataires; toutefois, dès qu'il accepte sa nomination à ce titre, il doit accomplir les fonctions que la présente loi lui impose, jusqu'à ce qu'il ait été libéré ou qu'un autre syndic ait été nommé à sa place.

(1.1) Les paragraphes (1.2) à (6) s'appliquent également aux syndics agissant dans le cadre d'une faillite ou d'une proposition ainsi qu'aux personnes suivantes :

- a) les séquestres intérimaires;
- b) les séquestres au sens du paragraphe 243(2);
- c) les autres personnes qui sont nommément habilitées à prendre — ou ont pris légalement — la possession ou la responsabilité d'un bien acquis ou utilisé par une personne insolvable ou un failli dans le cadre de ses affaires.

...

(2) Par dérogation au droit fédéral et provincial, le syndic est, ès qualités, dégage de toute responsabilité personnelle découlant de tout fait ou dommage lié à l'environnement survenu avant ou après sa nomination, sauf celui causé par sa négligence grave ou son inconduite délibérée ou, dans la province de Québec, par sa faute lourde ou intentionnelle.

(3) Le paragraphe (2) n'a pas pour effet de soustraire le syndic à une obligation de faire rapport ou de communiquer des renseignements prévue par le droit applicable en l'espèce.

(4) Par dérogation au droit fédéral et provincial, mais sous réserve du paragraphe (2), le syndic est, ès qualités, dégage de toute responsabilité personnelle découlant du

any environmental condition or environmental damage affecting property involved in a bankruptcy, proposal or receivership, the trustee is not personally liable for failure to comply with the order, and is not personally liable for any costs that are or would be incurred by any person in carrying out the terms of the order,

(a) if, within such time as is specified in the order, within ten days after the order is made if no time is so specified, within ten days after the appointment of the trustee, if the order is in effect when the trustee is appointed, or during the period of the stay referred to in paragraph (b), the trustee

(i) complies with the order, or

(ii) on notice to the person who issued the order, abandons, disposes of or otherwise releases any interest in any real property, or any right in any immovable, affected by the condition or damage;

(b) during the period of a stay of the order granted, on application made within the time specified in the order referred to in paragraph (a), within ten days after the order is made or within ten days after the appointment of the trustee, if the order is in effect when the trustee is appointed, by

(i) the court or body having jurisdiction under the law pursuant to which the order was made to enable the trustee to contest the order, or

(ii) the court having jurisdiction in bankruptcy for the purposes of assessing the economic viability of complying with the order; or

(c) if the trustee had, before the order was made, abandoned or renounced or been divested of any interest in any real property, or any right in any immovable, affected by the condition or damage.

(5) The court may grant a stay of the order referred to in subsection (4) on such notice and for such period as the court deems necessary for the purpose of enabling the trustee to assess the economic viability of complying with the order.

(6) If the trustee has abandoned or renounced any interest in any real property, or any right in any immovable, affected by the environmental condition or environmental

non-respect de toute ordonnance de réparation de tout fait ou dommage lié à l'environnement et touchant un bien visé par une faillite, une proposition ou une mise sous séquestre administrée par un séquestre, et de toute responsabilité personnelle relativement aux frais engagés par toute personne exécutant l'ordonnance :

a) si, dans les dix jours suivant l'ordonnance ou dans le délai fixé par celle-ci, dans les dix jours suivant sa nomination si l'ordonnance est alors en vigueur ou pendant la durée de la suspension visée à l'alinéa b) :

(i) il s'y conforme,

(ii) il abandonne, après avis à la personne ayant rendu l'ordonnance, tout droit sur l'immeuble en cause ou tout intérêt sur le bien réel en cause, en dispose ou s'en dessaisit;

b) pendant la durée de la suspension de l'ordonnance qui est accordée, sur demande présentée dans les dix jours suivant l'ordonnance visée à l'alinéa a) ou dans le délai fixé par celle-ci, ou dans les dix jours suivant sa nomination si l'ordonnance est alors en vigueur :

(i) soit par le tribunal ou l'autorité qui a compétence relativement à l'ordonnance, en vue de permettre au syndic de la contester,

(ii) soit par le tribunal qui a compétence en matière de faillite, en vue d'évaluer les conséquences économiques du respect de l'ordonnance;

c) si, avant que l'ordonnance ne soit rendue, il avait abandonné tout droit sur l'immeuble en cause ou tout intérêt sur le bien réel en cause ou y avait renoncé, ou s'en était dessaisi.

(5) En vue de permettre au syndic d'évaluer les conséquences économiques du respect de l'ordonnance, le tribunal peut en ordonner la suspension après avis et pour la période qu'il estime indiqués.

(6) Si le syndic a abandonné tout droit sur l'immeuble en cause ou tout intérêt sur le bien réel en cause ou y a renoncé, les réclamations pour les frais de réparation du

damage, claims for costs of remedying the condition or damage shall not rank as costs of administration.

(7) Any claim by Her Majesty in right of Canada or a province against the debtor in a bankruptcy, proposal or receivership for costs of remedying any environmental condition or environmental damage affecting real property or an immovable of the debtor is secured by security on the real property or immovable affected by the environmental condition or environmental damage and on any other real property or immovable of the debtor that is contiguous with that real property or immovable and that is related to the activity that caused the environmental condition or environmental damage, and the security

(a) is enforceable in accordance with the law of the jurisdiction in which the real property or immovable is located, in the same way as a mortgage, hypothec or other security on real property or immovables; and

(b) ranks above any other claim, right, charge or security against the property, despite any other provision of this Act or anything in any other federal or provincial law.

(8) Despite subsection 121(1), a claim against a debtor in a bankruptcy or proposal for the costs of remedying any environmental condition or environmental damage affecting real property or an immovable of the debtor shall be a provable claim, whether the condition arose or the damage occurred before or after the date of the filing of the proposal or the date of the bankruptcy.

Appeal allowed, MOLDAVER and CÔTÉ JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: Bennett Jones, Calgary; Alberta Energy Regulator, Calgary.

Solicitors for the respondents: Blake, Cassels & Graydon, Calgary; Cassels Brock & Blackwell, Calgary; Gowling WLG (Canada), Calgary.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

fait ou dommage lié à l'environnement et touchant le bien ne font pas partie des frais d'administration.

(7) En cas de faillite, de proposition ou de mise sous séquestre administrée par un séquestre, toute réclamation de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province contre le débiteur pour les frais de réparation du fait ou dommage lié à l'environnement et touchant un de ses immeubles ou biens réels est garantie par une sûreté sur le bien en cause et sur ceux qui sont contigus à celui où le dommage est survenu et qui sont liés à l'activité ayant causé le fait ou le dommage; la sûreté peut être exécutée selon le droit du lieu où est situé le bien comme s'il s'agissait d'une hypothèque ou autre garantie sur celui-ci et, par dérogation aux autres dispositions de la présente loi et à toute règle de droit fédéral et provincial, a priorité sur tout autre droit, charge, sûreté ou réclamation visant le bien.

(8) Malgré le paragraphe 121(1), la réclamation pour les frais de réparation du fait ou dommage lié à l'environnement et touchant l'immeuble ou le bien réel du débiteur constitue une réclamation prouvable, que la date du fait ou dommage soit antérieure ou postérieure à celle de la faillite ou du dépôt de la proposition.

Pourvoi accueilli, les juges MOLDAVER et CÔTÉ sont dissidents.

Procureurs des appelants : Bennett Jones, Calgary; Alberta Energy Regulator, Calgary.

Procureurs des intimées : Blake, Cassels & Graydon, Calgary; Cassels Brock & Blackwell, Calgary; Gowling WLG (Canada), Calgary.

Procureur de l'intervenante la procureure générale de l'Ontario : Procureure générale de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Solicitor for the intervener Ecojustice Canada Society: Ecojustice Clinic at the University of Ottawa, Ottawa.

Procureur de l'intervenante Ecojustice Canada Society : Clinique Ecojustice à l'Université d'Ottawa, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Petroleum Producers: Lawson Lundell, Calgary.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des producteurs pétroliers : Lawson Lundell, Calgary.

Solicitors for the intervener Greenpeace Canada: Stockwoods, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Greenpeace Canada : Stockwoods, Toronto.

Solicitor for the intervener Action Surface Rights Association: University of Calgary Public Interest Law Clinic, Calgary.

Procureur de l'intervenante Action Surface Rights Association : University of Calgary Public Interest Law Clinic, Calgary.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals: McMillan, Calgary.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation : McMillan, Calgary.

Solicitors for the intervener the Canadian Bankers' Association: Norton Rose Fulbright Canada, Calgary.

Procureurs de l'intervenante l'Association des banquiers canadiens : Norton Rose Fulbright Canada, Calgary.

TAB 12

See para 58

Date: 20040317

Docket: CI 02-01-27795

(Winnipeg Centre)

Indexed as: In Re Les Oblats de Marie Immaculee du Manitoba

Cited as: 2004 MBQB 71

COURT OF QUEEN'S BENCH OF MANITOBA

IN THE MATTER OF:)	COUNSEL
)	
AN APPLICATION BY LES OBLATS DE)	<u>Rhéal Teffaine, Q.C. and</u>
MARIE IMMACULEE DU MANITOBA,)	<u>James S. Ehmann, Q.C.</u>
PURSUANT TO THE <i>COMPANIES'</i>)	for the Applicant
<i>CREDITORS ARRANGEMENT ACT,</i>)	
R.S.C. 1985, c. C-36, AS AMENDED)	<u>John A. Faulhammer and</u>
)	<u>Brian Empey,</u>
)	for The Attorney General of Canada
)	
)	<u>Israel A. Ludwig,</u>
)	for certain claimants
)	
)	<u>William G. Percy,</u>
)	for certain claimants
)	
)	<u>Dennis M. Troniak,</u>
)	for certain claimants
)	
)	<u>Richard W. Schwartz,</u>
)	for members of the Applicant
)	
)	Judgment delivered:
)	March 17, 2004

SCHWARTZ J.

I **Nature of Proceedings**

[1] Her Majesty in Right of Canada (Crown) seeks to set aside the stay granted under the provisions of the *Companies' Creditors Arrangement Act* (CCAA) in favour of Les Oblats de Marie Immaculee Du Manitoba (LOMI) by one of my colleagues on an *ex parte* application in 2002.

[2] LOMI seeks to have its amended proposed Plan of Compromise and Arrangement (Plan) approved by the Court to enable its creditors and claimants to vote on its compromise proposal which would distribute approximately one-half of the value of its assets to all of its lawsuit claimants.

[3] LOMI by its most recent application heard on March 10, 2004 seeks to have this court postpone its judgment on its proposal until after the Supreme Court has dealt with the British Columbia Court of Appeal decision in *W.R.B. v. Plint* [2003] B.C.J. No. 2783 issued December 10, 2003.

[4] That decision reversed a trial decision which held the United Church 30% and the Crown 70% responsible for damages resulting from the abuse of a student at an Indian Residential School (IRS) in British Columbia. The appeal decision effectively exonerated the Church from civil responsibility for the acts of a school maintenance or janitorial employee who abused the student.

II Decision on Postponement Motion

[5] LOMI argues that if leave is refused or if granted to the Crown in the *Plint* case and *Plint* is upheld in the Supreme Court of Canada, it will likely result in the dismissal of all IRS claims against LOMI.

[6] If that were to occur the LOMI CCAA application currently under reserve would be abandoned and LOMI would be relieved of expenditure estimated in the amount of between \$500,000 and \$800,000 a year in legal defense costs.

[7] The Crown submits a contrary view; that there are different issues and facts involved in the LOMI IRS claims and that the *Plint* case will not resolve those issues.

[8] The Crown also argues that there is no provision in the rules of the Court, in the *CCAA*, or any other statute or in this court's general authority to postpone its decision to await a ruling from the Supreme Court.

[9] The Crown argues that any postponement is prejudicial to the Crown, will work a hardship on the Crown, and duplicate trial work as between it and LOMI on facts submitted while the actions against LOMI are stayed.

[10] This Court did not appreciate the number of IRS cases proceeding in courts across the nation against the Crown in which proceedings against LOMI are stayed.

[11] There is now before this court evidence of settlements between IRS claimants and the Crown on the basis that the Crown has accepted responsibility for 70% of the claims, leaving the claimants free to pursue their claims against LOMI for 30%, but as a condition of settlement preventing further action against the Crown.

[12] The Court is well satisfied that such a postponement is well within its inherent jurisdiction. However, having considered the Crown's argument, on a balance of convenience, considering the prejudice claimed, the Court ought to render its decision now rather than postpone it to await the *Plint* decision.

[13] The central reason is that real prejudice has been shown by the Crown, and by the IRS claimants and further prejudice will likely result from a continued delay in dealing with the substance of the *CCAA* application. Further, counsel advise additional settlement discussions and resolutions will be delayed due to these *CCAA* proceedings.

[14] It is no secret that this Court has attempted to have LOMI and the Crown resolve their dispute without further litigation. Counsel have finally convinced me that they are and are likely to remain unable to obtain instructions to settle their dispute at this time.

[15] All the parties and particularly the claimants recognize that while the cost of the multiple litigation contemplated is expensive and potentially wasteful, there appears to be no other arbitrated solution available at this time.

[16] Accordingly, for those reasons the LOMI application to postpone is dismissed.

III Crown's Request to Set Aside the Stay

[17] For the reasons which follow, the Court orders that the stay previously granted should be set aside or lifted.

IV Background and Positions

[18] The applicant seeks an order under the provisions of the *CCAA* approving the amended Plan to distribute approximately one-half of the value of its assets to the IRS claimants.

[19] LOMI was incorporated by an Act of the Legislature of Manitoba in 1873 and is also registered in Saskatchewan. Its members are missionary Catholic priests and brothers who, in April 2002, numbered 58 men, 39 of whom were older than 70. The retired members reside in a retirement home known as Casa Bonita, in Winnipeg, Manitoba.

[20] Since the early 1900's until sometime in the 1970's members of LOMI served in varying capacities at schools established by the Crown to educate Aboriginal children in Saskatchewan, Manitoba and Northern Ontario. The Crown was responsible for the education of Indians in Canada under federal legislation.

[21] Around 1997 a number of former students commenced proceedings against the Crown and LOMI for causes of action arising decades earlier.

[22] The list of claimants, as of 2002, totalling 2144 is attached to the draft Plan dated November 18, 2002, attached to the affidavit of Erin Janiskewich dated November 25, 2002 as Exhibit "E".

[23] In a number of the claims LOMI has been named as a co-defendant with the Crown and in the remaining claims where the Crown has been named as the sole defendant, the Crown either intends to add or has added LOMI, as a third party to the proceedings, claiming contribution from LOMI.

[24] This application was commenced in April 2002. A stay was granted on an *ex parte* basis and argument was subsequently commenced on a contested basis in April 2003. It was adjourned at the suggestion of the court to permit the parties to discuss alternative methods of resolving their disputes and reconvened

in June 2003. As well the Plan was amended to take into account the narrowing of the issues raised in the earlier argument.

[25] The members of LOMI have indicated their support for the Plan as have the represented claimants.

[26] The Crown opposes the Amended Plan claiming that LOMI is not entitled to succeed in its application because it does not qualify under the *CCAA* because it is neither insolvent, nor do the claims against it total more than 5 million dollars. The Crown also claims that the Amended Plan is unfair and contrary to the *CCAA* in other aspects, some of which will be addressed further.

[27] The Crown submits that LOMI's proposal to treat all IRS claims equally for distribution purposes, without recognizing the substantial differences among such claims, both as to liability and amount, is contrary to the objectives of the *CCAA* and contrary to the general law.

[28] Further the Crown submits that the Amended Plan proposes to include the Crown claims in the same class as the IRS claims which the Crown argues is also unfair and contrary to the *CCAA*. The Crown claim that if it is successful against LOMI its claims will exceed those of the IRS claimants in aggregate.

[29] It was conceded during argument that if the Crown is put in a separate category of claimants it will vote against the Amended Plan and it would fail. For that reason LOMI has submitted a plan which proposes to include the Crown with the individual IRS claimants in order to see the Crown's objection outvoted.

[30] The further history of these proceedings is set out in the list of the documents set out in the Moving Party's Brief as follows:

<u>Date of Document</u>	<u>Description</u>	<u>Date Filed</u>
1. April 16, 2002	Affidavit of Father James Fiori	April 29, 2002
2. May 2, 2002	Order of McCawley, J.	May 2, 2002
3. May 21, 2002	Interim Report of the Monitor	May 24, 2002
4. May 27, 2002	Order of McKelvey, J.	May 27, 2002
5. August 29, 2002	Order of McCawley, J.	September 20, 2002
6. September 20, 2002	Affidavit of Father James Fiori	September 30, 2002
7. October 2, 2002	Order of Jewers, J.	October 3, 2002
8. November 18, 2002	Draft Claims and Voting Order (Exhibit "E" to the Affidavit of Service of Erin Janiskewich sworn November 25, 2002)	November 27, 2002
9. November 18, 2002	Plan of Compromise and Arrangement (Exhibit "F" to the Affidavit of Service of Erin Janiskewich sworn November 25, 2002)	November 27, 2002
10. November 20, 2002	Interim Report of the Monitor (Exhibit "G" to the Affidavit of Service of Erin Janiskewich sworn November 25, 2002)	November 27, 2002
11. November 21, 2002	Affidavit of Father James Fiori (Exhibit "C" to the Affidavit of Service of Erin Janiskewich sworn November 25, 2002)	November 27, 2002
12. November 22, 2002	Notice of Motion returnable November 29, 2002 (Exhibit "D" to the Affidavit of Service of Erin Janiskewich sworn November 25, 2002)	November 27, 2002

13. November 29, 2002	Order of Clearwater, J.	December 2, 2002
14. January 29, 2003	Affidavit of Janet Maydan (filed by the Attorney General of Canada)	January 31, 2003
15. January 29, 2003	Affidavit of Dr. Giulio Silano (filed by the Attorney General of Canada)	January 29, 2003
16. February 12, 2003	Affidavit of Dr. Roland Jacques	February 14, 2003
17. February 13, 2003	Affidavit of James S. Ehmann	February 14, 2003

V The Practical Issue

[31] The apparently unchallenged position of LOMI and its members is stated in the affidavit of Father Fiori dated April 16, 2002; that members of LOMI, pursuant to their vows of poverty taken on joining the order, turned over all of their present and future income to LOMI. As a result LOMI, he states, is bound to care for the basic needs for each member until death. The earnings of LOMI consist of the salaries and pensions of its members and its investment income.

[32] He also states, again apparently uncontested, that the costs of defending the IRS claims will deplete the resources of LOMI to the point that it will be unable to meet its obligation to support existing members for life and to pay the employees needed to care for them (paragraphs 17 to 19 of his affidavit).

VI The Insolvency Issue

[33] In order to come within the jurisdiction of the *CCAA*, LOMI must establish on the evidence filed that it is a "debtor company" which is a defined term in section 2 of the *CCAA*. The only way it may do that is to establish that it is

“insolvent” as it is conceded, none of the other statutorily prescribed alternatives apply.

[34] The Crown submits and I accept that the definition of “insolvent person” in s. 2(1) of the *Bankruptcy and Insolvency Act (BIA)* is not only a useful guide but is the only appropriate definition.

[35] As stated there is no evidence that LOMI falls within the definition of “insolvent person” in either subsection (a) or (b) of section 2 of the *BIA*. To be declared an insolvent person it must meet the definition in subsection (c).

(c) the aggregate of whose property is not at a fair valuation, sufficient, or, if disposed of at a fairly conducted sale under legal process, would not be sufficient to enable payment of all his obligations, due and accruing due.

The *BIA* also contains the method of determination whether a contingent or unliquidated claim is a provable claim and the method of its valuation is contained in section 135 of the *BIA*.

[36] The Crown submits that the IRS claims against LOMI are not due now. It also submits that those claims cannot be said to be “accruing due” as that term has been considered judicially.

[37] The remarks of Ground J. in *Enterprise Capital Management Inc. v. Semi-Tech Corp.* (1999) 10 C.B.R. (4th) 133 are on point.

[38] At pages 139 *et seq.* he stated:

15 It therefore becomes necessary to determine whether the principal amount of the Notes constitutes an obligation “due or accruing due” as of date of this application.

16 There is a paucity of helpful authority on the meaning of “accruing due” for purposes of a definition of insolvency. Historically in 1933, in *P.*

Lyll & Sons Construction Co. v. Baker, [1933] O.R. 286 (Ont. C.A.), the Ontario Court of Appeal, in determining a question of set-off under the Dominion Winding Up Act had to determine whether the amount claimed as a set-off was a debt due or accruing due to the company in liquidation for purposes of that Act. Marsten J.A. at pages 292-293 quoted from Moss J.A. in *Mail Printing Co. v. Clarkson* (1898), 2 O.A.R. 1 (Ont. C.A.) at page 8:

A debt is defined to be a sum of money which is certainly, and at all event, payable without regard to the fact whether it be payable now or at a future time. And an accruing debt is a debt not yet actually payable, but a debt which is represented by an existing obligation: per Lindley, L.J. in *Webb v. Stenton* (1883) 11 Q.B.D. at p. 529.

17 Whatever relevance such definition may have had for purposes of dealing with claims by and against companies in liquidation under the old winding up legislation, it is apparent to me that it should not be applied to definitions of insolvency. To include every debt payable at some future date in "accruing due" for the purposes of insolvency tests would render numerous corporations, with long term debt due over a period of years in the future and anticipated to be paid out of future income, "insolvent" for purposes of the BIA and therefore the CCAA. For the same reason, I do not accept the statement quoted in the Enterprise factum from the decision of the Bankruptcy Court for the Southern District of New York in *Centennial Textiles Inc., Re*, 220 B.R. 165 (U.S. N.Y.D.C. 1998) that "if the present saleable value of assets are less than the amount required to pay existing debt as they mature, the debtor is insolvent". In my view the obligations, which are to be measured against the fair valuation of a company's property as being obligations due and accruing due, must be limited to obligations currently payable or properly chargeable to the accounting period during which the test is being applied as, for example, a sinking fund payment due within the current year. Black's Law Dictionary defines "accrued liability" as "an obligation or debt which is properly chargeable in a given accounting period but which is not yet paid or payable". The principal amount of the Notes is neither due nor accruing due in this sense.

18 In addition, even if the reference in the CICA Handbook is applicable to the covenant defaults alleged by Enterprise, this simply means that it is recommended that, in applicable situations for purposes of preparing a financial statement, the accountants should show long term debt as a current liability. As stated above, I do not think reference should be made to financial statements for the purpose of determining whether a company is "insolvent" as that term is defined in the BIA and applicable to the CCAA. In the case at bar, where the Notes do not mature until 2003, there has been no Event of Default and no acceleration of the maturity of the Notes, the fact that accountants may,

in certain circumstances of a covenant default, determine to show long term debt as a current liability in the financial statements, presumably with some explanatory note, is not in my view determinative of such debt being an obligation "accruing due" for purposes of the insolvency test.

[39] While LOMI relies on the order in *Canadian Red Cross Society* [2000] O.J. No. 3421 to support its application, the Crown submits that the factual underpinning of the *Red Cross* case distinguishes it from LOMI's application. Further, the Court notes that the final order in that case was arrived at by consensus with no continued objection.

[40] The factual distinction according to the Crown rests on the fact that the unsecured trade debts of the Red Cross of approximately \$30,000,000.00 combined with its money losing operation while operating the national blood system which brought it to the verge of exhausting its cash flow permitted the motions judge to conclude it was insolvent.

VII Value of Claims

[41] The evidence as to the value of the claims in excess of \$5,000,000.00 is contained in the valuation Father Fiori provided in his affidavit of April 16, 2002. As a possible method of valuation he estimates a total of 3,000 claims will be filed which he discounts by 50% for claims which he concludes are not valid (paragraph 27).

[42] He attributes a value of \$50,000.00 to each claim for what he calls a conservative estimated exposure of \$75,000,000.00. His evidence also describes the liability for the IRS claims as contingent because the claims are "unliquidated" and their valuation is "problematic and uncertain". (paragraph 27)

[43] He states that the liability of LOMI is unknown but that the costs of defending the claims and supporting its members who are 70 or over will "...see LOMI's assets fully consumed . . . within the next 4 years." (paragraph 29)

[44] This evidence as to the value of the IRS claims is based on possibilities rather than probabilities and is not sufficient to meet the *CCAA* value test of debts due or accruing due. The use of the term "possible" as distinguished from probable is not accidental.

[45] Likewise the cost of defence and the cost of supporting the retirees has not been sufficiently quantified to be considered as a debt due or accruing due.

[46] Further, the financial statements at December 31, 2000 (Exhibit "E" of Fiori's affidavit) and December 31, 2001 (Exhibit "F" of the same affidavit) do not estimate the IRS claims or show them as liabilities.

[47] Schedule "C" to the 2001 Balance Sheet (Exhibit "F") is an analysis of asset utilization purporting to show that at the end of 2006 estimated litigation costs will consume the estimated realizable value of the LOMI assets. However, as indicated, that schedule is not supported by evidence.

VIII The Timing

[48] In its initial brief, LOMI argued that the Crown has failed to oppose its application on a timely basis. It bases that argument on claimed inordinate delay to move against the initial *ex parte* order.

[49] However, it is claimed and unchallenged that the Crown attempted to obtain further and better disclosure from LOMI as to its assets and did so within

four months after the initial order. This resulted in various discussions and changes to the original draft plan following which a formal motion for approval was filed by LOMI which was then served on the Crown. It was then opposed on a timely basis.

[50] There is no substance to the timing argument as the Court is unable to find that the Crown acquiesced to the Plan as argued. LOMI was aware at all times of the Crown's position in opposition.

[51] Having concluded that the application has not met the required threshold of establishing the insolvency of LOMI, according to the *CCAA*, the remaining issues raised in argument need not be addressed save to state the following in the alternative.

IX The Status of LOMI Members

[52] It is also not necessary to determine whether the members of LOMI have a "legal" as distinguished from a "moral" claim enforceable against LOMI because their claims have been removed in the amended plan.

[53] Dr. Silvano's affidavit evidence supports the Crown's argument that there is no claim enforceable in the civil courts by a member against LOMI. There is a significant conflict in their affidavit evidence between Dr. Silvano and Dr. Roland Jacques (see affidavits of Dr. Silvano of January 27 and February 24, 2003 and of Dr. Jacques of February 12, 2003). Dr. Jacques does not agree with Dr. Silvano's opinion.

[54] The Court will not ordinarily determine issues such as the rights of members of a religious organization on the basis of conflicting affidavit evidence. If this was a matter which required determination, an order directing the trial of an issue would be the appropriate method of resolving the dispute.

X Equality of Claims

[55] The Plan proposed by LOMI places each IRS claim for damages at an equal value for voting purposes. The evidence does simply not support this.

[56] The Crown argues, and I agree that the *CCAA* requires that the value of each claim should be established prior to the holding of the vote. While that amount may not be the value fixed by a court of competent jurisdiction, for purposes of the Plan approval it ought to be done prior to the submission of a plan.

[57] Blair J. (as he then was) at page 10 of the decision in *Menegon v. Philip Services Corp.* [1999] O.J. No. 4080 at paragraph 42 states:

The rights of creditors under the *CCAA* cannot be compromised unless,

- a) the creditor has been given a right to vote, in the appropriate class, on the proposed compromise;
- b) the creditor's vote is in accordance with a value ascribed to the claim by a Court approved procedure;
- c) the class in which the creditor has been appropriately placed has voted by a majority in number and two-thirds in value in favour of the compromise; and,
- d) the Court has sanctioned the compromise on the basis that it is fair and reasonable (with considerable deference being given by the Court in this regard to the votes of the creditors).

[58] The Court is also satisfied that the variety of claims which include claims for loss of cultural status and sexual abuse demand some sort of distinction and any vote based on equal comparison of complaints is on its face unfair.

[59] Making the IRS claims equal for distribution purposes may serve to assist in the financing of claims against the Crown by the utilization of LOMI resources, but that does not make the proposal fair or equitable as those terms are normally considered in the consideration of a *CCAA* Plan Arrangement.

[60] The concept of a distribution of LOMI assets to claimants without valid claims against either or both the Crown and LOMI is simply beyond the purpose and scope of the *CCAA*. While that issue might be addressed in having the distribution held in trust pending resolution of the claims and then divided in appropriate proportions, such an arrangement is not part of the current Plan.

XI Crown Claims

[61] The Crown submits that the proposal to include its claims within the IRS class of claims is "a blatant effort to compromise against LOMI's single largest creditor without allowing that creditor an appropriate say in the vote."

[62] With that argument the Court agrees.

[63] There is no real commonality of interest between the IRS claimants and the Crown and in fact they are in dispute, and as such the Crown ought not to be included in the same class. If that were to doom the plan to defeat, so be it. Further, even if the Crown claims and the IRS claims were included in the same category, it is likely that the Crown claims would exceed the IRS claims in value

as the Crown submission is that it claims against LOMI, the total amount it is required to pay out to IRS claimants.

[64] There are a variety of other arguments set out in the briefs. However, the Court does not intend to deal further with them except to say that the Plan as proposed cannot be approved in its present form.

XII Sympathy

[65] The Court concedes that this judge has felt sympathy for the innocent members of LOMI.

[66] They have dedicated their lives to the service of God and Man and have rejected temptations of materiality in the process. One might ask rhetorically: Is there anyone who would not admire and respect such a decision regardless of their particular religious faith or even if they did not have one?

[67] Nevertheless, I have been able to overcome my personal admiration for the efforts of LOMI members and am able to overcome what may have been a bias in their favour and determine this application according to law and on the evidence.

[68] This Court is then prepared to execute a formal order in the form of draft order #2 submitted by the applicant save and except for paragraphs 4 and 5.

[69] While LOMI is at liberty to reapply to this Court at any time should it so desire, it ought not to attempt to obtain a stay of proceedings without prior notice to the Crown.

[70] Further, the issue of costs set out in paragraph 5 of the draft order may be agreed to by the Crown, otherwise it may be spoken to on March 23, 2004 at 10:00 a.m.

[71] I am indebted to all counsel for their kind instruction, occasional forbearance, sage advice and patience not only with me but also their colleagues. Their authorities are listed at the end of these reasons.

XIII Postscript

[72] It is readily apparent from this application that *ex parte* proceedings are inherently inappropriate in applications under the *CCAA*. Of course, if there are special circumstances, which require a very speedy order, such orders should likely include a sunset provision so that interested parties may proceed thereafter on an equal footing.

[73] Except for the creation of a specialized Family Division, the Manitoba Queen's Bench has not accepted the principle of judicial specialization.

[74] The Senate of Canada by its Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce in November 2003 released a report on its study of the provisions of the *BIA* and *CCAA*.

[75] In Chapter Six, Section D (page 178 *et seq.*) the Senate Committee recognized that certain areas of the law implicitly recognize the benefits of specialized knowledge. Further it heard witnesses who supported the development of a specialized judiciary to hear and resolve insolvency cases within Canada.

[76] I would strongly encourage my colleagues to review their position and encourage the recognition of the Senate's Committee's conclusions of the need for such a specialization. That specialization has developed in Ontario with the establishment of a commercial list in Toronto.

[77] The commercial list is administered and heard by a small group of judges who hear all the applications of this nature. They have become national experts through experience.

[78] The benefit is not for the judges nor to the Court but rather for the public which results in an improved service and presumably one of a higher quality. The development of a specialized bar more able to serve the public is also a consequence.

[79] The working example of the present Family Division in Manitoba exhibits the benefits of such specialization. Under the careful and steady leadership of Associate Chief Justice Mercier and longtime family law leaders such as Bowman J. and Carr J. the positive changes within the litigation umbrella of pre-trial case conferencing have resulted in a significant reductions in trials, trial days as well as earlier and less stressful resolutions of family disputes.

[80] The results of less antagonism and more cooperation between family disputants also results in lower expenses to families, all of which are benefits to society.

[81] Much litigation can be avoided in these days of pre-trial disclosure where judges can indicate likely results without the costs of expensive litigation. This is more easily accomplished by more experienced specialized judges.

_____J.

Authorities Filed by LOMI

1. ***F.S.M. v. Clarke***, [1999] B.C.J. No. 1973 (B.C.S.C.)
2. ***W.R.B. v. Plint***, [2003] B.C.J. No. 2783 (B.C.C.A.)
3. ***Mackin v. New Brunswick*** (1997), 187 N.B.R. (2d) 224, 1997 CarswellNB 143 (N.B.C.A.)
4. ***R. v. Newfoundland & Labrador (Provincial Court Judge)***, [2003] NLSCTD 50, 2003 CarswellNfld 88
5. ***R. v. S. (V.P.)*** (1999), 140 C.C.C. (3d) 204, 1999 CarswellBC 2192 (B.C.S.C.)
6. ***R. v. Baker*** (1994), 132 N.S.R. (2d) 349, 1994 CarswellNS 400 (N.S.C.A.)
7. ***Devereaux v. New Brunswick*** (1994), 155 N.B.R. (2d) 142, 1994 CarswellNB 386 (N.B.Q.B.)
8. ***E.B. v. Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia***, [2003] B.C.J. No. 1123 (B.C.C.A.) (QL)
9. ***Scurry-Rainbow Oil (Sask) Ltd v. Taylor***, [2001] S.J. No. 479 (Sask. C.A.)

This list is incomplete and the balance of the LOMI authorities may be obtained from counsel.

Authorities Filed by the Crown

1. The ***Companies' Creditors Arrangement Act***, R.S.C. 1985, c. C-36, Subsections 11(1) through 11(6)
2. Sections **N§5** and **A§7** of ***Bankruptcy and Insolvency Law of Canada***, Houlden & Morawetz, 3rd ed. (Carswell: Toronto, 1989)
3. Relevant portion of section 2(1), section 121 and section 135 of the ***Bankruptcy and Insolvency Act***, R.S.C. 1985, c. B-3
4. ***Enterprise Capital Management Inc. v. Semi-Tech Corp.*** (1999), 10 C.B.R. (4th) 133 (Ont. S.C.J.)

5. ***In the Matter of The Canadian Red Cross Society***, Endorsement of Justice Blair, July 20, 1998 (Ont. S.C.J.), (unreported)
6. ***Re: Canadian Red Cross Society***, [2000] O.J. No. 3421, (Ont. S.C.J.)
7. ***Reference re: Companies' Creditors Arrangement Act***, [1934] S.C.R. 659
8. ***Archer v. Society of the Sacred Heart of Jesus***, [1905] O.J. 141 (Ont. C.A.)
9. ***Menegon v. Philip Services Corp.***, [1999] O.J. No. 4080 (Ont. S.C.J.)
10. ***M.C.C. v. Canada (Attorney General)***, [2001] O.J. 4163 (Ont. S.C.J.)
11. ***Northland Properties Limited et al v. Bank of Montreal*** (1988), 32 B.C.L.R. (2d) 309 (B.C.C.A.)
12. ***Canada (Attorney General) v. Confederation Life Insurance Co.*** (1995), 8 E.T.R. (2d) 72 (Ont. C.J. (G.D.))
13. D.W.M. Waters, ***Law of Trusts in Canada***, Second Edition (Carswell: Toronto, 1984) pp. 122-128, 310-312
14. ***Les Oblats de Marie Immaculée du Manitoba Incorporation Act***, R.S.M. 1990, c.131
15. ***The Corporations Act***, C.C.S.M. c. C225, ss. 1(1), 265, 266 and 268
16. ***Income Tax Act***, s. 149.1(1) and s. 168(1)
17. ***Re Christian Brothers of Ireland*** (2000), 47 O.R. (3d) 674 (C.A.)
18. Goff and Jones, ***The Law of Restitution***, Fifth Edition (Sweet & Maxwell: London, 1998) pp. 46 and 47
19. Fridman, ***Restitution***, Second Edition (Carswell: Toronto, 1992) pp. 30 and 31
20. ***Re Down*** (2000), 19 C.B.R. (4th) 46 (B.C.S.C.)

21. ***Francis v. Brother MacDonald et al***, (January 6, 2004), (B.C.S.C.)
22. ***Re: Hunters Trailer & Marine Ltd.***, [2000] A.J. No. 1550, (Alta. Q.B.)
23. Court of Queen's Bench Rule 38

Authorities filed by the remaining parties may be obtained directly from counsel.

TAB 13

Court File No. 92-CQ-19675
B-125/92

ONTARIO COURT OF JUSTICE
(GENERAL DIVISION)

92269 050

B E T W E E N:

ROBERT CAMPEAU, ROBERT CAMPEAU INC.,
75090 ONTARIO INC., AND ROBERT
CAMPEAU INVESTMENTS INC.

PLAINTIFFS

- and -

OLYMPIA & YORK DEVELOPMENTS
LIMITED, 857408 ONTARIO INC.,
AND NATIONAL BANK OF CANADA

DEFENDANTS

) Stephen T. Goudge Q.C.
) and Peter C. Wardle,
) for the Plaintiffs

) Peter F. C. Howard,
) for the Defendant
) National Bank of
) Canada

) Yoine Goldstein,
) for the Defendants
) Olympia & York
) Developments Limited
) and 857408 Ontario
) Inc.

R.A. BLAIR J.:

These Motions raise questions regarding the Court's power to stay proceedings. Two competing interests are to be weighed in the balance, namely,

a) the interests of a debtor which has been granted the protection of the Companies Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, and the "breathing space" offered by a s.11 stay in such proceedings, on the one hand, and,

b) the interests of a unliquidated contingent claimant to pursue an action against that debtor and an arms length

third party, on the other hand.

At issue is whether the Court should resort to an interplay between its specific power to grant a stay, under s.11 of the CCAA, and its general power to do so under the Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, Chap C-43 in order to stay the action completely; or whether it should lift the s.11 stay to allow the action to proceed; or whether it should exercise some combination of these powers.

Background and Overview

This action was commenced on April 28, 1992, and the Statement of Claim was served before May 14, 1992, the date on which an Order was made extending the protection of the CCAA to Olympia & York Developments Limited and a group of related companies ("Olympia & York", or "O & Y" or the "Olympia & York Group").

The plaintiffs are Robert Campeau and three Campeau family corporations which, together with Mr. Campeau, held the control block of shares of Campeau Corporation. Mr. Campeau is the former Chairman and CEO of Campeau Corporation, said to have been one of North America's largest real estate development companies, until its recent rather high profile demise. It is the fall of that empire which forms the subject matter of the lawsuit.

The Claim against the Olympia & York Defendants

The story begins, according to the Statement of Claim, in 1987, after Campeau Corporation had completed a successful leveraged buy-out of Allied Stores Corporation, a very large retailer based in the United States. Olympia & York had aided in funding the Allied takeover by purchasing half of Campeau Corporation's interest in the Scotia Plaza in Toronto and subsequently also purchasing 10% of the shares of Campeau Corporation. By late 1987, it is alleged, the relationship between Mr. Campeau and Mr. Paul Reichman (one of the principals of Olympia & York) had become very close, and an agreement had been made whereby Olympia & York was to provide significant financial support, together with the considerable expertise and the experience of its personnel, in connection with Campeau Corporation's subsequent bid for control of Federated Stores Inc (a second major U.S. department store chain). The story ends, so it is said, in 1991 after Mr. Campeau had been removed as Chairman and CEO of Campeau Corporation and that company, itself, had filed for protection under the CCAA (from which it has since emerged, bearing the new name of Camdev Corp.).

In the meantime, in September, 1989, the Olympia & York defendants, through Mr. Paul Reichman, had entered into a shareholders' agreement with the plaintiffs in which, it is further alleged, Olympia & York obliged itself to develop and implement expeditiously a viable restructuring plan for Campeau Corporation.

The allegation that Olympia & York breached this obligation by failing to develop and implement such a plan, together with the further assertion that the O & Y Defendants actually frustrated Mr. Campeau's efforts to restructure Campeau Corporation's Canadian real estate operation, lies at the heart of the Campeau action. The Plaintiffs plead that as a result they have suffered very substantial damages, including the loss of the value of their shares in Campeau Corporation, the loss of the opportunity of completing a refinancing deal with the Edward DeBartolo Corporation, and the loss of the opportunity on Mr. Campeau's part to settle his personal obligations on terms which would have preserved his position as Chairman and CEO and majority shareholder of Campeau Corporation.

Damages are claimed in the amount of \$1 billion, for breach of contract or, alternatively, for breach of fiduciary duty. Punitive damages in the amount of \$250 million are also sought.

The Claim against National Bank of Canada

Similar damages, in the amount of \$1 billion (but no punitive damages), are claimed against the Defendant National Bank of Canada, as well. The causes of action against the Bank are framed as breach of fiduciary duty, negligence, and breach of the provisions of S. 17(1) of the Personal Property Security Act. They arise out of certain alleged acts of misconduct on the part of the Bank's representatives on the Board of Directors of Campeau

Corporation.

In 1988 the Plaintiffs had pledged some of their shares in Campeau Corporation to the Bank as security for a loan advanced in connection with the Federated Stores transaction. In early 1990, one of the Plaintiffs defaulted on its obligations under the loan and the Bank took control of the pledged shares. Thereafter, the Statement of Claim alleges, the Bank became more active in the management of Campeau, through its nominees on the Board.

The Bank had two such nominees. Olympia & York had three. There were twelve directors in total. What is asserted against the Bank is that its directors, in co-operation with the Olympia & York directors, acted in a way to frustrate Campeau's restructuring efforts and favoured the interests of the Bank as a secured lender rather than the interests of Campeau Corporation, of which they were directors. In particular, it is alleged that the Bank's representatives failed to ensure that the DeBartolo refinancing was implemented and, indeed, actively supported Olympia & York's efforts to frustrate it, and in addition, that they supported Olympia & York's efforts to refuse to approve or delay the sale of real estate assets.

THE MOTIONS

There are two motions before me.

The first motion is by the Campeau Plaintiffs to lift the stay imposed by the Order of May 14, 1992 under the CCAA and to allow them to pursue their action against the Olympia & York defendants. They argue that a plaintiff's right to proceed with an action ought not lightly to be precluded; that this action is uniquely complex and difficult; and that the claim is better and more easily dealt with in the context of the action rather than in the context of the present CCAA proceedings. Counsel acknowledge that the factual bases of the claims against Olympia & York and the Bank are closely intertwined and that the claim for damages is the same, but argue that the causes of action asserted against the two are different. Moreover, they submit, this is not the usual kind of situation where a stay is imposed to control the process and avoid inconsistent findings when the same parties are litigating the same issues in parallel proceedings.

The second motion is by National Bank, which of course opposes the first motion, and which seeks an order staying the Campeau action as against it as well, pending the disposition of the CCAA proceedings. Counsel submits that the factual substratum of the claim against the Bank is dependent entirely on the success of the allegations against the Olympia & York defendants, and that the claim against those defendants is better addressed within the parameters of the CCAA proceedings. He points out also that if the action were to be taken against the Bank alone, his client would be obliged to bring Olympia & York back into the action as third

parties in any event.

The Power to Stay

The Court has always had an inherent jurisdiction to grant a stay of proceedings whenever it is just and convenient to do so, in order to control its process or prevent an abuse of that process: see Canada Systems Group (Est) Ltd. v. Allendale Mutual Insurance Co. (1982), 29 C.P.C. 60 (H.C.), and cases referred to therein. In the civil context, this general power is also embodied in the very broad terms of s.106 of the Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, Chap. C.43, which provides as follows:

s.106. A court, on its own initiative or on motion by any person, whether or not a party, may stay any proceeding in the court on such terms as are considered just.

Recently, Mr. Justice O'Connell has observed that this discretionary power is "highly dependent on the facts of each particular case": Arab Monetary Fund v. Hashim (unreported), [1992] O.J. No. 1330.

Apart from this inherent and general jurisdiction to stay proceedings, there are many instances where the Court is specifically granted the power to stay in a particular context, by virtue of statute or under the Rules of Civil Procedure. The authority to prevent multiplicity of proceedings in the same court,

under Rule 6.01 (1), is an example of the latter. The power to stay judicial and extra-judicial proceedings under s.11 of the CCAA, is an example of the former. Section 11 of the CCAA provides as follows:

s.11 Notwithstanding anything in the Bankruptcy Act or the Winding-up Act, whenever an application has been made under this Act in respect of any company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, on notice to any other person or without notice as it may see fit,

(a) make an order staying, until such time as the court may prescribe or until any further order, all proceedings taken or that might be taken in respect of the company under the Bankruptcy Act and the Winding-up Act or either of them;

(b) restrain further proceedings in any action, suit or proceeding against the company on such terms as the court sees fit; and

(c) make an order that no suit, action or other proceeding shall be proceeded with or commenced against the company except with the leave of the court and subject to such terms as the court imposes.

The Power to Stay in the Context of CCAA Proceedings

By its formal title the CCAA is known as "An Act to facilitate compromises and arrangements between companies and their creditors". To ensure the effective nature of such a "facilitative" process it is essential that the debtor company be afforded a respite from the litigious and other rights being exercised by creditors, while it attempts to carry on as a going concern and to negotiate an acceptable corporate restructuring arrangement with such creditors.

In this respect it has been observed that the CCAA is "to be used as a practical and effective way of restructuring corporate indebtedness.": see the case comment following the report of Norcen Energy Resources Ltd. v. Oakwood Petroleum Ltd. (1988), 72 C.B.R. (N.S.) 1 (Q.B.), and the approval of that remark as "a perceptive observation about the attitude of the courts" by Gibbs J.A. in Quintette Coal Ltd. v. Nippon Steel Corp. (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 105 at p. 113 (B.C.C.A.).

Gibbs J.A. continued with this comment:

To the extent that a general principle can be extracted from the few cases directly on point, and the others in which there is persuasive obiter, it would appear to be that the courts have concluded that under s.11 there is a discretionary power to restrain judicial or extra judicial conduct against the debtor company the effect of which is, or would be, seriously to impair the ability of the debtor company to continue in business during the compromise or arrangement negotiating period.
(emphasis added)

I agree with those sentiments and would simply add that, in my view, the restraining power extends as well to conduct which could seriously impair the debtor's ability to focus and concentrate its efforts on the business purpose of negotiating the compromise or arrangement.

I must have regard to these foregoing factors while I consider, as well, the general principles which have historically

governed the Court's exercise of its power to stay proceedings. These principles were reviewed by Mr. Justice Montgomery in Canada Systems Group (EST) Ltd. v. Allendale Mutual Insurance, supra (a "Mississauga Derailment" case), at pp. 65-66. The balance of convenience must weigh significantly in favour of granting the stay, as a party's right to have access to the courts must not be lightly interfered with. The Court must be satisfied that a continuance of the proceeding would serve as an injustice to the party seeking the stay, in the sense that it would be oppressive or vexatious or an abuse of the process of the court in some other way. The stay must not cause an injustice to the plaintiff. On all of these issues the onus of satisfying the Court is on the party seeking the stay: see also, Weight Watchers International Inc. v. Weight Watchers of Ont. Ltd. (1972), 25 D.L.R. (3d) 419, 5 C.P.R. (2d) 122, appeal allowed by consent without costs (sub nom. Weight Watchers of Ont. Ltd. v. Weight Watchers Int. Inc.) 42 D.L.R. (3d) 320n., 10 C.P.R. (2d) 96n (Fed. C.A.), where Mr. Justice Heald recited the foregoing principles from Empire - Universal Films Ltd. et. al. v. Rank et al., [1947] O.R. 775 at p. 779.

Canada Systems Group (EST) Ltd. v. Allendale Mutual Insurance, supra, is a particularly helpful authority, although the question in issue there was somewhat different than those in issue on these motions. The case was one of several hundred arising out of the Mississauga derailment in November 1979, all of which actions were

being case managed by Montgomery J. These actions were all part of what Montgomery J. called "a controlled stream" of litigation involving a large number of claims and innumerable parties. Similarly, while the Olympia & York proceedings under the CCAA do not involve a large number of separate actions, they do involve numerous Applicants, an even larger number of very substantial claimants, and a diverse collection of intricate and broad-sweeping issues. In that sense the CCAA proceedings are a controlled stream of litigation. Maintaining the integrity of the flow is an important consideration.

DISPOSITION

I have concluded that the proper way to approach this situation is to continue the stay imposed under the CCAA prohibiting the action against the Olympia & York defendants, and in addition, to impose a stay, utilizing the Court's general jurisdiction in that regard, preventing the continuation of the action against National Bank as well. The stays will remain in effect for as long as the s. 11 stay remains operative, unless otherwise provided by order of this Court.

In making these orders, I see no prejudice to the Campeau Plaintiffs. The processing of their action is not being precluded, but merely postponed. Their claims may, indeed, be addressed more expeditiously than might have otherwise been the case, as they may be dealt with -- at least for the purposes of that proceeding --

in the CCAA proceeding itself. On the other hand, there might be great prejudice to Olympia & York if its attention is diverted from the corporate restructuring process and it is required to expend time and energy in defending an action of the complexity and dimension of this one. While there may not be a great deal of prejudice to National Bank in allowing the action to proceed against it, I am satisfied that there is little likelihood of the action proceeding very far or very effectively unless and until Olympia & York -- whose alleged misdeeds are the real focal point of the attack on both sets of defendants -- is able to participate.

In addition to the foregoing, I have considered the following factors in the exercise of my discretion:

1. Counsel for the Plaintiffs argued that the Campeau claim must be dealt with, either in the action or in the CCAA proceedings and that it cannot simply be ignored. I agree. However, in my view, it is more appropriate, and in fact is essential, that the claim be addressed within the parameters of the CCAA proceedings rather than outside, in order to maintain the integrity of those proceedings. Were it otherwise, the numerous creditors in that mammoth proceeding would have no effective way of assessing the weight to be given to the Campeau claim in determining their approach to the acceptance or rejection of the Olympia & York Plan filed under the Act.

2. In this sense, the Campeau claim -- like other secured, undersecured, unsecured, and contingent claims -- must be dealt with as part of a "controlled stream" of claims that are being negotiated with a view to facilitating a compromise and arrangement between Olympia & York and its creditors. In weighing "the good management" of the two sets of proceedings -- i.e. the action and the CCAA proceeding -- the scales tip in favour of dealing with the Campeau claim in the context of the latter: see HM Attorney General v. Arthur Andersen & Co. (United Kingdom) and other, [1989] E.C.C. 224 (Eng. C.A.), cited in Arab Monetary Fund v. Hashim, supra.

I am aware, when saying this, that in the Initial Plan of Compromise and Arrangement filed by the Applicants with the Court on August 21, 1992, the Applicants have chosen to include the Campeau plaintiffs amongst those described as "Persons not Affected by the Plan". This treatment does not change the issues, in my view, as it is up to the Applicants to decide how they wish to deal with that group of "creditors" in presenting their Plan, and up to the other creditors to decide whether they will accept such treatment. In either case, the matter is being dealt with, as it should be, within the context of the CCAA proceedings.

3. Pre-judgment interest will compensate the Plaintiffs for any delay caused by the imposition of the stays, should the

action subsequently proceed and the Plaintiffs ultimately be successful.

4. While there may not be great prejudice to National Bank if the action were to continue against it alone and the causes of action asserted against the two groups of defendants are different, the complex factual situation is common to both claims and the damages are the same. The potential of two different inquiries at two different times into those same facts and damages is not something that should be encouraged. Such multiplicity of inquiries should in fact be discouraged, particularly where -- as is the case here -- the delay occasioned by the stay is relatively short (at least in terms of the speed with which an action like this Campeau action is likely to progress.

CONCLUSION

Accordingly, an Order will go as indicated, dismissing the Motion of the Campeau Plaintiffs and allowing the Motion of National Bank. Each stay will remain in effect until the expiration of the stay period under the CCAA unless extended or otherwise dealt with by the court prior to that time. Costs to the Defendants in any event of the cause in the Campeau action. I will fix the amounts if counsel wish me to do so.

RELEASED: SEPTEMBER 21, 1992

JUSTICE R.A. BLAIR



Court File No. 92-CQ-19675
B-125/92

ONTARIO COURT OF JUSTICE
(GENERAL DIVISION)

B E T W E E N:

ROBERT CAMPEAU, ROBERT CAMPEAU
INC., 75090 ONTARIO INC., AND
ROBERT CAMPEAU INVESTMENTS
INC.

PLAINTIFFS

- and -

OLYMPIA & YORK DEVELOPMENTS
LIMITED, 857408 ONTARIO INC.,
AND NATIONAL BANK OF CANADA

DEFENDANTS

REASONS FOR JUDGMENT

BLAIR J.

Released: September 21, 1992

15p

TAB 14

CITATION: Zayo Inc. v. Primus Telecommunications Canada Inc., 2016 ONSC 5251
COURT FILE NO.: CV-16-11257-00CL
DATE: 20160818

SUPERIOR COURT OF JUSTICE – ONTARIO

(COMMERCIAL LIST)

RE: IN THE MATTER OF THE *COMPANIES' CREDITORS ARRANGEMENT ACT*,
R.S.C. 1985, c. C-36, AS AMENDED

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR
ARRANGEMENT OF PRIMUS TELECOMMUNICATIONS CANADA INC.,
PRIMUS TELECOMMUNICATIONS, INC. AND LINGO, INC.

BEFORE: Justice Penny

COUNSEL: *Maria Konyukhova* and *Vlad Calina* for the Primus Entities

Steve Weisz and *Aryo Shalviri* for FTI Consulting Canada Inc. in its capacity as
Monitor of the Primus Entities

Matthew Gottlieb and *Larissa Moscu* for the Moving Party, Zayo Inc.

Jason Wadden for the Purchaser, Birch Communications Inc.

Matthew Milne-Smith and *Natasha MacParland* for the Lending Syndicate (BMO
as Agent)

HEARD: August 9, 2016

ENDORSEMENT

Overview

[1] This motion, brought by Zayo Inc., is for an order that FTI Consulting Canada, in its capacity as court-appointed Monitor for the applicants, pay Zayo the amount of \$1,228,799.81 from proceeds of sale of the applicants' assets. This amount represents the applicants' (pre-CCAA filing) arrears owed to Zayo in relation to agreements assigned by the applicants, with Zayo's consent, to Birch Communications Inc. in an asset purchase transaction which closed on April 1, 2016. The transaction was approved by orders of this Court made on February 25, 2016 and March 2, 2016 and certified completed by the Monitor on April 1, 2016.

[2] Initially on January 25 and formally no later than March 2, 2016, Zayo unequivocally consented to the assignment of its contracts with the applicants to Birch.

[3] Zayo argues that the process by which its consent to the assignment of its contracts with the applicants was obtained was not transparent or fair. Had the process been transparent and fair, Zayo says, it would have refused its consent in the absence of full satisfaction of its pre-filing arrears and would, as a result, ultimately have been paid those arrears as a condition of the assignment of its contracts. Zayo relies on s. 11 of the CCAA which provides that the court may, in the context of CCAA proceedings, “make any order that it considers appropriate in the circumstances.”

[4] This motion, therefore, engages the application and scope of the discretion of the court under s. 11 of the CCAA. The issue for determination is whether that discretion should be exercised, in the particular circumstances of this case, to order payment out of the proceeds of sale of the applicants’ assets, to Zayo of the full amount of its pre-filing arrears under the assigned contracts.

[5] For the reasons that follow, I have concluded that the discretion afforded the court under s. 11 of the CCAA does not encompass an order for the payment of Zayo’s pre-filing arrears. Accordingly, Zayo’s motion is dismissed.

Background

[6] The applicants (collectively Primus) carried on business in Canada and the United States reselling telecommunications services. Thus, Primus purchased telecommunication services for resale from other (often large) telecommunications companies, including Allstream (now Zayo), Bell, Telus and the like. In late 2014, Primus ran into financial difficulty. It was unable to satisfy its obligations to creditors, including a syndicate of secured creditors represented in these proceedings by the Bank of Montréal. After February 2015, Primus operated under the forbearance of its syndicate of secured lenders.

[7] Primus conducted a privately structured and supervised pre-filing sales and investor solicitation process in consultation with a financial advisor and with the oversight of FTI (in its capacity as the proposed Monitor). Birch emerged as the successful bidder.

[8] On January 19, 2016, Primus entered into an asset purchase agreement with Birch, conditional on court approval. Primus sought and obtained protection under the CCAA pursuant to an Initial Order granted by this Court on the same day.

[9] The APA contemplated that Birch would assume certain Primus contracts with third parties. Because of Primus’s financial difficulties, many of these contracts were in arrears. The APA contemplated the possibility that payment of such arrears might be required in order to effect the assignment of some of these contracts. These payments were defined as “cure costs.” The APA contemplated that there would be negotiations regarding either the payment or settlement of these cure costs. Those negotiations with counterparties, if they occurred, could only be conducted in the presence of a representative of each of Primus, Birch and the Monitor.

[10] The first \$3 million of cure costs were to be treated as a reduction in the purchase price. Cure costs in excess of \$3 million were to be split equally between Birch and Primus.

[11] Birch had the right to insist upon the assignment of any contract which it considered essential. Birch also had the right, however, to waive this right at any time and to remove any contract from the list of essential or assumed contracts.

[12] Primus was obliged to use commercially reasonable efforts to obtain consents to the assignment of the identified contracts. The APA set out a two-step process for Primus to follow. First, Primus was obliged to use all commercially reasonable efforts to obtain a counterparty's consent to the assignment of any required contract. Second, Primus was required to bring a motion under s. 11.3 of the CCAA seeking court-ordered assignment of essential contracts, but only with respect to contracts for which *consent* to assignment could not be obtained by a particular date.

[13] Section 11.3 of the CCAA provides that the court may make an order assigning the rights and obligations of the debtor under an agreement to any person who is specified by the court and agrees to the assignment. In deciding to make such an order, the court must consider, among other things:

- (a) whether the monitor approved the proposed assignment;
- (b) whether the person to whom the rights and obligations are to be assigned would be able to perform the obligation; and
- (c) whether it would be appropriate to assign the rights and obligations to that person.

[14] Section 11.3(4) of the CCAA imposes a further restriction on a court-ordered assignment. It provides that the court may not make an order requiring an assignment unless it is satisfied that all monetary defaults in relation to the agreement will be remedied.

[15] Initially, the essential contracts list identified by Birch had approximately 300 contracts. From January to the end of February 2016, the list underwent significant reduction. By the end of the review process, the number on the essential contracts list had been reduced to 209 contracts. Ultimately, consents to assign in respect of 117 essential contracts were obtained from 93 contract counterparties, including Zayo. Of these, two parties demanded payment of pre-filing amounts. The assignment order of this court, ultimately obtained on March 2, 2016, provided for the assignment of the remaining 92 contracts with 35 counterparties and for the payment of aggregate cure costs in respect of those contracts of about \$4.5 million.

[16] Obtaining consents from what turned out to be over 120 counterparties was a substantial and time-consuming job. A main reason for the pre-filing SISF was to reduce the risk of value erosion as word of the Primus insolvency, and possible service interruptions and other disruptions, got out. Thus, the timeframe for concluding a transaction was necessarily compressed. In consultation with its own professional advisors, the Monitor and the purchaser,

Primus drafted a template letter to be delivered to all counterparties to the contracts in respect of which consent was required to be sought.

[17] The consent letters advised the recipient that:

- (i) Primus had sought protection under the CCAA;
- (ii) Primus ran the SISP and selected Birch as the successful bidder;
- (iii) the APA contemplated the assignment of their contract with one of one of the Primus entities to Birch;
- (iv) at the time, the transaction was anticipated close in late February; and
- (v) the motion materials for the approval investing order would be available on the Monitor's website.

[18] The consent letter requested the recipient's consent to assign its contract to Birch by a specified date and advised that, if consent was not received by that date, Primus would seek relief under s. 11.3 of the CCAA, with motion materials being served only on those parties who did not provide consent. The text of the letter said:

We hope to have received consents from all counterparties to the Assumed Contracts by January 29, 2016. However, to the extent any consent with respect to any of the Assumed Contracts is not received by January 29, 2016, in order to ensure that all Assumed Contracts are assigned to the Purchaser, the Primus Entities will rely on the provisions of section 11.3 of the CCAA, which gives the court the jurisdiction to order the assignment of a contract without consent on certain terms and conditions set forth in section 11.3 of the CCAA. The Primus Entities will be seeking an order for the assignment of any Assumed Contracts for which consent to assign has not been given at a motion currently scheduled to be heard February 17, 2016. *If we have not received your consent by January 29, 2016, we will serve you with notice of the motion* as well as the motion materials in connection with this request and evidence in support thereof. [emphasis added]

[19] The consent letters also expressly advised all recipients that Birch would only be responsible for obligations arising under the assigned contract arising after the closing of the purchase transaction.

[20] The dates in the consent letter for completion of the assignments had to be changed as a result of circumstances having nothing to do with this motion. The substance of the letter and the process described, however, remained the same.

[21] By April 1, 2016 all conditions under the APA were fully satisfied and the transaction closed. Birch acquired the assets of Primus for about \$44 million. Among other things, the Monitor came into receipt of the sale proceeds and delivered a certificate certifying that the

transaction had been completed to the satisfaction of the Monitor. The Monitor then commenced dispersing the proceeds in accordance with the payment scheme provided in the distribution order of this court which had been made on February 25, 2016. The exact amount of the proceeds has not been finalized but it is expected that the proceeds will be insufficient to satisfy outstanding obligations owing to the syndicate of secured lenders and that no distributions will be made in respect of \$20 million owed to Primus's subordinate secured creditor, Manulife.

[22] This motion for payment of Zayo's pre-filing arrears out of the proceeds of sale was first initiated on May 13, 2016. It is opposed by Primus, Birch, the secured lenders and the Monitor.

The Zayo Consent

[23] Prior to these events, Primus had a lengthy business relationship with Allstream Inc. which spanned over 15 years. Allstream was a wholly-owned subsidiary of Manitoba Telecom Services. Allstream sold wholesale telecommunications services to Primus which Primus then resold as part of its business, including long-distance phone, local internet and voice over internet protocol services. Primus had telecom supply contracts with a number of Allstream entities and for a number of services.

[24] In November 2015, Zayo acquired Allstream from MTS for \$465 million. This was only one of about 30 acquisitions made by Zayo between 2007 and 2016.

[25] Because Zayo acquired a number of Allstream entities with Primus contracts, Zayo received three copies of the virtually identical consent request letter; one on January 22, 2016, another on January 26 2016 and a third on January 28, 2016. These consent request letters were sent to three senior Allstream executives, depending on which person or entity was identified in the relevant contract as the point of contact for all notices, etc.

[26] These letters were brought to the attention of Ms. Julie Wong Barker, a lawyer with the Zayo (Allstream) legal department.. Ms. Wong Barker was Senior Legal Counsel at Zayo Canada Inc. She has a B.A. and an M.A. and graduated with distinction from McGill University Law School. She was called to the Bar of Ontario in 2007. She worked for a major Bay Street Toronto law firm for two years and, following a maternity leave, joined Allstream as legal counsel in 2011. She became Senior Legal Counsel a few months later and has worked in the Allstream/Zayo Toronto legal department since then.

[27] Ms. Wong Barker became aware that Primus had filed for CCAA protection on the day the Initial Order was granted, January 19, 2016. Ms. Wong Barker deposed that she is not "well-versed" with the CCAA process and that, as a result, she searched for information on the internet and discovered that the Monitor was FTI.

[28] Ms. Wong Barker sent an email to the Monitor on January 21, 2016, indicating that Allstream was a significant supplier to and creditor of Primus. Her email states:

Please kindly confirm that we will be added to any creditor's list and provided with all required notices accordingly. Further to that, pls kindly advise when the proof of claim forms will it be available, or kindly email it to me?

[29] On the following day, the Monitor replied, saying:

Hello Julie,

We confirm that Allstream Inc. is included on the list of known creditors and as such, you will be receiving a "Notice to Creditors" document in the mail in the coming days. At this time, there is no claims process approved by the Court so there is no proof of claim forms that need to be submitted. Any status updates will be posted on the website listed below.

The Monitor's email provided the URL link to the Monitor's Primus website (containing all the documents filed with the Court) and invited Ms. Wong Barker to feel free to contact him if she had any further questions or wanted to discuss the matter.

[30] On January 26, 2016, Ms. Wong Barker sent one further email to the Monitor. In this communication, she asked who would be receiving the notice to creditors and at what address. She also asked when the asset purchase agreement between Primus and Birch would be available on the Monitor's website. She asked whether the two documents could be emailed to her and, once again, inquired about whether there would be a claims process.

[31] Later the same day, the Monitor responded that the notice to creditors had been mailed to Allstream's Wellington Street address and that a copy of that document was also available on the Monitor's Primus website. The Monitor went on to indicate that a copy of the asset purchase agreement was not available "as it is not a public document yet." The Monitor reiterated that a claims process had not been initiated as no process had been approved by the court. Finally, the Monitor once again referred Ms. Wong Barker to the website for any status updates regarding the CCAA proceedings and invited any further questions.

[32] The evidence is that these were the only two communications between Ms. Wong Barker and the Monitor and that Ms. Wong Barker made no further inquiries of the Monitor regarding these CCAA proceedings. There is no suggestion, and certainly no evidence, that anything the Monitor said to Ms. Wong Barker in these email communications was in any way incorrect.

[33] On January 25, 2016, Ms. Wong sent to Primus a letter from the Allstream president in which Allstream and MTS advised they were consenting to the assignment of contracts between them and Primus. The Allstream consent letter went on to request a reciprocal consent from Primus in respect of certain contracts between MTS and Primus, so that the MTS contracts could be assigned to Allstream and MTS be released from any future obligation under these contracts.

[34] Further draft consent letters, and negotiations over the consolidation and wording of revised consent letters took place between February 5 and March 2, 2016, at which time Ms.

Wong Barker confirmed that a revised and executed form of consent to the assignment had been finalized.

The Zayo Argument

[35] Zayo’s argument falls into three basic categories:

- (1) the inadequacy of the form of consent request letter sent by Primus to Zayo. The complaint is, in essence, that the consent request letter was misleading because it omitted any explanation of the process under s. 11.3 of the CCAA and failed to disclose the provision for “cure costs” in the APA or to advise Zayo that it might have gained bargaining leverage regarding payment of its pre-filing arrears under s. 11.3(4) if it were to withhold its consent and force Primus to move before the court under s. 11.3(1);
- (2) the failure to send Zayo a copy of the APA; and
- (3) the failure of the Monitor/Primus to serve Zayo with the s. 11.3 motion materials filed to obtain the assignment order and the related failure to place Zayo on the e-service list for receipt of all Court material.

[36] The starting point for these arguments is the decision of the Supreme Court of Canada in *Ted Leroy Trucking (Century Services) Ltd., Re*, [2010] 3 S.C.R. 379. In that case the court observed that the incremental exercise of discretion under conditions aptly described as “the hothouse of real-time litigation” has been the primary method by which the CCAA has been adapted and has evolved to meet contemporary business and social needs. It is frequently said that the remedial purpose of the CCAA is to avoid or ameliorate the devastating social and economic effects of bankruptcy or creditor initiated termination of ongoing business operations by attempting to reorganize the financial affairs of the debtor under court supervision. The Supreme Court held that in pursuing this purpose, the court must often be cognizant of the various interests at stake in the reorganization, which can extend beyond those of the debtor and creditors to include employees, directors, shareholders, and even other parties doing business with the insolvent company. The requirements of appropriateness, good faith and due diligence are baseline considerations that a court should always bear in mind when exercising CCAA authority. The supervising court should be mindful that the chance for successful reorganization is enhanced where participants achieve common ground and all stakeholders are treated as advantageously and fairly as the circumstances permit.

[37] The moving party also relies on the decision of G.B. Morawetz R.S.J. in *Target Canada Co.*, 2016 ONSC 316 where he said (at para. 72):

It is incumbent upon the court, in its supervisory role, to ensure that the CCAA process unfolds in a fair and transparent manner.

[38] Specifically, under s. 11.3 of the CCAA, the court should consider whether an assignment will meet the twin goals of assisting the reorganization process while also treating the counterparty fairly and equitably, *Veris Goldcorp., Re*, 2015 BCSC 1204.

[39] Zayo argues that in this case, the process for obtaining Zayo's consent to the assignment of its contracts to the purchaser, Birch, was neither transparent nor fair. Zayo says it was a counterparty to a number of essential contracts with Primus and that the business carried on by Primus could not continue as a going concern without these contracts. Birch, it says, therefore needed those contracts and would not have disclaimed them had Zayo not provided its consent to the assignment. In that scenario, Zayo argues that s. 11.3(4) would have required payment in full of its arrears.

[40] Zayo argues that the consent request letters, however, intentionally omitted any reference to "cure costs". In the APA, cure costs are defined as the costs necessary to pay pre-filing arrears in order to compel an assignment of an essential contract under s. 11.3.

[41] Ms. Wong Barker's evidence was that she did not understand that she was waiving any right to be paid Zayo's arrears when Zayo, through her, consented to the assignment of its contracts. Nothing in the consent request letters sent to Zayo even mentioned cure costs and they did not indicate that cure costs would not be paid to counterparties who consented to the assignment of their contracts. Ms. Wong Barker's evidence is, further, that Zayo would not have consented to the assignment of its contracts had it been aware that it would be considered to be waiving any rights to be paid to its arrears.

[42] Zayo also argues that the APA was unavailable for review before the consent deadline. The APA contemplated payment of pre-filing arrears ("cure costs") for essential contracts assigned by court order on of a motion under s. 11.3 of the CCAA. Zayo argues that it was unfair for Primus to demand that Zayo consent to assign its contracts without providing it with a copy of the APA.

[43] Finally, Zayo argues that it should have been served with the motion material filed in support of the motion for the assignment order. In this regard, Zayo also argues that it ought to have been placed on the e-service list, which would have resulted in all motion materials being served on it.

[44] Zayo relies on the 2015 decision in *Veris Gold*, where Fitzpatrick J. concluded that it was "not apparent" that the counterparties to the contract which was sought to be ordered to be assigned under s. 11.3, did, in fact, receive a copy of the application materials. She held that the "best practice... is to serve all counterparties to the particular contracts that are sought to be assigned, whether they are on the service list or not", *Veris Gold, supra*, paras. 59-61.

[45] In this case, Primus served the motion record for the assignment order on counterparties whose consent was still outstanding as of February 9 to 16, 2016. Because Zayo had delivered its initial consents well before February 9, 2016, it was not named in or served with the motion to require the assignment of the non-consenting parties' contracts.

[46] Zayo argues that it had an interest in the motion and that, had it been served with the assignment order motion record, it would have become aware of the “cure costs” provisions of the APA and the possibility that withholding its consent might lead to the payment of some or all of its pre-filing arrears. It also argues that, at the very least, it could have attended at the motion and advised the court that its intention had always been to be paid the pre-filing arrears owed by Primus.

[47] On the question of causation, Zayo asserts that, had it withheld its consent to the assignment of the Zayo contracts, then, at the assignment motion, Zayo would have recovered all of the arrears owed by Primus by virtue of the application of s. 11.3(4) of the CCAA. Zayo relies for this argument on the evidence of Primus, embedded in the language of the APA, that Birch regarded the Zayo contracts as “essential”. Zayo also relies on the consent request letter, which stated that if consents were not forthcoming, Primus *would* move for an order requiring the assignment of the Zayo contracts under s. 11.3.

[48] While conceding that the consent request letter mentioned s. 11.3 of the CCAA, Ms. Wong Barker deposed that she looked at s. 11.3 at the time but did not understand it to mean that Zayo’s consent to the assignment would foreclose any claim to pre-filing arrears.

[49] Finally, Zayo argues that no party will suffer prejudice if the motion is granted. This argument is premised on the assumption that Primus and/or Birch would have known the total amount of arrears owed by Primus to Zayo as of the date of the CCAA filing and would have paid this entire amount to Zayo had Zayo refused to consent to the assignment and been a party to the assignment order motion. Zayo’s submits that it is not prejudicial for a party to be required to pay an amount that otherwise would have been payable. Thus, Zayo argues, there is no substantive prejudice to Primus, Birch or the secured lenders because, had all relevant facts been known to Zayo at the time, the arrears would have been paid and both reflected in the purchase price under the APA and reflected in the amounts received by the Monitor available to satisfy the secured lenders.

[50] Zayo, therefore, argues that this Court should not condone a process that results in a counterparty to an essential contract being financially disadvantaged for having cooperated with the debtor and consented to the assignment of that essential contract.

Analysis

[51] A great deal of the written and oral argument was devoted to the question of whether this Court has the jurisdiction to make the order sought by the Zayo in this case. There is no doubt that s. 11 is a broad grant of discretion. It is not, however, without limits. Specifically, the s. 11 authority is “subject to the restrictions set out in this Act”. Further, the common law applies to the CCAA without modification unless the common law rule is “ousted” by the language of the CCAA, *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610 at 614.

[52] In the view I take of the matter, it is not necessary to resolve the legal question of jurisdiction. I say this because, assuming the jurisdiction is available, I would not exercise it to

grant the relief sought by Zayo in the circumstances of this case. I say this for the following reasons.

The Consent Request Letters

[53] The centerpiece of Zayo's argument is that the consent request letters sent by Primus were misleading, or perhaps more precisely, lacked transparency and were unfair. Zayo argues that the consent request letters did not disclose the details of the APA and the "cure costs" regime embedded in the APA. Nor did the letters provide sufficient explanation for the recipient to understand that bargaining leverage vis-à-vis pre-filing arrears might be gained by refusing to consent to the assignment of contracts because of the provisions of s. 11.3(4).

[54] I am not satisfied that the consent request letters were either unfair or lacked transparency. There were over 300 contracts outstanding, with well over 100 counterparties. Most of the counterparties, including Zayo/Allstream, were large, sophisticated telecommunications companies. There is no question Zayo/Allstream was a sophisticated party. Zayo acquired Allstream in late 2015 for \$465 million. Allstream's revenues exceeded \$640 million. This is more than 10 times what Primus earned. Every counterparty received the same form of letter. No other counterparty appears to have had any difficulty with the consent request letter or the decision to consent or not to consent. A large number of counterparties appear to have consented.

[55] Ms. Wong Barker worked in a legal department at Allstream comprised of about half a dozen lawyers. At least two other lawyers in the department had supervisory or other involvement in the Primus CCAA proceedings. Ms. Wong Barker, who carried the ball in the Primus CCAA proceedings, was an exceptional student and graduated with distinction from one of Canada's leading law schools. She went to Allstream with experience at a Bay Street law firm, and had worked there for about five years when Primus commenced its CCAA proceedings. Ms. Wong Barker admitted that CCAA litigation is a highly specialized area with which she was not familiar and that she chose not to seek advice from another lawyer with CCAA experience.

[56] Allstream received three consent request letters. The initial consent provided by Zayo on January 25, 2016 was not agreeable to Primus and there were extensive negotiations over various drafts, such that the form of the consent was not actually finalized until March 2, 2016. Part of the negotiation involved Allstream obtaining reciprocal consents from Primus to the assignment of MTS contracts with Primus to Allstream and the release of MTS from further obligation under those contracts. I do not accept Ms. Wong Barker's evidence that these reciprocal consents were just part of the consents requested by Primus. It is clear that Allstream took this opportunity to put its own house in order due to the sale of Allstream by MTS to Zayo just a few months earlier.

[57] Nothing in the consent request letters is incorrect. The APA was not disclosed initially because it was not yet in the public realm. The evidence is that the APA was posted on the Monitor's website no later than February 3, 2016. Zayo was repeatedly advised to check the Monitor's website for new and updated information. Ms. Wong Barker admitted she did not do

so until late in the piece and, in any event, did not see the APA when she did so, although it is clear that the APA was, by that time, available.

[58] The consent request letters did make explicit reference to s. 11.3 of the CCAA and a possible motion if consents were not forthcoming. Ms. Wong Barker deposed that she looked at that section of the CCAA. She appears to have misunderstood its meaning and effect. Her review of s. 11.3(4) in particular did not, in any event, cause her to consider whether court-ordered, as opposed to consent, assignments might *require* payment of pre-filing arrears. It is important to remember that contract formation and enforcement is, in essence, an objective, not a subjective, exercise. Ms. Wong Barker's subjective understanding and misconception of the assignment process was, in any event, not known to Primus, Birch or the Monitor.

[59] Zayo argues that, as a matter of policy, debtors ought not to be given incentives to be stingy with the disclosure of material information. I do not disagree with this proposition. However, by the same token, creditors or other stakeholders ought not to be given incentives to be less than duly diligent in the protection of their commercial interest and the assessment of their options in real-time insolvency proceedings. In any event, I do not find "policy" arguments particularly helpful in the context of this case.

[60] The Supreme Court of Canada in *Century Services* emphasized the importance of appropriateness and good faith in the conduct of CCAA proceedings, to be sure. It is significant, however, particularly given the acknowledged "hothouse of real-time litigation" aspect of CCAA proceedings and the underlying remedial purpose of avoiding bankruptcy liquidation, that "due diligence" is also a baseline consideration, *Century Services, supra*, para. 70.

[61] Commercial parties do not have an obligation to provide each other with legal advice in the ordinary course of their dealings. Rather, they are entitled to pursue their own economic self-interest to the best of their ability. Contract and commercial law assumes that parties are vigilant in the pursuit of their own interests. It is not illegitimate for a party to bargain hard and advance its own interest. The general rule, with very limited exceptions, is that sophisticated parties will be held to the bargains they make. The mere fact that a bargain proves to be improvident is no basis to relieve the counterparty of its contractual obligations absent the application of one of these limited exceptions. Generally speaking, courts will only relieve a party of the consequences of a poor bargain in circumstances of unconscionability, unilateral mistake, misrepresentation or duress.

[62] Here, I have already found as a matter of fact that there was no misrepresentation. I also find, as matter of fact, that the preconditions for the application of the doctrine of unilateral mistake are not met. This is because, put simply, neither Primus nor the Monitor were aware of Zayo's misunderstanding of the assignment process and no advantage was taken of Zayo's mistaken understanding. The parties were both clearly sophisticated players in the telecommunications business and had comparable bargaining power. Zayo had every opportunity to speak with independent legal counsel and had realistic alternatives to the consent ultimately given. There was no duress.

[63] The consent request letters were, in my view, both fair and transparent. Every counterparty was given the same information. Every counterparty was advised to check the Monitor's website for new and updated information. The information necessary to put counterparties on notice of the issues was provided. There was no obligation to provide legal advice or to highlight the possible choices counterparties might make to improve their bargaining leverage. All the counterparties had ample time and every opportunity to obtain professional advice and to consider their options. Zayo, with the benefit of a good-sized legal department, in fact did so.

Disclosure of the APA

[64] I have already dealt in substance with the availability of the APA. The Monitor responded promptly to Ms. Wong Barker's request for a copy by advising that it was not yet publicly available. The Monitor did not promise to provide a hard copy of the APA to Ms. Wong Barker when it became available. Ms. Wong Barker was advised to check the Monitor's website on an ongoing basis. Within days of her request, the APA was, in fact, posted on the Monitor's website. Zayo was also invited, repeatedly, to call the Monitor with any additional questions. After January 26, 2016, however, Zayo had no further communication with the Monitor. If Zayo wanted to review the APA before finalizing its consent, it was incumbent upon Zayo to insist upon that step or take the necessary action to ensure that it was able to do so.

Service

[65] Zayo also complains that service was deficient and that it ought to have been served with the assignment order motion record. Had this been done, it argues, it would have discovered all about the cure costs and the fact that a number of counterparties were likely to be paid some or all of their pre-filing arrears.

[66] The proper analysis of this issue begins with the Initial Order, which governs the procedure for notice and service in this CCAA proceeding. The Initial Order adopts the e-service protocol of the Commercial List. Under that protocol, any party that has delivered a notice of appearance, any party that should be served in accordance with the Rules and any party who has filed a request for electronic service must be placed on the e-service list. Stakeholders who wish to be placed on the e-service list in order to receive service of court documents in a timely and efficient manner "shall email to the E-service List Keeper" a duly completed request for electronic service in the prescribed form.

[67] The evidence on this motion is that Zayo at no time filed a notice of appearance in this proceeding or submitted a request for electronic service. Zayo asked the Monitor to be placed on the list of creditors and that was done. Zayo received the relevant notice shortly thereafter. As noted above, the Monitor also, on two occasions, specifically advised Zayo to review the Monitor's website for new and updated information.

[68] The motion material for the approval and vesting order (which contained the APA) was posted on the Monitor's website on February 3, 2016. The motion material for the assignment

order appears to have been posted on the Monitor's website on or shortly after February 16, 2016.

[69] Neither of the aforementioned motion records were served on Zayo because the Rules did not require service and Zayo had neither appeared nor asked to be placed on the e-service list. In particular, the assignment order motion was only in respect of counterparties to contracts which Birch insisted be assigned and for which no consent had been obtained. The cutoff date for consent was, ultimately, between February 9 and 16, 20156. Because Zayo/Allstream had already consented to the assignment of its contracts, neither Allstream nor any Allstream contracts were included in the motion for the assignment order. Not being a party to that motion or having asked to be placed on the e-service list, Zayo was not entitled to service and was not served.

[70] Zayo's reliance on the *Veris Gold* case is misplaced. That case involved a failure to serve a counterparty whose contract *was* going to be assigned by virtue of a court order and whose interest under s. 11.3(4) was clearly engaged. Even though the party had not appeared and did not ask to be placed on an e-service list, Fitzpatrick J. held that the party ought to have been served since its interest was directly engaged by the relief sought.

[71] That is, with respect, not the situation here. In the present case, by virtue of its consent, Zayo's contracts did not form any part of the subject matter of the assignment order motion. Ms. Wong Barker was aware of, and presumably read, the Initial Order. It was open to Zayo to request that it be served with all court filings. It did not do so. It was advised to consult the Monitor's website for new and updated material. The motion material in support of the approval and vesting order and the assignment order were posted on the Monitor's website in a timely manner. Specifically, both motion records were posted on the Monitor's website at least several days prior to March 2, 2016 when the consent documents between Zayo and Primus were ultimately finalized and the assignment order was made. Ms. Wong Barker admitted that she looked on the Monitor's website and found this material but it is not clear when she did so. What is clear is that she did not spend sufficient time with the material to find any of the information that Zayo now says was critical to it.

[72] I find, therefore, that Zayo was entitled to request e-service of all court filings but did not do so. Zayo was placed on the creditors list, as it requested, and received all relevant notices in that regard. Zayo, having consented to the assignment of its contracts, was not affected by, and therefore not entitled to notice of, the motion for the assignment order. There was, in the circumstances, no failure of service or notice on the part of the debtor or the Monitor.

Prejudice

[73] Zayo argues, finally, that the order for payment of its \$1.2 million out of the proceeds of sale should be made because it would not prejudice anyone. Distribution issues in this case are a zero sum game because, on the evidence, there is certain to be a shortfall. Zayo argues, however, that if it had not consented to the assignment of its contract it would have been a party to the

assignment order motion and would have been paid in full. Thus, other parties seeking distribution from the proceeds of sale would be no worse off now, if the order sought is made, than they would have been if the assignment order had been made in respect of Zayo's contracts in the first place.

[74] Given my disposition of the issues above, the fate of Zayo's motion does not turn on this issue. However, because many of the issues are intertwined, it seems appropriate to deal with this issue as well.

[75] The principal flaws in Zayo's argument are the assumptions that:

- (a) Zayo had a right to have its contract assigned by a court order; and
- (b) Zayo would have been paid its pre-filing arrears in full.

[76] Under the terms of the APA, Birch had the right to add to and take away from the list of essential contracts. The evidence is very clear that the essential contract list was in a state of flux for several weeks and that, in the end, almost 100 contracts were removed from the list of contracts that Birch initially wanted to take on.

[77] The assignment process envisioned under s. 11.3 is a debtor driven, not creditor or counterparty driven process. Section 11.3(1) begins "on application by a debtor company..." Thus, a counterparty cannot require an insolvent debtor to assign its contract to a purchaser. Section 11.3 envisions a market-driven process under which a purchaser, in consultation with the debtor and the monitor, may decide (after possible negotiations with the counterparties) which contracts it wants and needs and which it does not. The APA in this case specifically required that any negotiations with counterparties had to be conducted in the presence of not only the debtor and Monitor but Birch as well.

[78] I agree with the responding parties to this motion that it cannot now be known what Birch might have done, what negotiations might have taken place or what monetary threshold Zayo and Birch might have had for keeping or disclaiming the contract, if Zayo had declined its consent to the assignment of its contracts.

[79] Zayo argues that this "infinite possibilities" argument is not available to the respondents on this motion because there is no evidence to support it. Zayo argues that the only evidence is that: a) Zayo's contracts *were* on the essential contracts list; b) the consent request letter told Zayo that, in the absence of its consent, a motion *would be* brought for an order assigning its contracts under s. 11.3; and c) the assignment order provided for the assignment of 92 essential contracts with 35 counterparties along with payment of cure costs in the aggregate amount of \$4,518,997.51. Neither Birch nor anyone else filed any evidence on what they would have done had Zayo not provided its consent.

[80] Notwithstanding Mr. Gottlieb's forceful argument on this point, I do not think the record is so devoid of evidence as he makes out. Birch did have the right to remove contracts from the list and did so – almost 100 were dropped from the list. Over 90 contract counterparties granted consent to assign without making their consent conditional on payment of pre-filing amounts. The consent request letter, stating that a motion would be brought under s. 11.3 in the absence of consent to the assignment, was a statement of present intention, not an enforceable promise.

[81] There is also evidence that negotiations took place around the amounts of any payment of pre-filing arrears. As the Supreme Court made clear in *Century Services*, much of what actually happens under CCAA proceedings depends upon the parties' negotiations. In those negotiations, parties to service contracts must weigh the risks of insisting upon their desired position (i.e., they may get nothing if the contract is disclaimed) against the benefits of a future income stream due to the assignment of their contract from an insolvent party to a new, more robust, entity.

[82] It is entirely understandable, and fair, for Birch not to have filed evidence purporting to say what it would have done had Zayo not provided its consent. This is because, having been deprived (by virtue of Zayo's consent) of the opportunity to consider that scenario, negotiate with Zayo and weigh the costs and the benefits of each available option, Birch could not now know what it would have done. Any attempt to purport to say otherwise would inevitably involve speculation.

[83] There is a further complication in that the APA sets a ceiling of \$3 million on cure costs which are deducted from the purchase price. Above \$3 million, the cure costs of court-ordered assignments under s. 11.3 are shared equally between Primus and Birch. This too would have been a relevant factor in Birch's approach to any discussion about payment of Zayo's pre-filing arrears and formed the basis of two prior orders of the Court.

[84] I am unable to agree with Zayo's submission that no amendment of the approval and vesting order or of the assignment order would be required. It seems to me that both orders were premised on Zayo's consent to assignment of its contracts. The relief sought by Zayo on this motion would require a variation of the approval and vesting order as well as the assignment order. Given that the transaction has now closed, and the Monitor has issued its certificate, the additional complication of the allocation of the shortfall resulting from a payment to Zayo as between Primus and Birch would also have to be resolved. This is a situation, in my view, where the proverbial egg cannot be unscrambled.

[85] For these reasons, I conclude that prejudice would be suffered by, at the very least, the syndicate of secured lenders and Birch were the relief sought on this motion to be granted.

Conclusion

[86] For the foregoing reasons, Zayo's motion for an order requiring payment by the Monitor of Zayo's pre-filing arrears out of the proceeds of the sale to Birch is dismissed.

Costs

[87] I encourage the parties to seek an accommodation on costs. Failing agreement, any party seeking costs shall do so by filing a brief written submission, not to exceed two typed, double-spaced pages, together with a Bill of Costs within 10 days of the release of these Reasons. Anyone wishing to respond to such a request shall do so by filing a brief written submission, subject to the same page limit, within a further 10 days.

Penny J.

Date: August 18, 2016

TAB 15

**Alberta Court of Queen's Bench
Canadian Airlines Corp. (Re)
Date: 2000-05-12**

A.L. Friend, Q.C., H.M. Kay, Q.C., and R.B. Low, Q.C., for Canadian Airlines.

V.P. Lalonde and Ms M. Lalonde, for AMR Corporation.

S. Dunphy, for Air Canada.

P.T. McCarthy, Q.C., for PricewaterhouseCoopers.

D. Nishimura, for Resurgence Asset Management LLC.

E. Halt, for Claims Officer.

A.J. McConnell, for Bank of Nova Scotia Trust Company of New York and Montreal Trust Co. of Canada.

(Calgary No. 0001-05071)

May 12, 2000.

[1] PAPERNY J. (orally): — Resurgence Asset Management LLC "Resurgence" appeared on behalf of holders of approximately 60 percent of the unsecured notes issued by Canadian Airlines Corporation in the total amount of \$100 million U.S. These unsecured note holders are proposed to be classified as unsecured creditors in the plan that is the subject of these proceedings.

[2] Resurgence applied for the following relief:

1. An order lifting the stay of proceedings against Canadian Airlines Corporation and Canadian Airlines International Ltd. (respectively "CAC" and "CAIL" and collectively called "Canadian") to permit Resurgence to commence and proceed with an oppression action against Canadian, Air Canada and others.
2. Further, and in the alternative, Resurgence sought the same relief described in item one above in the context of the C.C.A.A. proceedings.
3. An order that any and all unsecured claims held or controlled, directly or indirectly by Air Canada shall be placed in a separate class and either not allowed to be voted at all, or, alternatively, allowed to be voted in separate class from all other affected unsecured claims.
4. An order that there be a separation in class between creditors of CAC and CAIL
5. An order striking Section 6.2(2)(ii) of the plan on the basis that it is contrary to the C.C.A.A.

[3] Resurgence abandoned the application described in item 1 above, and the application in item 2 was addressed in my ruling given May 8, 2000, in these proceedings.

Standing

[4] Prior to dealing with the remaining issues of classification, voting and Section 6.2(2)(ii) of the plan, the issue of standing needs to be addressed. This was a matter of some debate, largely in the context of the first two applications. Canadian argued that Resurgence was only a fund manager and did not hold the unsecured notes, beneficially or otherwise, and, accordingly, did not have standing to make any of the applications. The evidence establishes that Resurgence is not the legal owner and the evidence of beneficial ownership is equivocal.

[5] Canadian has not raised this issue on any of the previous occasions on which Resurgence has been before the court in these proceedings. There has been a consent order involving Resurgence and Canadian.

[6] In my view, it is not appropriate now for Canadian to suggest that Resurgence does not represent the interests of the holders of 60 percent of the unsecured notes and essentially seek a declaration that Resurgence is a stranger to these proceedings.

[7] I am not prepared to dismiss the applications of Resurgence on classification, voting and amending the plan out of hand on the basis of standing.

[8] Resurgence was also supported in these applications by the senior secured note holders. For the purposes of these applications, I accept that Resurgence is representing the interests of 60 percent of the unsecured note holders.

Classification of Air Canada's Unsecured Claim

[9] By my April 14, 2000 order in these proceedings, I approved transactions involving CAIL, a large number of aircraft lessors and Air Canada, which achieved approximately \$200 million worth of concessions for CAIL. In exchange for granting the concession, each creditor received a guarantee from Air Canada and the assurance that the creditor would immediately cease to be affected by the C.C.A.A. proceedings.

[10] These concessions or deficiency claims were quantified and reflected in promissory notes which were assigned to Air Canada in exchange for its guarantee of the aircraft leases. The monitor approved the method of quantifying these claims and recognized the value of the concessions to Canadian. In that order I reserved the issue of classification and voting to be determined at some later date. The plan provides for two classes of creditors, secured and unsecured.

[11] The unsecured class is composed of a number of types of unsecured claims, including aircraft financings, executory contracts, unsecured notes, litigation claims, real estate leases and the deficiencies, if any, of the senior secured note holders.

[12] In one portion of the application, Resurgence seeks to have Air Canada vote the promissory notes in separate class and relied on several factors to distinguish the claims of other Affected, Unsecured Creditors from Air Canada's unsecured claim, including the following:

1. The Air Canada appointed board caused Canadian to enter into these C.C.A.A. proceedings under which Air Canada stands to gain substantial benefits in its own operations and in the merged operations and ownership contemplated after the compromise of debts under the plan.
2. Air Canada is providing the fund of money to be distributed to the Affected Unsecured Creditors and will, therefore, end up paying itself a portion of that money if it is included in the Affected Unsecured Creditors' class and permitted to vote.
3. Air Canada gave no real consideration in acquiring the deficiency claims and manufactured them only to secure a 'yes' vote.

[13] Air Canada and Canadian argue that the legal right associated with Air Canada's unsecured promissory notes and with the other Affected, Unsecured Claims, are the same and that the matters raised by Resurgence, as relating to classification, are really matters of fairness, more appropriately dealt with at the fairness hearing. Air Canada and Canadian emphasized that classification must be determined according to the rights of the creditors, not their personalities.

[14] The starting point in determining classification is the statute under which the parties are operating and from which the court obtains its jurisdiction. The primary purpose of the C.C.A.A. is to facilitate the re-organization of insolvent companies, and this goal must be given proper consideration at every stage of the C.C.A.A. process, including classification of claims; see, for example, *Norcen Energy Resources Ltd. v. Oakwood Petroleums Ltd.* (1988), 72 C.B.R. (N.S.) 20 (Alta. Q.B.)

[15] Beyond identifying secured and unsecured classes, the C.C.A.A. does not offer any guidance to the classification of claims. The process, instead, has developed in the case law.

[16] A frequently cited description of the method of classification of creditors for the purposes of voting on a plan, under the C.C.A.A., is *Sovereign Life Assurance Co. v Dodd* (1891), [1892] 2 Q.B. 573 (Eng. C.A.).

[17] At page 583 (Q.B.), Bowen, L.J. stated:

The word 'class' is vague and to find out what is meant by it, we must look at the scope of the section which is a section enabling the court to order a meeting of a class of creditors to be called. It seems plain that we must give such a meaning to the term 'class' as will prevent the section being so worked as to result in confiscation and injustice, and that it must be confined to those persons whose rights are not so dissimilar as to make it impossible for them to consult together with the view to their common interest.

This test has been described as the "commonality of interest" test. All counsel agree that this is the test to apply in classification of claims under the C.C.A.A. However, there is a dispute on the types of interests that are to be considered in determining commonality.

[18] Generally, the cases hold that classification is a fact-driven determination unique to the circumstances of every case, upon which the court should be loathe to impose rules for universal application, particularly in light of the flexible and remedial jurisdiction involved; see, for example, *Re Fairview Industries Ltd.* (1991), 11 C.B.R. (3d) 71 (N.S. T.D.)

[19] The majority of the cases presented to me, held that commonality of the interest is to be determined by the rights the creditor has vis-a-vis the debtor. Courts have also found it helpful to consider the context of the proposed plan and treatment of creditors under a liquidation scenario. In the absence of bad faith, motivation for supporting or rejecting a plan is not a classification issue in the authorities.

[20] In considering what interests are included in the commonality of interest test, Forsyth J., in *Norcen Energy Resources Ltd.* (Supra) had to determine whether all the secured creditors of the company ought to be included in one class. The creditors all had first-charge security and the same method of valuation was applied to each secured claim in order to determine security value under the plan. The distinguishing features were submitted to be based on the difference in the security held, including ease of marketability and realization potential. In holding that a separate class was not necessary, Forsyth J., said at page 29:

Different security positioning and changing security values are a fact of life in the world of secured financing. To accept this argument would again result in a different class of creditor for each secured lender.

In doing so, Forsyth J. rejected the "identity of the interest" approach in which creditors in a class must have identical interests.

[21] It was also submitted in *Norcen Energy Resources Ltd.* that since the purchaser under the plan had made financing arrangements with the Royal Bank, the bank had an interest not shared by the other secured creditors. Forsyth J., held that in the absence of any allegation that the Royal Bank was not acting bona fide in considering the benefit of the plan, the secured creditors could not be heard to criticize the presence of the Royal Bank in their class.

[22] Forsyth J., also emphasized in *Norcen Energy Resources Ltd.* that the commonality test cannot be considered without also considering the underlying purpose of the C.C.A.A., which is to facilitate reorganizations of insolvent companies. To that end, the court should not approve a classification scheme which would make a reorganization difficult, if not impossible, to achieve. At the same time, while the C.C.A.A. grants the court the authority to alter the legal rights of parties other than the debtor company without their consent, the court will not permit a confiscation of rights or an injustice to occur.

[23] The *Norcen Energy Resources Ltd.* approach was specifically adopted in British Columbia in *Northland Properties Ltd. v. Excelsior Life Insurance Co. of Canada* (1989), 73 C.B.R. (N.S.) 195 (B.C. C.A.), where it was held that various mortgagees with different mortgages against different properties were included in the same class.

[24] In *Savage v. Amoco Acquisition Co.* (1988), 68 C.B.R. (N.S.) 154 (Alta. C.A.) the Alberta Court of Appeal rejected the argument that shareholders who have private arrangements with the applicant or who are brokers or officers or otherwise in a special position vis-a-vis the debtor company, should be put in a special category.

[25] At page 158 the court stated in regard to the test applied to classification:

We do not think that this rule justifies the division of shareholders into separate classes on the basis of their presumed prior commitment to a point of view. The state of facts, common to all, is that they are all offered this proposal, face as an alternative the break-up of this apparently insolvent company and hold shares that appear to be worthless on break-up. In any event, any attempt to divide them on the basis suggested, would be futile. One would have as many groups as there are shareholders.

The commonality of interest test was addressed by the British, Columbia Supreme Court in *Re Woodward's Ltd.* (1993), 84 B.C.L.R. (2d) 206 (B.C. S.C.). Tysoe J. rejected the identity of interest approach and held that it was permissible to include creditors with

different legal rights in the same class, so long as their legal rights were not so dissimilar that it was still possible for them to vote with a common interest.

[26] Tysoe J. went on to find that legal interests should be considered in the context of the proposed plan and that it was also necessary to examine the legal rights of creditors in the context of the possible failure of the plan.

[27] In other words, "interest" for the purpose of classification does not include the personality or identity of the creditor, and the interests it may have in the broader commercial sphere that might influence its decision or predispose it to vote in a particular way; rather, "interest" involves the entitlement of the debt holder viewed within the context of the provisions of the proposed plan. In that regard, see *Woodward's Ltd.* at page 212.

[28] In *Fairview Industries Ltd.*, the court held that in classification there need not be a commonality of interest of debts involved, so long as the legal interests were the same. Justice Glube (as she then was) stated that it did not automatically follow that those with different commercial interests, for example, those with security on "quick" assets, are necessarily in conflict with those with security on "fixed" assets. She stated that just saying there is a conflict is insufficient to warrant separation.

[29] In *Sklar-Pepler Furniture Corp. v. Bank of Nova Scotia* (1991), 86 D.L.R. (4th) 621 (Ont. Gen. Div.) at 626 like *Norcen Energy Resources Ltd.*, the "identity of interests" approach was rejected. The court preserved a class of creditors which included debenture holders, terminated employees, realty lessors and equipment lessors.

[30] Borins J. held that not every difference in the nature of the debt warrants a separate class and that in placing a broad and purposive interpretation on the C.C.A.A., the court should "take care to resist approaches which would potentially jeopardize a potentially viable plan." He observed that "excessive fragmentation is counterproductive to the legislative intent to facilitate corporate reorganization" and that it would be "improper to create a special class simply for the benefit of an opposing creditor which would give that creditor the potential to exercise an unwarranted degree of power." (p. 627).

[31] In summary, the cases establish the following principles applicable to assessing commonality of interest:

1. Commonality of interest should be viewed on the basis of the non-fragmentation test, not on an identity of interest test;

2. The interests to be considered are the legal interests the creditor holds qua creditor in relationship to the debtor company, prior to and under the plan as well as on liquidation;
3. The commonality of these interests are to be viewed purposively, bearing in mind the object of the C.C.A.A., namely to facilitate reorganizations if at all possible;
4. In placing a broad and purposive interpretation on the C.C.A.A., the court should be careful to resist classification approaches which would potentially jeopardize potentially viable plans.
5. Absent bad faith, the motivations of the creditors to approve or disapprove are irrelevant.
6. The requirement of creditors being able to consult together means being able to assess their legal entitlement as *creditors* before or after the plan in a similar manner.

[32] With this background, I will make several observations relating to the reasons asserted by Resurgence that distinguish Air Canada from the rest of the Affected Unsecured Creditors.

[33] The first two reasons given relate to interests of Air Canada extraneous to its legal rights as a unsecured creditor. The third reason relates largely to the further assertion that Air Canada should not be allowed to vote at all. The matter of voting is addressed more specifically later in these reasons.

[34] The factors described by Resurgence distinguish between Air Canada and other unsecured creditors relate largely to the fact that Air Canada is the assignee of the unsecured debt. In my view, that approach is to be discouraged at the classification stage. To require the court to consider who holds the claim, as distinct from what they hold, at that point would be untenable. I note that Mr. Edwards recognizes in 1947 in his article, "*Reorganizations under the Companies Creditors Arrangement Act*", (1947), 25 Cdn. Bar Rev. 587, and observe this concern is heightened in the current commercial reality of debt trading.

[35] Resurgence also asserted that a court should avoid placing creditors with a potential conflict of interest in the same class and relies on *Re NsC Diesel Power Inc.* (1990), 79 C.B.R. (N.S.) 1 (N.S. T.D.), a case in which the court considered a potential conflict of interest between subcontractors and direct contractors. To the extent this case can be seen as decided on the basis of the distinct legal rights of the creditors, I agree with the result. To the extent that the case determined that a class could be separated based

on a conflict of interest not based on legal right, I disagree. In my view, this would be the sort of issue the court should consider at the fairness hearing.

[36] Resurgence also relied on the decisions of the British Columbia Supreme Court in *Re Northland Properties Ltd.* (1988), 73 C.B.R. (N.S.) 166 (B.C. S.C.), a case decided prior to *Norcen Energy Resources Ltd.*. In that case the court held that a subsidiary wholly owned by Northland Bank was incorporated to purchase certain bonds from Northland in exchange for preferred shares and was not entitled to vote. The court found that would be tantamount to Northland Bank voting in its own reorganization and relied on *Re Wellington Building Corp.*, [1934] O.R. 653, 16 C.B.R. 48 (Ont. S.C.) In this regard. I would note that the passage relied upon at page 5 in that case, in *Wellington Building Corp* (Supra) dealt with whether the scheme, as proposed, was unfair.

[37] All creditors proposed to be included in the class of Affected, Unsecured Creditors, are all unsecured and are treated the same under the plan. All would be treated similarly under the BIA. The plan provides that they will receive 12 cents on the dollar. The Monitor opined that in liquidation unsecured creditors would realize a maximum of 3 cents on the dollar. Their legal interests are essentially the same. Issue is taken with the presence of Air Canada, supporter and funder of the plan, also having taken an assignment of a substantial, unsecured claim. However, absent bad faith, who creditors are is not relevant. Air Canada's mere presence in the class does not in and of itself constitute bad faith.

[38] Further, all of these methods of distinguishing Air Canada's unsecured claim at their core are fundamentally issues of fairness which will be addressed by the Court at the fairness hearing on June 5, 2000. I am prepared to give serious consideration to these matters at that time and direct that there be a separate tabulation of the votes cast by Air Canada arising from any assignments of promissory notes they have taken, so that there is an evidentiary record to assist me in assessing the fairness of the vote when and if I am called upon to sanction the plan. This approach was taken by Justice Forsyth in *Norcen Energy Resources Ltd.*, and in my view is consistent with the underlying purpose of the C.C.A.A. I wish to emphasize that the concerns raised by Resurgence will form part of the assessment of the overall fairness of the plan.

[39] Permitting the classification to remain intact for voting purposes will not result in a confiscation of rights or injustice to the unsecured note holders. Their treatment does not at this point depart from any other Affected Unsecured Creditors and recognizes the similarity of legal rights. Although based on different legal instruments, the legal rights of

the unsecured note holders and Air Canada are essentially the same. Neither has security, nor specific entitlement to assets. Further, the ability of all of the Affected Unsecured Creditors to realize their claims against the debtor companies, depend in significant part, on the company's ability to continue as a going concern.

[40] The separate tabulation of votes will allow the "voice" of unsecured creditors to be heard, while at the same time, permit rather than rule out the possibility that a plan might proceed.

[41] It is important to preserve this possibility in the interests of facilitating the aim of the C.C.A.A. and protecting interests of all constituents. To fracture the class prior to the vote, may have the effect of denying the court jurisdiction to consider sanctioning a plan which may pass the fairness test but which has been rejected by one creditor. This would be contrary to the purpose of the C.C.A.A.

Separating the Claims Against CAC and CAIL

[42] Resurgence briefly argued that since Air Canada's debt is owed by CAIL only, it could only look to CAIL's assets in a bankruptcy and would not be able to look to any CAC assets. In contrast, Resurgence suggested that the unsecured note holders are creditors of both CAIL under a guarantee, and CAC under the notes. Resurgence submitted that the resulting difference in legal rights destroys the commonality of interests.

[43] There is insufficient evidence to suggest that the unsecured note holders are also creditors of CAIL. Counsel referred only to a statement made by Mr. Carty on cross-examination that there was an "unsecured guarantee". However, no documents have been brought to my attention that would support this statement and, in of itself, the statement is not determinative. In any case, I do not have sufficient evidence before me to conclude that there would be a meaningful difference in recoveries for unsecured creditors of CAC and CAIL in the event of bankruptcy. I, therefore, cannot conclude on this basis that rights are being confiscated, unlike Tysoe J.'s ability to do so in *Re Woodward's Ltd.* Simply looking to different assets or pools of assets will not alone fracture a class; some unique additional legal right of value in liquidation going unrecognized in a plan and not balanced by others losing rights as well is needed on the analysis of Tysoe J.

[44] I recognize the struggle between the unsecured note holders, represented by Resurgence on one side, and Air Canada and Canadian on the other. Resurgence fears the inclusion of Air Canada and the Affected Unsecured Creditors' class will swamp the vote. Air Canada and Canadian fear that exclusion of Air Canada will result in the voting down of a plan which, in their view, otherwise stands a realistic chance of approval. As

unsecured creditors, they do share similar legal rights. As supporters or opponents of the plan, they may well have distinctly different financial or strategic interests. I believe that in the circumstances of this case, these other interests and their impact on the plan, are best addressed as matters of fairness at the June 5, 2000 hearing, and in this way, the concerns will be heard by the court without necessarily putting an end to the entire process.

Voting

[45] Although my decision on classification makes it clear that I will permit Air Canada to vote on the plan, I wish to comment further on this issue. Air Canada submitted that it should be entitled to vote the face value of the promissory notes which represent deficiency claims assigned to it from aircraft lessors in the same fashion as any other creditor who has acquired the claims by assignment. All parties accept that deficiency claims such as these would normally be included and voted upon in an unsecured claims class. The request by Resurgence to deny them a vote would have the effect of varying rights associated with those notes.

[46] The concessions achieved in the re-negotiation of the aircraft leases, represent value to CAIL. The methodology of calculation of the claims and their valuation was reviewed by the Monitor and this is not being challenged. Rather, it is because it is Air Canada that now holds them, that it is objectionable to Resurgence. Resurgence asserts that Air Canada manufactured the assignment so it could preserve a 'yes' vote. This, in my view, is a matter going to fairness. Is it fair for Air Canada to vote to share in the pool of cash funded by it for the benefit of unsecured creditors? That matter is best resolved at the fairness hearing.

[47] Resurgence relied on *Northland Properties Ltd.* in which a wholly owned subsidiary of the debtor company was not allowed to vote because to do so would amount to the debtor company voting in its own reorganization. The corporate relationship between Air Canada and CAIL can be distinguished from the parent and wholly owned subsidiary in *Northland Properties Ltd.* Air Canada is not CAIL's parent and owns 10 percent of a numbered company which owns 82 percent of CAIL. Further, as noted above, the court in *Northland Properties Ltd.* apparently relied on the passage from *Wellington Building Corp* which indicated in that case the court was being asked to approve a plan as fair. Again, the basis on which Resurgence seeks to deprive Air Canada of its vote is really an issue of fairness.

Section 6(2)(2) of the Plan

[48] Resurgence wishes me to strike out Section 6(2)(2) of the plan, which essentially purports to provide a release by affected creditors of all claims based in whole or in part on any act, omission transaction, event or occurrence that took place prior to the effective date in any way relating to the debtor companies and subsidiaries, the C.C.A.A. proceeding or the plan against:

1. The debtor companies and its subsidiaries;
2. The directors, officers and employees;
3. The former directors, officers and employees of the debtor companies and its subsidiaries; or
4. The respective current and former professionals of the entities, including the Monitor, its counsel and its current officers and directors, et cetera. Resurgence submits that this provision constitutes a wholesale release of directors and others which is beyond that permitted by Section 5.1 of the C.C.A.A. CAIL and CAC submit that the proposed release was not intended to preclude rights expressly preserved by the statute and are prepared to amend the plan to state this.

[49] Section 5.1(3) of the C.C.A.A. provides that the court may declare that a claim against directors shall not be compromised if it is satisfied that the compromise would not be fair and reasonable in the circumstances.

[50] In this application of Resurgence, the court must deal with two issues: One, what releases are permitted under the statute; and, two, what releases ought to be permitted, if any, under the plan.

[51] In my view, I will be in a better position to assess the fairness of the proposed compromise of claims which is drafted in extremely broad terms, when I consider the other issues of fairness raised by Resurgence. Accordingly, I leave that matter to the fairness hearing as well.

[52] In summary, the application contained in paragraph (d) of the Resurgence Notice of Motion is dismissed. The application in paragraph (e) is adjourned to June 5, 2000.

Application dismissed.

TAB 16

In the Matter of the Companies' Creditors Arrangement Act,
R.S.C. 1985, c. C-36, as amended and in the Matter of a
Proposed Plan of Compromise or Arrangement with Respect to
Stelco Inc., and the Other Applicants Listed Under Schedule
"A"

Application Under the Companies' Creditors Arrangement
Act, R.S.C. 1985, c. C-36, as amended

[Indexed as: Stelco Inc. (Re)]

78 O.R. (3d) 241
[2005] O.J. No. 4883
Dockets: C44436 and M33171

Court of Appeal for Ontario,
Goudge, Sharpe and Blair JJ.A.
November 17, 2005

Debtor and creditor -- Companies' Creditors Arrangement Act
-- Creditors -- Classification -- Classification of creditors
should be determined by their legal rights in relation to
debtor company as opposed to their rights as creditors in
relation to each other.

The appellant represented unsecured creditors who held
convertible unsecured subordinated debentures issued by the
debtor company pursuant to a Supplemental Trust Indenture.
Their claims were subordinated to Senior Debt Holders. The
Supplemental Trust Indenture provided that if the Subordinated
Debenture Holders received any payment from the company, or any
distribution from the assets of the company, before the Senior
Debt was fully paid, they were obliged to remit any such
payment or distribution to the Senior Debt Holders until the
latter had been paid in full, but that no such payment or
distribution by the company shall be deemed to constitute

payment on the Subordinated Debenture Holders' debt. The parties referred to these provisions as the "Turnover Payment" provisions. In the company's Proposed Plan, the Subordinated Debenture Holders and the Senior Debt Holders were included in the same class (along with Trade Creditors) for the purposes of voting on the Proposed Plan. The appellant sought an order from the supervising judge classifying the Subordinated Debenture Holders as a separate class for voting purposes, arguing that their interests were different than those of the Senior Debt Holders and that creditors who do not have common interests should not be classified in the same group for voting purposes. The motion was dismissed. The appellant appealed.

Held, the appeal should be dismissed.

The classification of creditors is a fact-driven exercise, dependent upon the circumstances of each particular case. It is determined by the creditors' legal rights in relation to the debtor company, as opposed to their rights as creditors in relation to each other. The supervising judge did not err in finding that there was no material distinction between the legal rights of the Subordinated Debenture Holders and those of the Senior Debt Holders vis--vis the company. Each was entitled to be paid the moneys owing under their respective debt contracts. The only difference was that the former creditors were subordinated in interest to the latter and had agreed to pay over to the latter any portion of their recovery received until the Senior Debt had been paid in full. As between the two groups of creditors, this merely reflected the very deal the Subordinated Debenture Holders bought into when they purchased their subordinated debentures. The supervising judge was also entitled to determine that this was not a case involving any confiscation of legal rights. Finally, the supervising judge's finding that there was no realistic conflict of interest between the creditors was supported on the record. [page242] Each had the same general interest in relation to the company, namely to be paid under their contracts, and to maximize the amount recoverable from the company through the Plan negotiation process. The Senior Debt Holders' efforts would not be moderated in some respect because they would be content to make their recovery on the

backs of the Subordinated Debenture Holders through the Turnover Payment process. In order to carry the class, the Senior Debt Holders would require the support of the Trade Creditors, whose interest was not affected by the subordination agreement. Thus, the Senior Debt Holders would be required to support the maximization approach.

Canadian Airlines Corp. (Re), [2000] A.J. No. 1693, 19 C.B.R. (4th) 12 (Q.B.), apld

NsC Diesel Power Inc. (Re), [1990] N.S.J. No. 484, 97 N.S.R. (2d) 295, 258 A.P.R. 295, 79 C.B.R. (N.S.) 1 (T.D.), not folld

Other cases referred to

Campeau Corp. (Re), [1991] O.J. No. 2338, 86 D.L.R. (4th) 570, 10 C.B.R. (3d) 100 (Gen. Div.); Country Style Food Services Inc. (Re), [2002] O.J. No. 1377, 158 O.A.C. 30, 112 A.C.W.S. (3d) 1009 (C.A.); Elan Corp. v. Comiskey (1990), 1 O.R. (3d) 289, [1990] O.J. No. 2180, 41 O.A.C. 282, 1 C.B.R. (3d) 101 (C.A.) (sub nom. Nova Metal Products v. Comiskey); Fairview Industries Ltd. (Re), [1991] N.S.J. No. 456, 109 N.S.R. (2d) 32, 11 C.B.R. (3d) 71, 30 A.C.W.S. (3d) 376 (T.D.); Norcen Energy Resources Ltd. v. Oakwood Petroleums Ltd., [1988] A.J. No. 1226, [1989] 2 W.W.R. 566, 64 Alta. L.R. (2d) 139, 72 C.B.R. (N.S.) 20 (Q.B.); Northland Properties Ltd. v. Excelsior Life Insurance Co. of Canada, [1989] B.C.J. No. 63, 34 B.C.L.R. (2d) 122, [1989] 3 W.W.R. 363, 73 C.B.R. (N.S.) 195 (C.A.); Northland Properties Ltd. (Re), [1988] B.C.J. No. 1937, 32 B.C.L.R. (2d) 309 (C.A.), affg [1988] B.C.J. No. 1530, 31 B.C.L.R. (2d) 35, 73 C.B.R. (N.S.) 166 (S.C.); Pacific Coastal Airlines Ltd. v. Air Canada, [2001] B.C.J. No. 2580, 2001 BCSC 1721, 19 B.L.R. (3d) 286, 110 A.C.W.S. (3d) 259 (S.C.); Resurgence Asset Management LLC v. Canadian Airlines Corp., [2000] A.J. No. 610, 2000 ABCA 149, 80 Alta. L.R. (3d) 213, 261 A.R. 12, 19 C.B.R. (4th) 33, 97 A.C.W.S. (3d) 844 (C.A.); Savage v. Amoco Acquisition Co., [1988] A.J. No. 330, 59 Alta. L.R. (2d) 260, 40 B.L.R. 188, 68 C.B.R. (N.S.) 154 (C.A.) (sub. nom. Amoco Acquisition Co. v. Savage); Sklar-

Peppler Furniture Corp. v. Bank of Nova Scotia, [1991] O.J. No. 2288, 86 D.L.R. (4th) 621, 8 C.B.R. (3d) 312 (Gen. Div.); Sovereign Life Assurance Co. v. Dodd (1892), [1891-4] All E.R. Rep. 246, [1892] 2 Q.B. 573, 8 T.L.R. 684, 36 Sol. Jo. 644, 41 W.R. 4, 62 L.J.Q.B. 19, 67 L.T. 396 (C.A.); Stelco Inc. (Re) (2005), 75 O.R. (3d) 5, [2005] O.J. No. 117, 1196 O.A.C. 142, 253 D.L.R. (4th) 109, 9 C.B.R. (5th) 135, 2 B.L.R.(4th) 238 (C.A.); Wellington Building Corp. Ltd. (Re), [1934] O.R. 653, [1934] 4 D.L.R. 626, 16 C.B.R. 48 (H.C.J.); Woodward's Ltd. (Re), [1993] B.C.J. No. 852, 84 B.C.L.R. (2d) 206, 20 C.B.R. (3d) 74 (S.C.)

Statutes referred to

Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36

Joint Stock Companies Arrangement Act 1870 (U.K.), 33 and 34 Vict., c. 104

Authorities referred to

Edwards, S.E., "Reorganizations Under the Companies' Creditors Arrangement Act" (1947) 25 Can. Bar Rev. 587

Robertson, Q.C., R.N., "Legal Problems on Reorganization of Major Financial and Commercial Debtors" (Canadian Bar Association -- Ontario Continuing Legal Education, April 5, 1983) [page243]

APPEAL from an order of Farley J., [2005] O.J. No. 4814, 143 A.C.W.S. (3d) 623 (S.C.J.) dismissing a motion for an order classifying the appellants as a separate class of creditors for voting purposes.

Paul Macdonald, Andrew Kent and Brett Harrison, for Informal Independent Converts' Committee.

Michael E. Barrack and Geoff R. Hall, for Stelco Inc.

Robert Staley and Alan Gardner, for Senior Debenture Holders.

Fred Myers, for Her Majesty the Queen in Right of Ontario,
and the Superintendent of Financial Services.

Ken Rosenberg, for United Steelworkers of America.

A. Kauffman, for Tricap Management Ltd.

Kyla Mahar, for Monitor.

Murray Gold, for Salaried Retirees.

Heath Whitley, for CIBC.

Steven Bosnick, for U.S.W.A. Loc. 5328 and 8782.

The judgment of the court was delivered by

BLAIR J.A.:--

Background

[1] This appeal arises out of the reorganization of Stelco Inc., and related companies, pursuant to the Companies' Creditors Arrangement Act ("CCAA") [See Note 1 at the end of the document]. Stelco has been in the midst of this fractious process for approximately 21 months. Justice Farley has been the supervising judge throughout.

[2] Stelco has presented a Proposed Plan of Compromise or Arrangement to its creditors for their approval. The vote was scheduled for Tuesday, November 15, 2005. On Thursday, November 10, a group of creditors known as the Informal Independent Converts' Committee (the "Converts' Committee) sought an order from the supervising judge, amongst other things, classifying the Subordinated Debenture Holders whom they represent as a separate class for voting purposes. Justice Farley dismissed the motion. In the face of the pending vote, the Converts' Committee sought leave to appeal on Thursday

afternoon (the courts were closed on Friday, November 11, for Remembrance Day). Rosenberg J.A. dealt with the matter and directed that the application for leave, and if leave be granted, the appeal, be heard by a panel of this court on Monday, November 14, 2005. [page244]

[3] This panel heard the application for leave and the appeal on Monday. We concluded that leave should be granted, but that the appeal must be dismissed, and at the conclusion of argument -- and in order to clarify matters so that the vote could proceed the following day -- we issued a brief endorsement with our decision, but indicating that more detailed reasons would follow.

[4] The endorsement read as follows:

In our view, the appellants have not demonstrated a different legal interest from the other unsecured creditors vis vis the debtor, nor any basis for setting aside the finding of Farley J. that there are no different practical interests such that the appellants deserve a separate class. We see no legal error or error in principle in his exercise of discretion.

Leave to appeal is granted, but the appeal must therefore be dismissed. Because of the importance of the issue for Ontario practice in this area, we propose to expand somewhat on these reasons in due course.

[5] These are those expanded reasons.

Facts

[6] Stelco's Proposed Plan is made to unsecured creditors only. It is not intended to affect the claims of secured creditors.

[7] The Converts' Committee represents unsecured creditors who hold \$90 million of convertible unsecured subordinated debentures issued by Stelco pursuant to a Supplemental Trust Indenture dated January 21, 2002, and due in 2007. With

interest, the claims of the Subordinated Debenture Holders now amount to approximately \$110 million. Those claims are subordinated to approximately \$328 million in favour of Senior Debt Holders. In addition, Stelco has unsecured trade debts totalling approximately \$228 million. In the Proposed Plan, these three groups of unsecured creditors -- the Subordinated Debenture Holders (represented by the Converts' Committee), the Senior Debt Holders and the Trade Creditors -- have all been included in the same class for the purposes of voting on the Proposed Plan or any amended version of it.

[8] The Converts' Committee takes issue with this, and seeks to have the Subordinated Debenture Holders classified as a separate class of creditors for voting purposes. They argue that their interests are different than those of the Bondholders and that creditors who do not have common interests should not be classified in the same group for voting purposes. They submit, therefore, that the supervising judge erred in law in not granting them a separate classification. In that regard, they rely upon this court's decision in *Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 1 O.R. (3d) 289, [1990] O.J. No. 2180 (C.A.). They also argue that the supervising [page245] judge was wrong, on the facts contained in the record, in finding that the Subordinated Debenture Holders and the Bondholders did not have conflicting interests.

[9] In making their argument about a different interest, the appellants rely upon their status as subordinated debt holders as shaped particularly by Articles 6.2 and 6.3 of the Supplemental Trust Indenture. In essence those provisions reinforce the subordinated nature of their debt. They stipulate (a) that if the Subordinated Debenture Holders receive any payment from Stelco, or any distribution from the assets of Stelco, before the Senior Debt is fully paid, they are obliged to remit any such payment or distribution to the Senior Debt Holders until the latter have been paid in full (Art. 6.2(3)), but (b) that no such payment or distribution by Stelco shall be deemed to constitute a payment on the Subordinated Debenture Holders' debt (Art. 6.3). The parties refer to these provisions as the "Turnover Payment" provisions.

[10] In short, although Stelco is obliged to pay both groups of creditors in full, as between the Subordinated Debenture Holders and the Senior Debt Holders, the latter are entitled to be paid in full before the former receive anything. The Supplemental Trust Indenture makes it clear that the provisions of Article 6 "are intended solely for the purpose of defining the relative rights of [the Subordinated Debenture Holders] and the holders of the Senior Debt" (Art. 6.3).

[11] The appellants contend that the Turnover Payment provisions distinguish their interests from those of the Subordinated Debenture Holders when it comes to voting on Stelco's Proposed Plan. They say that the Subordinated Debenture Holders' interest in maximizing the amounts to be made available to unsecured creditors ends once they have received full recovery, in part as a result of the Turnover Payments that the Subordinated Debenture Holders will be required to make from their portion of the funds. On the other hand, the Subordinated Debenture Holders will have an interest in seeking more because their recovery, for practical purposes, will have only begun once that point is reached.

[12] The respondents submit, for their part, that the appellants are seeking a separate classification for a collateral purpose, i.e., so that they will be able to veto the Proposed Plan, or at least threaten to veto it, unless they are granted a benefit to which they are not entitled -- the elimination of their subordinated position by virtue of the Turnover Payment provisions.

[13] Farley J. rejected the appellants' arguments. The thrust of his decision in this regard is found in paras. 13 and 14 of his reasons: [page246]

I would note as well that the primary and most significant attribute of the ConCom debt and that of the BondCom debt/ Senior Debt [See Note 2 at the end of the document] plus the trade debt vis--vis Stelco is that it is all unsecured debt. Thus absent valid reason to have separate classes it would be reasonable, logical, rational and practical to have all this unsecured debt in the same class. Certainly that would avoid

any unnecessary fragmentation -- and in this respect multiplicity of classes does not mean that that fragmentation starts only when there are many classes. Unless more than one class is necessary, fragmentation would start at two classes. Fragmentation if necessary, but not necessarily fragmentation.

Is it necessary to have more than one class? Firstly, it would not appear to me that as between Stelco and the unsecured creditors overall there is any material distinction. Secondly, there would not appear to me to be any confiscation of any rights (or the other side of the coin any new imposition of obligations) upon the holders of the ConCom debt. The subrogation issue was something which these holders assumed on the issue of that debt. Thirdly, I do not see that there is a realistic conflict of interest. Each group of unsecured creditors including the ConCom debt holders and the BondCom debt holders has the same general interest vis--vis Stelco, namely to extract from Stelco through the Plan the maximum value in the sense of consideration possible That situation is not impacted for our purposes here in this motion by the possibility that in a subsequent dispute between the ConCom holders and the BondCom holders there may be a difference of opinion as to the variation of the consideration obtained.

[14] We agree with his conclusion and see no basis to interfere with his findings in that regard.

The Leave Application

[15] The principles to be applied by this court in determining whether leave to appeal should be granted to someone dissatisfied with an order made in a CCAA proceeding are not in dispute. Leave is only sparingly granted in such matters because of their "real time" dynamic and because of the generally discretionary character underlying many of the orders made by supervising judges in such proceedings. There must be serious and arguable grounds that are of real and significant interest to the parties. The court has assessed this criterion on the basis of a four-part test, namely,

- (a) whether the point on appeal is of significance to the practice;
- (b) whether the point is of significance to the action;
- (c) whether the appeal is prima facie meritorious or frivolous; and [page247]
- (d) whether the appeal will unduly hinder the progress of the action.

See *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5, [2005] O.J. No. 1171 (C.A.), at para. 24; *Country Style Food Services Inc. (Re)*, [2002] O.J. No. 1377, 158 O.A.C. 30 (C.A.), at para. 15; *Resurgence Asset Management LLC v. Canadian Airlines Corp.*, [2000] A.J. No. 610, 19 C.B.R. (4th) 33 (C.A.), at para. 7.

[16] Here, we granted leave to appeal because the proposed appeal raised an issue of significance to the practice, namely the nature of the "common interest" test to be applied by the courts for purposes of the classification of creditors in CCAA proceedings. Although the law seems to have progressed in the lower courts along the lines developed in Alberta, beginning with the decision of Paperny J. in *Canadian Airlines Corp. (Re)*, [2000] A.J. No. 1693, 19 C.B.R. (4th) 12 (Q.B), this court has not dealt with the issue since its decision in *Elan Corp. v. Comiskey*, supra, and the Converts' Committee argues that the Alberta line of authorities is contrary to *Elan*.

[17] A brief further comment respecting the leave process may be in order.

[18] The court recognizes the importance of its ability to react in a responsible and timely fashion to the appellate needs arising in the "real time" dynamics of CCAA restructurings. Often, as in the case of this restructuring, they involve a significant public dimension. For good policy reasons, however, appellate courts in Canada -- including this one -- have developed relatively stringent parameters for the granting of leave to appeal in CCAA cases. As noted, leave is only sparingly granted. The parameters as set out in the

authorities cited above remain good law.

[19] Merely because a corporate restructuring is a big one and money is no object to the participants in the process, does not mean that the court will necessarily depart from the normal leave to appeal process that applies to other cases. In granting leave to appeal in these circumstances, we do not wish to be taken as supporting a notion that the fusion of leave applications with the hearing of the appeal in CCAA restructurings -- particularly in major ones such as this one involving Stelco -- has become the practice. Where there is an urgency that a leave application be expedited in the public interest, the court will do so in this area of the law as it does in other areas. However, where what is involved is essentially an attempt to review a discretionary order made on the facts of the case, in a tightly supervised process with which the judge is intimately familiar, the collapsed process that was made available in this particular situation will not generally be afforded. [page248]

[20] As these reasons demonstrate, however, the issues raised on this particular appeal, and the timing factor involved, warranted the expedited procedure that was ordered by Justice Rosenberg.

The Appeal

No error in law or principle

[21] Everyone agrees that the classification of creditors for CCAA voting purposes is to be determined generally on the basis of a "commonality of interest" (or a "common interest") between creditors of the same class. Most analyses of this approach start with a reference to *Sovereign Life Assurance Co. v. Dodd* (1892), [1891-4] All E.R. Rep. 246, [1892] 2 Q.B. 573 (C.A.) which dealt with the classification of creditors for voting purposes in a winding-up proceeding. Two passages from the judgments in that decision are frequently cited. At pp. 249-50 All E.R., Lord Esher said:

The Act provides that the persons to be summoned to the

meeting, all of whom, it is to be observed, are creditors, are persons who can be divided into different classes, classes which the Act [See Note 3 at the end of the document] recognizes, though it does not define. The creditors, therefore, must be divided into different classes. What is the reason for prescribing such a course? It is because the creditors composing the different classes have different interests, and, therefore, if a different state of facts exists with respect to different creditors, which may affect their minds and judgments differently, they must be separated into different classes.

At p. 251 All E.R., Bowen L.J. stated:

The word "class" used in the statute is vague, and to find out what it means we must look at the general scope of the section, which enables the court to order a meeting of a "class of creditors" to be summoned. It seems to me that we must give such a meaning to the term "class" as will prevent the section being so worked as to produce confiscation and injustice, and that we must confine its meaning to those persons whose rights are not so dissimilar as to make it impossible for them to consult together with a view to their common interest.

[22] These views have been applied in the CCAA context. But what comprises those "not so dissimilar" rights and what are the components of that "common interest" have been the subject of debate and evolution over time. It is clear that classification is a fact-driven exercise, dependent upon the circumstances of each particular case. Moreover, given the nature of the CCAA process and the underlying flexibility of that process -- a flexibility which is its genius -- there can be no fixed rules that must apply in all cases.

[23] In *Canadian Airlines Corp. (Re)*, supra, Paperny J. nonetheless extracted a number of principles to be considered by the courts in dealing with the commonality of interest test. At para. 31 she said: [page249]

In summary, the cases establish the following principles

applicable to assessing commonality of interest:

1. Commonality of interest should be viewed based on the non-fragmentation test, not on an identity of interest test;
2. The interests to be considered are the legal interests that a creditor holds qua creditor in relationship to the debtor company prior to and under the plan as well as on liquidation;
3. The commonality of interests are to be viewed purposively, bearing in mind the object of the C.C.C.A., namely to facilitate reorganizations if at all possible;
4. In placing a broad and purposive interpretation on the C.C.C.A., the court should be careful to resist classification approaches which would potentially jeopardize viable plans.
5. Absent bad faith, the motivations of creditors to approve or disapprove [of the Plan] are irrelevant.
6. The requirement of creditors being able to consult together means being able to assess their legal entitlement as creditors before or after the plan in a similar manner.

[24] In developing this summary of principles, Paperny J. considered a number of authorities from across Canada, including the following: *Sklar-Peppler Furniture Corp. v. Bank of Nova Scotia*, [1991] O.J. No. 2288, 86 D.L.R. (4th) 621 (Gen. Div.); *Norcen Energy Resources Ltd. v. Oakwood Petroleums Ltd.*, [1988] A.J. No. 1226, 72 C.B.R. (N.S.) 20 (Q.B.); *Fairview Industries Ltd. (Re)*, [1991] N.S.J. No. 456, 11 C.B.R. (3d) 71 (T.D.); *Woodward's Ltd. (Re)*, [1993] B.C.J. No. 852, 84 B.C.L.R. (2d) 206 (S.C.); *Northland Properties Ltd. (Re)*, [1988] B.C.J. No. 1530, 73 C.B.R. (N.S.) 166 (S.C.); *Northland Properties Ltd. v. Excelsior Life Insurance Co. of Canada*, [1989] B.C.J. No. 63, 73 C.B.R. (N.S.) 195 (C.A.); *NsC Diesel Power Inc. (Re)*, [1990] N.S.J. No. 484, 79 C.B.R. (N.S.) 1 (T.D.); *Savage v. Amoco Acquisition Co.*, [1988] A.J. No. 330, 68 C.B.R. (N.S.) 154 (C.A.) (sub nom. *Amoco Acquisition Co. v.*

Savage); *Wellingt on Building Corp. (Re)*, [1934] O.R. 653, 16 C.B.R. 48 (H.C.J.). Her summarized principles were cited by the Alberta Court of Appeal, apparently with approval, in a subsequent Canadian Airlines decision: *Canadian Airlines Corp. (Re)*, *supra*, at para. 27.

[25] In the passage from his reasons cited above (paras. 13 and 14) the supervising judge in this case applied those principles. In our view, he was correct in law in doing so.

[26] We do not read the foregoing principles as being inconsistent with the earlier decision of this court in *Elan Corp. v. Comiskey*. There the court applied a common interest test in determining that the two creditors in question ought not to be grouped in the same class of creditors for voting purposes. But the differing interests in question were not different legal interests as between the [page250] two creditors; they were different legal interests as between each of the creditors and the debtor company. One creditor (the Bank) held first security over the debtor company's receivables and the other creditor (RoyNat) held second security on those assets; RoyNat, however, held first security over the debtor's building and realty, whereas the Bank was second in priority in relation to those assets. The two creditors had differing commercial interests in how the assets should be dealt with (it was in the interests of the bank, with a smaller claim, to collect and retain the more realizable receivable assets, but in the interests of RoyNat to preserve the cash flow and have the business sold as a going concern). Those differing commercial interests were rooted in differing legal interests as between the individual creditors and the debtor company, arising from the different security held. Because of the size of its claim, RoyNat would dominate any group that it was in, and Finlayson J.A. was of the view that RoyNat, as the holder of second security, should not be able to override the Bank's legal interest as the first secured creditor with respect to the receivables by virtue of its voting rights. On the basis that there was "no true community of interest" between the secured creditors (p. 299 O.R.), given their different legal interests, he ordered that the Bank be placed in a separate class for voting purposes.

[27] *Elan Corp. v. Comiskey* did not deal with the issue of whether creditors with divergent interests as amongst themselves -- as opposed to divergent legal interests vis--vis the debtor company -- could be forced to vote as members of a common class. Nor did it apply an "identity of interest" test -- a test that has been rejected as too narrow and too likely to lead to excessive fragmentation: see *Sklar-Peppler Furniture Corp. v. Bank of Nova Scotia*, supra; *Norcen Energy Resources Ltd. v. Oakwood Petroleums Ltd.*, supra; *Fairview Industries Ltd. (Re)*, supra; *Woodward's Ltd. (Re)*, supra. In our view, there is nothing in the decision in *Elan Corp.* that is inconsistent with the evolutionary set of principles developed in the Alberta jurisprudence and applied by the supervising judge here.

[28] In addition to commonality of interest concerns, a court dealing with a classification of creditors issue needs to be alert to concerns about the confiscation of legal rights and about avoiding what the parties have referred to as "a tyranny of the minority". Examples of the former include *Elan Corp. v. Comiskey* [See Note 4 at the end of the document] and [page251] *Wellington Building Corp. Ltd. (Re)*, supra [See Note 5 at the end of the document]. Examples of the latter include *Sklar-Peppler*, supra [See Note 6 at the end of the document] and *Campeau Corp. (Re)*, [1991] O.J. No. 2338, 10 C.B.R. (3d) 100 (Gen. Div.) [See Note 7 at the end of the document].

[29] Here, as noted earlier in these reasons, the respondents argue that the appellants are seeking a separate classification in order to extract a benefit to which they are not entitled, namely a concession that the Turnover Payment requirements of their subordinated position be extinguished by the Proposed Plan, thus avoiding their obligation to transfer payments to the Senior Debt Holders until they have been paid in full, and freeing up all of the distribution the appellants will receive from Stelco for payment on account of their own claims. On the other hand, the appellants point to this conflict between the Subordinated Debenture Holders and the Senior Debt Holders as evidence that they do not have a commonality of interest or the ability to consult together with a view to whatever commonality

of interest they may have vis--vis Stelco.

[30] We agree with the line of authorities summarized in Canadian Airlines (Re) and applied by the supervising judge in this case which stipulate that the classification of creditors is determined by their legal rights in relation to the debtor company, as opposed to their rights as creditors in relation to each other. To the extent that other authorities at the trial level in other jurisdictions may suggest to the contrary -- see, for example NsC Diesel Power Inc. (Re), supra -- we prefer the Alberta approach.

[31] There are good reasons for such an approach.

[32] First, as the supervising judge noted [at para. 7], the CCAA itself is more compendiously styled "An Act to facilitate compromises and arrangements between companies and their creditors." There is no mention of dealing with issues that would change the nature of the relationships as between the creditors themselves. As Tysoe J. noted in Pacific Coastal Airlines Ltd. v. Air Canada, [2001] B.C.J. No. 2580, 19 B.L.R. (3d) 286 (S.C.), at para. 24 [page252] (after referring to the full style of the legislation):

[The purpose of the CCAA proceeding] is not to deal with disputes between a creditor of a company and a third party, even if the company was also involved in the subject matter of the dispute. While issues between the debtor company and non-creditors are sometimes dealt with in CCAA proceedings, it is not a proper use of a CCAA proceeding to determine disputes between parties other than the debtor company.

[33] In this particular case, the supervising judge was very careful to say that nothing in his reasons should be taken to determine or affect the relationship between the Subordinate Debenture Holders and the Senior Debt Holders.

[34] Secondly, it has long been recognized that creditors should be classified in accordance with their contract rights, that is, according to their respective interests in the debtor company: see Stanley E. Edwards, "Reorganizations Under the

Companies' Creditors Arrangement Act" (1947) 25 Can. Bar Rev. 587, at p. 602.

[35] Finally, to hold the classification and voting process hostage to the vagaries of a potentially infinite variety of disputes as between already disgruntled creditors who have been caught in the maelstrom of a CCAA restructuring runs the risk of hobbling that process unduly. It could lead to the very type of fragmentation and multiplicity of discrete classes or subclasses of classes that judges and legal writers have warned might well defeat the purpose of the Act: see Stanley Edwards, "Reorganizations under the Companies' Creditors Arrangement Act", supra; Ronald N. Robertson Q.C., "Legal Problems on Reorganization of Major Financial and Commercial Debtors", Canadian Bar Association -- Ontario Continuing Legal Education, April 5, 1983 at 19-21; Norcen Energy Resources Ltd. v. Oakwood Petroleum Ltd., supra, at para. 27; Northland Properties Ltd. v. Excelsior Life Insurance Co. of Canada, supra; Sklar-Peppler, supra; Woodward Ltd. (Re), supra.

[36] In the end, it is important to remember that classification of creditors, like most other things pertaining to the CCAA, must be crafted with the underlying purpose of the CCAA in mind, namely facilitation of the reorganization of an insolvent company through the negotiation and approval of a plan of compromise or arrangement between the debtor company and its creditors, so that the debtor company can continue to carry on its business to the benefit of all concerned. As Paperny J. noted [at para. 31] in Canadian Airlines (Re), "the Court should be careful to resist classification approaches that would potentially jeopardize viable plans". [page253]

Discretion and fact finding

[37] Having concluded that the supervising judge made no error in law or principle in his approach to the classification issue, we can find no error in his factual findings or in his exercise of discretion in determining that the Subordinate Debenture Holders should remain in the same class as the Senior Debt Holders and Trade Creditors in the circumstances of this case.

[38] We agree that there is no material distinction between the legal rights of the Subordinated Debenture Holders and those of the Senior Debt Holders vis--vis Stelco. Each is entitled to be paid the moneys owing under their respective debt contracts. The only difference is that the former creditors are subordinated in interest to the latter and have agreed to pay over to the latter any portion of their recovery received until the Senior Debt has been paid in full. As between the two groups of creditors, this merely reflects the very deal the Subordinated Debenture Holders bought into when they purchased their subordinated debentures. For that reason, the supervising judge was also entitled to determine that this was not a case involving any confiscation of legal rights.

[39] Finally, the supervising judge's finding that there is no "realistic conflict of interest" between the creditors is supported on the record. Each has the same general interest in relation to Stelco, namely to be paid under their contracts, and to maximize the amount recoverable from the debtor company through the Plan negotiation process. We do not accept the argument that the Senior Debt Holder's efforts will be moderated in some respect because they will be content to make their recovery on the backs of the Subordinated Debenture Holders through the Turnover Payment process. In order to carry the class, the Senior Debt Holders will require the support of the Trade Creditors, whose interest is not affected by the subordination agreement. Thus the Senior Debt Holders will be required to support the maximization approach.

[40] We need not deal with whether a realistic and genuine conflict of interest, produced by different legal positions of creditors vis--vis each other, could ever warrant separate classes, as we are satisfied that even if it could, this is not such a case.

Disposition

[41] Accordingly, we would not interfere with the supervising judge's decision that the appellants had not made out a case for a separate class. The appeal is therefore dismissed.

Appeal dismissed. [page254]

Notes

Note 1: R.S.C. 1985, c. C-36, as amended.

Note 2: Farley J. uses the term "ConCom debt" to refer to the debt represented by the Converts' Committee (i.e., that of the Subordinated Debenture Holders), and the term "BondCom debt" to refer to that of the Senior Debt Holders.

Note 3: The Joint Stock Companies Arrangement Act 1870 (U.K.), 33 & 34 Vict., c. 104.

Note 4: A second secured creditor with superior voting power was separated from a first secured creditor for the voting purposes, in order [to] prevent the former from utilizing its superior voting strength to adversely affect the latter's prior security position.

Note 5: The court refused to allow subsequent mortgagees to vote in the same class as a first mortgagee because in the circumstances the subsequent mortgagees would be able to use their voting power to destroy the priority rights and security of the first mortgagee.

Note 6: Borins J., as he then was, warned against the dangers of "excessive fragmentation" and of creating "a special class simply for the benefit of the opposing creditor, which would give that creditor the potential to exercise an unwarranted degree of power" [at p. 627 D.L.R.].

Note 7: Montgomery J. declined to grant a separate classification to a minority group of creditors who would use that classification to extract benefits to which it was not otherwise entitled.

TAB 17

Court of Queen's Bench of Alberta

Citation: SemCanada Crude Company (Re), 2009 ABQB 490

Date: 20090824
Docket: 0801 08510
Registry: Calgary

2009 ABQB 490 (CanLII)

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

**And in the Matter of a Plan of Compromise or Arrangement of SemCanada Crude
Company, SemCAMS ULC, SemCanada Energy Company, A.E. Sharp Ltd., CEG Energy
Options, Inc., 319278 Nova Scotia Company and 1380331 Alberta ULC**

**Reasons for Decision
of the
Honourable Madam Justice B.E. Romaine**

Introduction

[1] The SemCanada Group applied for various relief related to the holding of meetings of creditors to consider three plans to restructure and distribute assets of the CCAA applicants, including applications for orders authorizing the establishment of a single class of creditors for each plan for the purpose of considering and voting on the plans. I granted the applications, and these are my reasons.

Relevant Facts

[2] On July 22, 2008, SemCanada Crude Company ("SemCanada Crude") and SemCAMS ULC ("SemCAMS") were granted initial Orders pursuant to s. 11(1) of the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c.C-36, as amended (the "CCAA").

[3] On July 30, 2008, the CCAA proceedings of SemCAMS and SemCanada Crude and the bankruptcy proceedings of SemCanada Energy Company (“SemCanada Energy”) A.E. Sharp Ltd. (“AES”) and CEG Energy Options, Inc. (“CEG”) which had been commenced on July 24, 2008 were procedurally consolidated for the purpose of administrative convenience.

[4] In addition, CCAA protection was granted to two affiliated companies, 3191278 Nova Scotia Company (“319”) and 1380331 Alberta ULC (“138”). SemCanada Energy, AES, CEG, 319 and 138 are collectively referred to as the “SemCanada Energy Companies”. The CCAA applicants are collectively referred to as the “SemCanada Group”.

[5] On July 22, 2008, SemGroup L.P. and its direct and indirect subsidiaries in the United States (the “U.S. Debtors”) filed voluntary petitions to restructure under Chapter 11 of the U.S. Bankruptcy Code in the United States Bankruptcy Court for the District of Delaware.

[6] According to the second report of the Monitor, the financial problems of the SemGroup arose from a failed trading strategy and the volatility of petroleum products prices, leading to material margin calls related to large futures and options positions on the NYMEX and OTC markets, resulting in a severe liquidity crisis. SemGroup’s credit facilities were insufficient to accommodate its capital needs, and the corporate group sought protection under Chapter 11 and the CCAA.

[7] The SemCanada Group are indirect, wholly-owned subsidiaries of SemGroup LP. The SemCanada Group is comprised of three separate businesses:

- (a) SemCanada Crude, a crude oil marketing and blending operation;
- (b) the SemCanada Energy Companies, whose business was gas marketing, including the purchase and sale of gas to certain of its four subsidiaries as well as to SemCAMS; and
- (c) SemCAMS, whose business consists of ownership interests in large gas processing facilities located in Alberta, as well as agreements to operate these facilities.

[8] SemCrude, L.P. as U.S. borrower and a predecessor company of SemCAMS as Canadian borrower, certain U.S. SemGroup corporations and Bank of America as administrative agent for a syndicate of lenders (the “Secured Lenders”) entered into a credit agreement in 2005 (the “Credit Agreement”). The Credit Agreement provides four different credit facilities. There are no advances outstanding with respect to the Canadian term loan facility, but in excess of U.S. \$2.9 billion is owing under the U.S. term loan facility, the working capital loan facility and the revolver loan.

[9] Five of the SemCanada Group, including SemCanada Crude, SemCanada Energy and SemCAMS, have provided a guarantee of all obligations under the Credit Agreement to the Secured Lenders, who rank as senior secured lenders, and under a US \$600 million bond

indenture issued by SemGroup. The guarantee is secured by a security and pledge agreement (the "Security Agreement") signed by the five members of the SemCanada Group.

[10] The SemCanada Energy Companies were liquidated or have ceased operations and no longer have significant ongoing operations. As a result of liquidation proceedings and the collection of outstanding accounts receivable, the SemCanada Energy Companies hold approximately \$113 million in cash. An application to distribute that cash to the Secured Lenders was adjourned *sine die* on January 19, 2009: Re SemCanada Crude Company (*Companies' Creditors Arrangement Act*), 2009 ABQB 90.

[11] Originally, SemCAMS and SemCanada Crude proposed to restructure their businesses as stand-alone operations without further affiliation with the U.S. Debtors and accordingly sought bids in a solicitation process undertaken in early 2009. Unfortunately, no acceptable bids were received. It also became apparent that, as SemCanada Crude's business was closely integrated with certain North Dakota transportation rights and assets owned by the U.S. Debtors, restructuring SemCanada Crude's operations on a stand alone basis would be problematic. The SemCanada Group turned to the alternative of joining in the restructuring of the entire SemGroup through concurrent and integrated plans of arrangement in both Canada and the United States.

Summary of the U.S. and Canadian Plans

[12] The U.S. and Canadian plans are complex and need not be described in their entirety in these reasons. For the purpose of these reasons, the relevant aspects of the plans are as follows:

1. The disclosure statement relating to a joint plan of affiliated U.S. Debtors was approved for distribution to creditors by the U.S. Bankruptcy Court on July 21, 2009. Under the Chapter 11 process, meetings of creditors are not necessary. Voting takes place through a notice and balloting mechanism that has been approved by the U.S. Court and September 3, 2009 has been set as the voting deadline for acceptance or rejection of the U.S. plan.
2. The total distributable value of the SemGroup for the purpose of the plans is expected to be US \$2.3 billion, consisting of US \$965 million in cash, US \$300 million in second lien term loan interests and US \$1.035 billion in new common stock and warrants of the U.S. Debtors.
3. The SemCanada Group will contribute approximately US \$161 million in available cash to the U.S. plan and US \$54 million is expected to be received from SemCanada Crude relating to crude oil settlements that will occur after the effective date of the plans, being cash received from prepayments that are outstanding on the implementation date which will be replaced with letters of credit or other post-plan financing.

4. Approximately US \$50 million will be retained by the corporate group for working capital and general corporate purposes, including for the post plan cash needs of SemCAMS and SemCanada Crude.
5. Certain U.S. causes of action will be contributed to a “litigation trust” and will be distributed through the U.S. Plan, including to the Secured Lenders on their deficiency claims. No value has been placed on the litigation trust by the U.S. Debtors. The Monitor reports that it is unable to make an informed assessment of the value of the litigation trust assets as the trust is a complicated legal mechanism that will likely require the expenditure of significant time and professional fees before there will be any recovery.
6. The U.S. plan contains a condition precedent that, on the effective date of the plan, the restructured corporate group will enter into a US \$500 million exit financing facility, which will apply to all post-restructuring affiliates, including SemCAMS and SemCanada Crude, and which will allow the corporate group to re-enter the crude marketing business in the United States and to continue operations in Canada.
7. It is expected that the Secured Lenders will receive cash, second lien term loan interests and equity in priority to unsecured creditors on their secured guarantee claims of US \$2.9 billion, which will leave them with a deficiency of approximately US \$1.07 billion on the secured loans. The Secured Lenders are entitled under the U.S. Plan to a share in the litigation trust on their deficiency claim. If certain other classes of creditors do not vote to approve the U.S. plan, the Secured Lenders may also receive equity of a value up to 4.53% of their deficiency, subject to other contingencies. The Monitor reports that the Secured Lenders are thus estimated to recover approximately 57.1% of their estimated claims of US \$2.1 billion on secured working capital claims and 73.3% of their estimated claims of US \$811 million on secured revolver/term claims. The Monitor estimates that the Secured Lenders will recover no value on their deficiency claims, assuming no reallocation of equity from other categories of debtors and no value for the litigation trust.
8. The holders of the US \$600 million bonds (the “Noteholders”) are entitled to receive common shares and warrants in the restructured corporate group, plus an interest in the litigation trust and certain trustee fees, for an estimated recovery of 8.34% on their claims of US \$610 million under the U.S. plan, assuming all classes of Noteholders approve the plan and no value is given to the litigation trust. Depending on certain contingencies, the range of recovery is 0.44% to 11.02% of their claim. Noteholders are treated more advantageously under the plans than general unsecured creditors in recognition that the Senior Notes are jointly and severally

guaranteed by 23 U.S. debtors and the Canadian debtors, while in most instances only one SemGroup debtor is liable with respect to each ordinary unsecured creditor. In addition, the Noteholders have waived their right to receive distributions under the Canadian plans.

9. Under the U.S. Plan, general unsecured creditors will receive common shares, warrants and an interest in the litigation trust. Depending on the level of approval, recovery levels will range from 0.08% to 8.03% on claims of US \$811 million. The Monitor reports that it expects recovery to general unsecured creditors under the U.S. Plan to be 2.09% of their claim.
10. Pursuant to section 503(b)(9) of the U.S. Bankruptcy Code, entities that provided goods to the U.S. Debtors in the ordinary course of business that were received within 20 days of the filing of Chapter 11 proceedings are entitled to a priority claim that ranks above the claims of the Secured Lenders.
11. There are 3 Canadian plans. As the Secured Lenders will be entitled to some recovery in respect of their deficiency claim and the Noteholders will be entitled to some recovery on their unsecured claim under the U.S. Plan, the Secured Lenders and the Noteholders are deemed to have waived their rights to any additional recovery under the Canadian plans for the most part. However, the votes of the Secured Lenders and the Noteholders entitled to vote on the U.S. Plan are deemed to be votes for the purpose of the Canadian plans, both with respect to numbers of parties and value of claims, and are to be included in the single class of “Affected Creditors” entitled to vote on the Canadian plans. Originally, the Canadian plans provided that the value attributable to the Secured Lenders’ votes would be based on the full amount of their guarantee claim, approximately US \$2.9 billion, and not only on their deficiency claim of approximately US \$1.07 billion. Thus, the aggregate value of the Secured Lenders’ voting claims would be:
 - a) US \$2.939 billion for the SemCAMS plan;
 - b) US \$2.939 billion less C \$145 million for the SemCanada Crude plan, recognizing that the Secured Lenders would be entitled to receive C \$145 million in respect of a negotiated Lenders’ Secured Claim under the SemCanada Crude plan; and
 - c) US \$2.939 billion less C \$108 million for the SemCanada Energy plan, recognizing that the Secured Lenders will

receive that amount in respect of a negotiated Lenders' Secured Claim under the SemCanada Energy plan.

At the conclusion of the classification hearing, the CCAA applicants proposed a revision to the proposed orders which stipulates that, if the approval of a plan by the creditors would be determined by the portion of the votes cast by the Secured Lenders that represents an amount of indebtedness that is greater than their estimated aggregate deficiency after taking into consideration the payments they are to receive under the U.S. plan and the Canadian plans, the Court shall determine whether the voting claim of the Secured Lenders should be limited to their estimated deficiency claim.

12. Only "Ordinary Creditors" receive any distribution under the Canadian Plans. Ordinary Creditors are defined as creditors holding "Affected Claims" other than the Secured Lenders, Noteholders, CCAA applicants and U.S. Debtors. Each plan provides that the Affected Creditors of the CCAA applicant will vote at the Creditors' Meeting as a single class.
13. The SemCAMS plan will be funded by a cash advance from SemCanada Crude and establishes two pools of cash. One pool will fund the full amount of secured claims which have not been paid prior to the implementation date of the plan up to the realizable value of the property secured, and the other pool will fund distributions to ordinary unsecured creditors. Ordinary unsecured creditors will receive cash subject to a maximum total payment of 4% of their proven claims. The Monitor estimates that the distribution will equal 4% of claims unless claims in excess of the current highest estimate are established.
14. The SemCanada Crude plan also establishes two pools of cash, one for secured claims and one for ordinary unsecured creditors. Again, the distribution to ordinary unsecured creditors is estimated to be 4% of claims unless claims in excess of the current highest estimate against SemCanada Crude are established.
15. Any cash remaining in SemCanada Crude after deducting amounts necessary to fund the above-noted payments to secured and unsecured ordinary creditors of SemCAMS and SemCanada Crude, unaffected claims and administrative costs, less a reserve for disputed claims, will be paid to the Secured Lenders through the U.S. plan as part of the payment on secured debt.
16. The SemCanada Energy distribution plan is funded from the cash received from the liquidation of the assets of the companies. It also establishes two pools of cash, one of which will be used to pay secured ordinary creditors and a one of which will be used to pay cash distributions to ordinary unsecured creditors. The Monitor estimates that the distribution to ordinary unsecured creditors will be in

the range of 2.16% to 2.27% of their claims, unless claims in excess of the current maximum estimate are established. Any amounts outstanding after payment of these claims, unaffected claims and administration costs will be paid to the Secured Lenders. The proposed lower amount of recovery is stated to be in recognition of the fact that the SemCanada Energy Companies have been liquidated and have no going concern value.

17. As this summary indicates, the U.S. Plan and the Canadian plans are closely integrated and economically interdependent. Each of the plans requires that the other plans be approved by the requisite number of creditors and implemented on the same date in order to become effective. The receipt of at least \$160 million from the SemCanada Group is a condition precedent to the implementation of the U.S. Plan.
18. The Monitor reports that the SemCanada Group has indicated that there is no viable option to the proposed plans and that a formal liquidation under bankruptcy legislation would provide a lower recovery to creditors. The Monitor notes that the rationale for the treatment of the Secured Lenders and the ordinary unsecured creditors under the plans is that the Secured Lenders have valid and enforceable secured claims, and that, in the event of the liquidation of the Canadian companies, the Secured Lenders would be entitled to all proceeds, resulting in no recovery to ordinary creditors. Therefore, reports the Monitor, the CCAA plans are considered to be better than the alternative of a liquidation. The Secured Lenders derive some benefit from the plans through the preservation of the going concern value of SemCAMS and SemCanada Crude and by having a prompt distribution of funds held by the SemCanada Energy Companies.
19. The Monitor notes that the distribution to the SemGroup unsecured creditors under the U.S. plan is viewed as better than a liquidation, and that, therefore, given the effect of the U.S. Bankruptcy Code's "cram-down" provisions, it is likely that the U.S. plan will be confirmed. The Monitor comments that the proposed distribution to ordinary unsecured creditors under the CCAA plans is considered to be fair as it is comparable to and potentially slightly more favourable than the distributions being made to the U.S. ordinary unsecured creditors.

Positions of Various Parties

[13] The SemCanada Group applied for orders

- a) accepting the filing of, in the case of SemCAMS and SemCanada Crude, proposed plans of arrangement and compromise, and in the case of SemCanada Energy, a proposed plan of distribution;

- b) authorizing the calling and holding of meetings of the Canadian creditors of these three CCAA applicants;
- c) authorizing the establishment of a single class of creditors for each plan for the purpose of considering and voting on the plans;
- d) approving procedures with respect to the calling and conduct of such meetings; and
- e) other non-contentious enabling relief.

[14] Certain unsecured creditors of the applicants objected to the proposed classification of creditors, submitting that the Secured Lenders should not be allowed a vote in the same class as the unsecured creditors either with respect to the secured portion of their overall claim or any deficiency in their claims that would remain unpaid, and that the Noteholders should not be allowed a vote in the same class as the rest of the unsecured creditors.

[15] As noted previously, the CCAA applicants proposed a revision to the proposed orders at the conclusion of the classification hearing which would allow the Court to consider whether the voting claim of the Secured Lenders should be limited to their estimated deficiency claim. The objecting creditors continued to object to the proposed classification, even if eligible votes were limited to the deficiency claim of the Secured Lenders.

Analysis

[16] Section 6 of the CCAA provides that, where a majority in number representing two-thirds in value of “the creditors or class of creditors, as the case may be” vote in favour of a plan of arrangement or compromise at a meeting or meetings, the plan of arrangement may be sanctioned by the Court. There is little by way of specific statutory guidance on the issue of classification of claims, leaving the development of this issue in the CCAA process to case law. Prior decisions have recognized that the starting point in determining classification is the statute itself and the primary purpose of the statute is to facilitate the reorganization of insolvent companies: Paperny, J. in *Re Canadian Airlines Corp.*, (2000) 20 C.B.R. (4th) 46 (Alta. Q.B.), leave to appeal refused (2000), 20 C.B.R. (4th) 46, (Alta. C.A.), affirmed [2001] 4. W.W.R. (Alta. C.A.), leave to appeal to SCC refused [2001] S.C.C.A. No. 60 at para. 14. As first noted by Forsyth, J. in *Norcen Energy Resources Ltd. v. Oakwood Petroleums Ltd.* (1988), 72 C.B.R. (N.S.) 20, 64 Alta. L. R. (2d) 139, [1989] 2 W.W.R. 566 (Q.B.) at page 28, and often repeated in classification decisions since, “this factor must be given due consideration at every stage of the process, including the classification of creditors...”

[17] Classification is a key issue in CCAA proceedings, as a proposed plan must achieve the requisite level of creditor support in order to proceed to the stage of a sanction hearing. The CCAA debtor seeks to frame a class or classes in order to ensure that the plan receives the maximum level of support. Creditors have an interest in classifications that would allow them

enhanced bargaining power in the negotiation of the plan, and creditors aggrieved by the process may seek to ensure that classification will give them an effective veto (see *Rescue: The Companies' Creditors Arrangement Act*, Janis P. Sarra, 2007 ed. Thomson Carswell at page 234). Case law has developed from the comments of the British Columbia Court in *Re Woodward's* (1993), 84 B.C.L.R. (5d) 206 (B.C.S.C.) warning against the danger of fragmenting the voting process unnecessarily, through the identification of principles applicable to the concept of "commonality of interest" articulated in *Re Canadian Airlines* and elaborated further in Alberta in *Re San Francisco Gifts Ltd.* (2004), 2004 CarswellAlta 1241, [2004] A.J. No. 1062 (Alta. Q.B.), leave to appeal refused (2004), 5 C.B.R. (5th) 300 (Alta. C.A.).

[18] The parties in this case agree that "commonality of interest" is the key consideration in determining whether the proposed classification is appropriate, but disagree on whether the plans as proposed with their single class of voters meet that requirement. It is clear that classification is a fact-driven inquiry, and that the principles set out in the case law, while useful in considering whether commonality of interest has been achieved by the proposed classification, should not be applied rigidly: *Re Canadian Airlines* at para. 18; *Re San Francisco Gifts* at para. 12; *Re Stelco Inc.*, (2005), 15 C.B.R. (5th) 307 (Ont. C.A.) at para. 22.

[19] Although there are no fixed rules, the principles set out by Paperny, J. in para. 31 of *Re Canadian Airlines* provide a useful structure for discussion of whether to the proposed classification is appropriate:

1. *Commonality of interest should be viewed based on the non-fragmentation test, not on the identity of interest test.*

[20] Under the now-rejected "identity of interest" test, all members of the class had to have identical interests. Under the non-fragmentation test, interests need not be identical. The interests of the creditors in the class need only be sufficiently similar to allow them to vote with a common interest: *Re Woodward's* at para. 8.

[21] The objecting creditors submit that the creation of two classes rather than one cannot be considered to be fragmentation. The issue, however, is not the number of classes, but the effect that fragmentation of classes may have on the ability to achieve a viable reorganization. As noted by Farley, J. in para. 13 of his reasons relating to the classification of creditors in *Stelco*, as endorsed by the Ontario Court of Appeal:

...absent valid reason to have separate classes it would be reasonable, logical, rational and practical to have all this unsecured debt in the same class. Certainly that would avoid fragmentation - and in this respect multiplicity of classes does not mean that fragmentation starts only when there are many classes. Unless more than one class is necessary, fragmentation would start at two classes. Fragmentation if necessary, but not necessarily fragmentation.

2. *The interests to be considered are the legal interests that a creditor holds qua creditor in relationship to the debtor company prior to and under the plan as well as on liquidation.*

[22] The classification of creditors is viewed with respect to the legal rights they hold in relation to the debtor company in the context of the proposed plan, as opposed to their rights as creditors in relation to each other: *Re Woodward's* at para. 27, 29; *Re Stelco* at para. 30. In the proposed single classification, the rights of the creditors in the class against the debtor companies are unsecured (other than the proposed votes attributable to the secured portion of the debt of the Secured Lenders, which will be discussed separately).

[23] With respect to the Secured Lenders' deficiency claim, there is a clear precedent for permitting a secured creditor to vote a substantial deficiency claim as part of the unsecured class: *Re Campeau Corp.* (1991) 10 C.B.R. (3d) 100 (Ont. Gen. Div.; *Re Canadian Airlines*, supra).

[24] The classification issues in the *Campeau* restructuring were similar to the present issues. In *Re Campeau*, a secured creditor, Olympia & York, was included in the class of unsecured creditors for the deficiency in its secured claim, which represented approximately 88% of the value of the unsecured class. The Court rejected the submission that the legal interests of Olympia & York were different from other unsecured creditors in the class. Montgomery, J. noted at para. 16 that Olympic & York's involvement in the negotiation of the plan was necessary and appropriate given that the size of its claims would allow it a veto no matter how the classes were constituted and that its co-operation was necessary for the success of both the U.S. and Canadian plans.

[25] In the same way, the size and scope of the Secured Lenders claim makes their participation in the negotiation and endorsement of the proposed plans essential. That participation does not disqualify them from a vote in the process, nor necessitate their isolation in a special class. While under the integrated plans, the Secured Lenders will receive a different kind of distribution on their unsecured deficiency claim (a share of the litigation trust), that is an issue of fairness for the sanction hearing and does not warrant the establishment of a separate class.

[26] The interests of the Noteholders are unsecured. While it is true that under the integrated plans, the Noteholders would be entitled to a higher share of the distribution of assets than ordinary unsecured creditors, the rationale for such difference in treatment relates to the multiplicity of debtor companies that are indebted to the Noteholders, as compared to the position of the ordinary unsecured creditors. That difference, while it may be subject to submissions at the sanction hearing, is an issue of fairness, and not a difference material enough to warrant a separate class for the Noteholders in this case. A separate class for the Noteholders would only be necessary if, after considering all the relevant factors, it appeared that this difference would preclude reasonable consultation among the creditors of the class: *Re San Francisco Gifts* at para. 24.

[27] The question arises whether the fact that the Secured Lenders and the Noteholders have waived their rights to recover under the Canadian plans should result in either the requirement of separate classes or the forfeiture of their right to vote on the Canadian plans at all.

[28] This is a unique case: a cross-border restructuring with separate but integrated and interdependent plans that are designed to comply with the restructuring legislation of two jurisdictions. As the applicants point out, the co-ordinated structure of the plans is designed to ensure that the Secured Lenders and the Noteholders receive sufficient recoveries under the U.S. plan to justify the sacrifices in recovery that result from their waiver of distributions under the Canadian plans. In considering the context of the proposed classification, it would be unrealistic and artificial to consider the Canadian plans in isolation, without regard to the commercial outcome to the creditors resulting from the implementation of the plans in both jurisdictions. Thus, the fact that the distributions to Secured Lenders and Noteholders will take place through the operation of the U.S. plan, and that the effective working of the plans require them to waive their rights to receive distributions under the Canadian plans does not deprive them of the right to an effective voice in the consideration of the Canadian plans through a meaningful vote.

[29] It is not sufficient to say that the Secured Lenders and the Noteholders have a vote in the U.S. plans. The “cram down” power which exists under Chapter 11 of the U.S. Bankruptcy Code includes a “best interests test” that requires that if a class of holders of impaired claims rejects the plan, they can be “crammed down” and their claims will be satisfied if they receive property of a value that is not less than the value that the class would receive or retain if the debtor were liquidated under Chapter 7 of the U.S. Bankruptcy Code. Thus, the votes available to the Secured Lenders and the Noteholders with respect to their claims under the U.S. Plan do not give them the right available to creditors under Canadian restructuring law to vote on whether a proposed plan should proceed to the next step of a sanction hearing. There is no reason to deprive the Secured Lenders and the Noteholders of that right as creditors of the Canadian debtors, even if the distributions they would be entitled to flow through the U.S. plan. The question becomes, then, whether that right should be exercised in a class with other unsecured creditors as proposed or in a separate class.

[30] It is noteworthy that the proposed single classification does not have the effect of confiscating the legal rights of any of the unsecured creditors, or adversely affecting any existing security position. It is in fact arguable that seeking to exclude the Secured Lenders and the Noteholders from the class prejudices these similarly-placed creditors by denying them a meaningful voice in the approval or rejection of the plans in Canada.

[31] A number of cases suggest that the Court should also consider the rights of the parties in liquidation in determining whether a proposed classification is appropriate: *Re Woodward* at para. 14; *Re San Francisco Gifts* at para. 12.

[32] Under a liquidation scenario, the Secured Lenders would be entitled to nearly all of the proceeds of the liquidated corporate group, other than the relatively few secured claims that have

priority. This suggests that the Secured Lenders are entitled to a meaningful vote with respect to both the U.S. plan and the Canadian plans.

3. *The commonality of interests is to be viewed purposively, bearing in mind the object of the CCAA, namely to facilitate organizations if possible.*
4. *In placing a broad and purposive interpretation on the CCAA, the Court should be careful to resist classification approaches that would potentially jeopardize viable plans.*

[33] The Ontario Court of Appeal in *Re Stelco* cautioned that, in addition to considering commonality of interest issues, the court in a classification application should be alert to concerns about the confiscation of legal rights and should avoid “a tyranny of the minority”, citing the comments of Borins, J. in *Sklar-Peppler Furniture Corp. v. Bank of Nova Scotia* (1991), 86 (4th) 621 (Ont. Gen. Div.), where he warned against creating “a special class simply for the benefit of the opposing creditor, which would give that creditor the potential to exercise an unwarranted degree of power”: *Stelco* at para 28.

[34] Excluding of the Secured Lenders and the Noteholders from the proposed single class would allow the objecting creditors to influence the voting process to a degree not warranted by their status. It is true that if the Secured Lenders and the Noteholders are not excluded from the class, even if only the votes related to the Secured Lenders’ deficiency claim are tabulated, the positive vote will likely be enough to allow the proposed plans to proceed to a sanction hearing. It is also true that the Secured Lenders and the Noteholders may have been part of the negotiations that led to the proposed plans. Neither of those factors standing alone is sufficient to warrant a separate class unless rights are being confiscated or the classification creates an injustice.

[35] The structure of the classification as proposed creates in effect what was imposed by the Court in *Re Canadian Airlines*, a method of allowing the “voice” of ordinary unsecured creditors to be heard without the necessity of a separate classification, thus permitting rather than ruling out the possibility that the plans might proceed to a sanction hearing. Given that the votes of the Secured Lenders and the Noteholders on the U.S. plan will be deemed to be votes of those creditors on the Canadian plans, there will be perforce a separate tabulation of those votes from the votes of the remaining unsecured creditors. In accordance with the revision to the plans made at the end of the classification hearing, there will be a separate tabulation of the votes of the Secured Lenders relating to the secured portion of their claims and the votes relating to the unsecured deficiency.

[36] The situation in this classification dispute is essentially the same as that which faced Paperny, J. in *Re Canadian Airlines*. Fragmenting the classification prior to the vote raises the possibility that the plans may not reach the stage of a sanction hearing where fairness issues can be fully canvassed. This would be contrary to the purpose of the CCAA. This is particularly an issue recognizing that the U.S. plan and the Canadian plans must all be approved in order for any

one of them to be implemented. Conrad, J.A. in denying leave to appeal in *Re San Francisco Gifts* 2004 ABCA 386 at para. 9 noted that the right to vote in a separate class and thereby defeat a proposed plan of arrangement is the statutory protection provided to the different classes of creditors, and thus must be determined reasonably at the classification stage. However, she also noted that “it is important to carefully examine classes with a view of protecting against injustice”: para. 10. In this case, the goals of preventing confiscation of rights and protecting against injustice favour the proposed single classification.

[37] This is the “pragmatic” factor referred to in *Re Campea* at para. 21. The CCAA judge must keep in mind the interests of all stakeholders in reviewing the proposed classification, as in any step in the process. If a classification prevents the danger of a veto of a plan that promises some better return to creditors than the alternative of a liquidating insolvency, it should not be interfered with absent good reason. The classification hearing is not the only avenue of relief for aggrieved creditors. If a plan received the minimum required level of approval by vote of creditors, it must still be approved at a hearing where issues of fairness must be addressed.

5. *Absent bad faith, the motivations of the creditors to approve or disapprove [of the Plan] are irrelevant.*

[38] As noted in *Re Canadian Airlines* at para. 35, fragmenting a class because of an alleged conflict of interest not based on legal rights is an error. The issue of the motivation of a party to vote for or against a plan is an issue for the fairness hearing. There is no doubt that the various affected creditors in the proposed single class may have differing financial or strategic interests. To recognize such differences at the classification stage, unless the proposed classification confiscates rights, results in an injustice or creates a situation where meaningful consultation is impossible, would lead to the type of fragmentation that may jeopardize the CCAA process and be counter-productive to the legislative intent to facilitate viable reorganizations.

6. *The requirement of creditors being able to consult together means being able to assess their legal entitlement as creditors before or after the plan in a similar manner.*

[39] The issue of meaningful consultation was addressed by both the supervising justice and the Court of Appeal in *Re San Francisco Gifts*. In that case, Topolniski, J. noted that two corporate insiders that the proposed plan had included in the classification of affected creditors held claims that were uncompromised by the plan, that they gave up nothing, and that it “stretches the imagination to think other creditors in the class could have meaningful consultation [with them] about the Plan”: para. 49. Her decision to place these parties in a separate class was confirmed by the Court of Appeal, which commented that Topolniski, J. was “absolutely correct” to find no ability to consult “between shareholders whose debts would not be cancelled and other unsecured creditors whose debts would be”: para. 14.

[40] That is not the situation here. The deficiency claims of the Secured Lenders and the unsecured claims of the Noteholders are being compromised in the U.S. plan, and there is nothing to block consultations among affected creditors on the basis of dissimilarity of legal

interests. While there are differences in the proposed distributions on the unsecured claims, they are not so major that they would preclude consultation.

[41] The objecting creditors point to statements made by counsel for the Secured Lenders during the classification application about the alternatives to approval of the plans, which they submit indicates the impossibility of consultation. These comments were made in the context of advocacy on behalf of the proposed classification, and I do not take them as a clear statement by the Secured Lenders that they would refuse to consult with the other creditors.

Secured Portion of Secured Lenders' Claim

[42] The CCAA applicants and the Secured Lenders submit that it would be unfair and inappropriate to limit the votes of the Secured Lenders in the Canadian plans to the amount of the deficiency in their secured claim, rather than the entire amount owing under the guarantee. They argue that, by endorsing the plans, the Secured Lenders have in effect elected to treat their entire claim under the guarantee as unsecured with respect to the Canadian plans, except for relatively small negotiated secured claims under the SemCanada Crude plan and the SemCanada Energy plan. They also submit that the fact that under bankruptcy law, a creditor of a bankrupt debtor is entitled to prove for the full amount of its debt in the estates of both the debtor and a bankrupt guarantor of the debt justifies granting the Secured Lenders the right to vote the full amount of the guarantee claim, even if part of the claim is to be recovered through the U.S. plan, as long as they do not actually recover more than 100 cents on the dollar.

[43] It became apparent during the course of the classification hearing that it may not matter whether the plans are approved by the requisite number of creditors and value of their claims if the Secured Lenders are only entitled to vote the deficiency portion of their claims or the full amount of their claims. It was this that led to the revision in the language of the voting provisions of the plans. I defer a decision on the question of whether or not the Secured Lenders are entitled to vote the entire amount of their guarantee claims until after the vote has been conducted and the votes separately tabulated as directed. As noted by the Court of Appeal in *Re Canadian Airlines*, (2000), 19 C.B.R. (4th) 33 at para. 39, such a deferral of a voting issue is not an error of law and is in fact consistent with the purpose of the CCAA.

Recent Amendments

[44] The following amendment to the CCAA that has been proclaimed in effect from September 18, 2009 sets out certain factors that may be considered in approving a classification for voting purposes:

22.2 (2)Factors - For the purpose of subsection (1), creditors may be included in the same class if their interests or rights are sufficiently similar to give them a commonality of interest, taking into account:

- (a) the nature of the debts, liabilities or obligations giving rise to their claims;
- (b) the nature and rank of any security in respect of their claims;
- (c) the remedies available to the creditors in the absence of the compromise or arrangement being sanctioned, and the extent to which the creditors would recover their claims by exercising those remedies; and
- (d) any further criteria, consistent with those set out in paragraphs (a) to (c), that are prescribed. (R.S.C. 2005, c. 47, s. 131, amended R.S.C. 2007, Bill C -12, c.36, s.71)

[45] These factors do not change in any material way the factors that have been identified in the case law and discussed in these reasons nor would they have a material effect on the consideration of the proposed classification in this case.

Creditors with Claims in Process

[46] Two creditors advised that, because their claims of secured status had not yet been resolved with the applicants and the Monitor, they were not in a position to evaluate whether or not to object to the proposed classification. The plans were revised to ensure that the votes of creditors whose status as secured creditors remains unresolved until after the meetings of creditors be recorded with votes of creditors with disputed claims and reported to the Court by the Monitor if these votes affect the approval or non-approval of the plan in question.

Conclusion

[47] In summary, I have concluded that there is no good reason to exclude the Secured Lenders and the Noteholders from the single classification of voters in the proposed plans, nor to create a separate class for their votes. There are no material distinctions between the claims of these two creditors and the claims of the remaining unsecured creditors that are not more properly the subject of the sanction hearing, apart from the deferred issue of whether the Secured Lenders are entitled to vote their entire guarantee claim. No rights of the remaining unsecured creditors are being confiscated by the proposed classification, and no injustice arises, particularly given the separate tabulation of votes which enables the voice of the remaining unsecured creditors to be heard and measured at the sanction hearing. There are no conflicts of interest so over-riding as to make consultation impossible. While there are differences of interests and treatment among the affected creditors in the class, these are issues that will be addressed at the sanction hearing. Approval of the proposed classification in the context of the integrated plans is in accordance with the spirit and purpose of the CCAA.

Heard on the 5th day of August, 2009.

Dated at the City of Calgary, Alberta this 24th day of August, 2009.

B.E. Romaine
J.C.Q.B.A.

Appearances:

A. Robert Anderson, Q.C., Rupert Chartrand, Michael De Lellis, Cynthia L. Spry and Douglas Schweitzer
Osler, Hoskin & Harcourt LLP
for the Applicants

David R. Byers
Stikeman Elliott LLP
for The Bank of America

Patrick T. McCarthy and Josef A. Krüger
Borden Ladner Gervais LLP
for the Monitor

Douglas S. Nishimura
Burnet Duckworth & Palmer LLP
for ARC Resources Ltd., City of Medicine Hat, Black Rider Resources Inc. Wolf Coulee Resources Inc., Orleans Energy Ltd., Crew Energy Inc., Trilogy Energy LP

Brendan O'Neill and Jason Wadden
Goodmans LLP
for Fortis Capital Corp.

Sean Fitzgerald
Miles Davison LLP
for Tri-Ocean Engineering Ltd.

Dean Hutchison
McCarthy Tetrault LLP
for Crescent Point Energy Trust, Enbridge Pipelines Inc.

Caireen Hanert

Hennan Blaikie LLP
for Bellamount Exploration Ltd., Enersul Limited Partnership

Bryce McLean
Field Law LLP
for DPH Focus Corporation

Aubrey Kauffman
Fasken Martineau Dumoulin LLP
for BNP Paribas

TAB 18

CITATION: Cline Mining Corporation (Re), 2014 ONSC 6998
COURT FILE NO.: CV-14-10781-00CL
DATE: 2014-12-03

SUPERIOR COURT OF JUSTICE - ONTARIO

RE: IN THE MATTER OF THE *COMPANIES' CREDITORS ARRANGEMENT ACT*,
R.S.C. 1985, c. C-36, AS AMENDED

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE AND
ARRANGEMENT OF CLINE MINING CORPORATION, NEW ELK COAL
COMPANY LLC AND NORTH CENTRAL ENERGY COMPANY

BEFORE: Regional Senior Justice G.B. Morawetz

COUNSEL: *Robert J. Chadwick* and *Logan Willis*, for the Applicants

J. Swartz, for the Secured Noteholders

Marc Wasserman and *Michael De Lellis*, for FTI Consulting Canada Inc.,
Proposed Monitor

HEARD: December 3, 2014

ENDORSEMENT

[1] Cline Mining Corporation (“Cline”), New Elk Coal Company LLC (“New Elk”), North Central Energy Company (“North Central”) and, together with Cline and New Elk (the “Applicants”) are in the business of locating, exploring and developing mineral resource properties, with a focus on gold and metallurgical coal (the “Cline Business”). The Applicants, along with their wholly-owned subsidiary, Raton Basin Analytical LLC (“Raton Basin”) and, together with the Applicants (the “Cline Group”) have interests in resource properties in Canada, the United States and Madagascar.

[2] The Applicants apply for an initial order pursuant to the provisions of the *Companies' Creditors Arrangement Act* (“CCAA”) and, if granted, the Applicants also seek an order (the “Claims Procedure Order”) approving a claims process (the “Claims Procedure”) for the identification and determination of claims against the Applicants and their present and former directors and officers. The Applicants also seek an order (the “Meetings Order”) *inter alia*: (i) accepting the filing of a plan of compromise and arrangement in respect of the Applicants (the “Plan”); (ii) authorizing the Applicants to call, hold and conduct meetings (the “Meetings”) of creditors whose claims are to be affected by the Plan for the purpose of enabling such creditors to consider and vote on a resolution to approve the Plan; and (iii) approving the procedures to be followed with respect to the calling and conduct of the Meetings.

[3] The Cline Group has experienced financial challenges that necessitate a recapitalization of the Applicants under the CCAA. As set out in the affidavit of Mr. Matthew Goldfarb, Chief Restructuring Officer and Acting Chief Executive Officer of Cline, the performance of the Cline Business has been adversely affected by the broader industry wide challenges, particularly the protracted downturn in prevailing prices for metallurgical coal. Operations at the New Elk metallurgical coal mine in Colorado (the “New Elk Mine”) were suspended in July 2012 because the mine could not operate profitably as a result of a decline in the market price of metallurgical coal. The suspension of mining activities was intended to be temporary. However, Mr. Goldfarb contends that market conditions in the coal industry have not sufficiently recovered and the suspension of full scale mining activities is still in effect.

[4] Mr. Goldfarb contends that the Cline Group’s other resource investments remain at the feasibility, exploration and/or development stages and the Cline Group’s current inability to derive profit from the New Elk Mine has rendered the Applicants unable to meet their financial obligations as they become due.

[5] Cline is in default of its 2011 series 10% Senior Secured Notes (the “2011 Notes”) as well as its 2013 series 10% Senior Secured Notes (the “2013 Notes”, and collectively with the 2011 Notes, the “Secured Notes”). As at December 1, 2014, total obligations in excess of \$110 million are owed in respect of the Secured Notes, which matured on June 15, 2014. The Secured Notes were subject to Forbearance Agreements that expired on November 28, 2014 and Mr. Goldfarb contends that the Applicants do not have the ability to repay the Secured Notes.

[6] The Secured Notes are issued by Cline and guaranteed by New Elk and North Central. The indenture trustee in respect of the Secured Notes (the “Trustee”) holds a first ranking security interest over substantially all the assets of Cline, New Elk and North Central. Mr. Goldfarb states that the amounts owing under the Secured Notes exceed the value of the Cline Business and that there would be no recovery for unsecured creditors if the Trustee were to enforce its security against the Applicants in respect of the Secured Notes.

[7] The Secured Notes are held by beneficial owners whose investments are managed by Marret Asset Management Inc. (“Marret”). Marret exercises all discretion and authority in respect of the holders of the Secured Notes (the “Secured Noteholders”). Cline has engaged in discussions with representatives of Marret regarding a consensual recapitalization of the Applicants and these discussions have resulted in a proposed recapitalization transaction that is supported by Marret, on behalf of the Secured Noteholders (the “Recapitalization”).

[8] Mr. Goldfarb states that if implemented, the Recapitalization would:

- a. maintain the Cline Group as a unified corporate enterprise;
- b. reduce the Applicants’ secured indebtedness by more than \$55 million;
- c. reduce the Applicants’ annual interest expense in the near term;
- d. preserve certain tax attributes within the restructured company; and

- e. effectuate a reduced debt structure to enable the Cline Group to better withstand prolonged weakness in the price of metallurgical coal.

[9] Mr. Goldfarb also states that the Recapitalization would also provide a limited recovery for the Applicants' unsecured creditors, who would otherwise receive no recovery in a security enforcement or asset sale scenario. It is contemplated that the Recapitalization would be implemented pursuant to a plan of compromise and arrangement under the CCAA (the "CCAA Plan") that is recognized in the United States under Chapter 15, Title 11 of the United States Bankruptcy Code ("Chapter 15").

[10] Cline and Marret have entered into a Support Agreement dated December 2, 2014 that sets forth the principal terms of the proposed Recapitalization. Based on Marret's agreement to the Recapitalization (on behalf of the Secured Noteholders), the Applicants have achieved support from their senior ranking creditors, which represent in excess of 95% of the Applicants' total indebtedness.

[11] The Applicants seek the Initial Order to stabilize their financial situation and to proceed with the Recapitalization as efficiently as possible, and to this end, the Applicants request that the Court also grant the Claims Procedure Order and the Meetings Order.

[12] Cline is a public company incorporated under the laws of British Columbia, with its registered head office located in Vancouver. Cline commenced business under the laws of Ontario in 2003 and Mr. Goldfarb states that its principal office, which serves as the head office and nerve centre of the Cline Group is located in Toronto.

[13] Cline is the direct or indirect parent company of New Elk, North Central and Raton Basin. Cline also holds minority interests in Iron Ore Corporation in Madagascar SARL, Strike Minerals Inc. and UMC Energy plc, all of which are exploration companies.

[14] Cline is the sole shareholder of New Elk, a limited liability company incorporated pursuant to the laws of Colorado. New Elk holds mining rights in the New Elk Mine and maintains a Canadian bank account with the Bank of Montreal in Toronto.

[15] New Elk is the sole shareholder of North Central and Raton Basin, both of which are incorporated pursuant to the laws of Colorado. North Central holds a fee-simple interest in certain coal parcels on which the New Elk Mine is situated and maintains a Canadian bank account with the Bank of Montreal in Toronto. Raton Basis is inactive and is not an applicant in the proceedings.

[16] Cline Group prepares its financial statements on a consolidated basis. The required financial statements are in the record. As at August 31, 2014, the Cline Group's liabilities were approximately \$99 million. The primary secured liabilities were the 2011 Notes in the principal amount in excess of \$71 million, plus accrued and unpaid interest, and the 2013 Notes in the principal amount of approximately \$12 million, plus accrued and unpaid interest. Both the 2011 Notes and the 2013 Notes matured on June 15, 2014.

[17] Pursuant to an Inter-Creditor Agreement, the 2011 Notes and the 2013 Notes have a first ranking security interest on the property and undertakings of the Applicants and rank *pari passu* as between each other.

[18] Cline and New Elk are defendants in an uncertified class action lawsuit alleging that they violated the *WARN Act* by failing to provide personnel who provided services to New Elk with at least 60 days advance written notice of the suspension of both scale production at the New Elk Mine. These allegations are disputed.

[19] The Applicants are aware of approximately \$3.5 million in other unsecured claims.

[20] On December 16, 2013, Cline was unable to make semi-annual interest payments in respect of both the 2011 and 2013 Notes. A Forbearance Agreement was entered into. During the forbearance period, the Applicants engaged Moelis & Company to conduct a comprehensive sale process in an effort to maximize value for the Applicant and its stakeholders (the "Sales Process"). No offers or expressions of interest were received in the Sale Process.

[21] The forbearance period expired on November 28, 2014 and Mr. Goldfarb has stated that Marret has confirmed that the Secured Noteholders have given instructions to the Trustee to accelerate the Secured Notes.

[22] Accordingly, Cline is immediately required to pay in excess of \$110 million in respect of the Secured Notes. Mr. Goldfarb states that the Cline Group does not have the ability to pay these amounts and consequently the Trustee is in a position to enforce its security over the assets and property of the Applicants.

[23] In light of these financial conditions, Mr. Goldfarb states that the Applicants are insolvent.

[24] Mr. Goldfarb also contends that without the benefit of CCAA protection, there could be an erosion of the value of the Cline Group and that the stay of proceedings under the CCAA is required to preserve the value of the Cline Group.

[25] The Applicants are seeking the appointment of FTI Consulting Canada Inc. ("FTI") as the proposed monitor in these proceedings (the "Monitor").

[26] The proposed Initial Order also provides for a court ordered charge (the "Administration Charge") to be granted in favour of the Monitor, its counsel, counsel to the Applicants, the Chief Restructuring Officer (the "CRO") and counsel to Marret in respect of their fees and disbursements incurred at the standard rates and charges. The proposed Administration Charge is an aggregate amount of \$350,000.

[27] The directors and officers have expressed their desire for certainty with respect to potential personal liability if they continue in their current capacities. Mr. Goldfarb states that in order to continue to carry on business during the CCAA proceedings and in order to conduct the Recapitalization most effectively, the Applicants require the active and committed involvement

of the board and, accordingly, the proposed Initial Order provides for a court ordered charge (the “Directors’ Charge”) in the amount of \$500,000 to secure the Applicants’ indemnification of its directors and officers in respect of liabilities they may incur during the CCAA proceedings. The amount of the Directors’ Charge has been calculated based on the estimated exposure of the directors and officers and has been reviewed with the prospective Monitor. The proposed Directors Charge would only apply to the extent that the directors and officers do not have coverage under the D&O insurance policy with AIG Insurance Company of Canada.

[28] The Applicants seek to complete the Recapitalization as quickly as reasonably possible and they anticipate that their existing cash resources will provide the Cline Group with sufficient liquidity during the CCAA proceedings.

[29] It is also contemplated that foreign recognition proceedings will be sought in Colorado pursuant to Chapter 15. The Applicants seek the authorization for the Monitor to act as the foreign representative of the Applicants in the CCAA proceedings and to seek recognition of these proceedings in the United States pursuant to Chapter 15.

[30] Having reviewed the record, including the affidavit of Mr. Goldfarb and the pre-filing report submitted by FTI, I am satisfied that each of the Applicants is “a debtor company” within the meaning of the defined term in s. 2 of the CCAA.

[31] Cline is a “company” within the meaning of the CCAA. It is incorporated under the laws of British Columbia with gold development assets in Ontario and does business from its head office in Toronto.

[32] New Elk and North Central are incorporated in Colorado, have assets in Canada, namely bank accounts in Toronto and are directed from Cline’s head office in Toronto. In my view, each of New Elk and North Central is a “company” within the meaning of the CCAA because it is an incorporated company having assets in Canada.

[33] I am also satisfied that the Applicants meet both the traditional test for insolvency under the *Bankruptcy and Insolvency Act* and the expanded test for insolvency based on a looming liquidity condition given that Cline has been unable to make interest payments under the Secured Notes, the Secured Notes have matured, the Forbearance Agreement has expired and the Trustee is in a position to enforce its security over the property of the Applicants. Further, I am satisfied that the Applicants are unable to obtain traditional or alternative financing to support the day-to-day operations and there is no reasonable expectation that the Applicants will be able to generate sufficient cash flow from operations to support their existing debt obligations (see: *(Re) Stelco Inc.* (2004), 48 CBR (4th) 299 (Ont. Sup. Ct. (Commercial List)); leave to appeal to CA refused (2004) O.J. No. 1903; leave to appeal to SCC refused (2004) SCC No. 336).

[34] It is also clear that the Applicants’ liabilities far exceed the \$5 million threshold amount under the CCAA.

[35] In my view, the CCAA applies to the Applicants’ as “debtor companies” in accordance with s. 3(1) of the CCAA.

[36] The Applicants have filed the required financial information, including audited financial statements and the cash-flow forecast.

[37] The Applicants in the Initial Order seek authorization (but not a requirement) to make certain pre-filing payments, including, *inter alia*:

- a. payments to employees of effective wages, benefits and related amounts;
- b. the amounts owing to respective individuals working as independent contractors;
- c. the fees and disbursements of any consultants, agents, experts, accountants, counsel or other persons currently retained by the Applicants in respect of the CCAA; and
- d. certain expenses incurred by the Applicants in carrying on the business in the ordinary course, that pertains to the period prior to the date of the Initial Order, if, in the opinion of the Applicants and with the consent of the Monitor, the applicable supplier or service provider is critical to the Cline Business and the ongoing operations of the Cline Group.

[38] The court has jurisdiction to permit payment of pre-filing obligations to persons whose services are critical to the ongoing operations of the debtor's companies (see: *(Re) Canwest Global Communications Corp.* (2009), 59 CBR (5th) 72; *(Re) Cinram International Inc.*, 2012 ONSC 3767 and *(Re) Skylink Aviation Inc.*, 2013 ONSC 1500). In granting such authorization, the courts consider a number of factors, including:

- a. whether the goods and services were integral to the business of the applicants;
- b. the applicants' need for the uninterrupted supply of the goods or services;
- c. the fact that no payments would be made without the consent of the monitor;
- d. the monitor's support and willingness to work with the applicants to ensure that payments to suppliers in respect of pre-filing liabilities were appropriate;
- e. whether the applicants had sufficient inventory of goods on hand to meet their needs; and
- f. the effect on the debtor's ongoing operations and ability to restructure if they were unable to make pre-filing payments to their critical suppliers.

[39] In this case, the Applicants are of the view that their employees and certain of their independent contractors, certain suppliers of goods and services and certain providers of permits and licences are critical to the operation of the Cline Business. Mr. Goldfarb believes that such

persons should be paid in the ordinary course, including in respect of pre-filing amounts, in order to avoid disruption to the Applicants' operations during the CCAA proceedings.

[40] I am satisfied that it is appropriate in the present circumstances to grant the Applicants the authority to pay certain pre and post-filing obligations, subject to the terms and conditions in the proposed Initial Order.

[41] Turning now to the request for the Administration Charge, s. 11.52 of the CCAA expressly provides the court with the jurisdiction to grant the Administration Charge. In *(Re) Canwest Publishing Inc.*, 2010 ONSC 222, the court noted that s. 11.52 does not contain any specific criteria for a court to consider in granting an administration charge and provide a list of non-exhaustive factors to consider in making such an assessment. The list of factors to consider include:

- a. the size and complexity of the business being restructured;
- b. the proposed role of the beneficiaries of the charge;
- c. whether there is unwarranted duplication of roles;
- d. whether the quantum of the proposed charge appears to be fair and reasonable;
- e. the position of the secured creditors likely to be affected by the charge; and
- f. the position of the monitor.

[42] The Applicants submit that the Administration Charge is warranted and necessary for the reasons set forth in Mr. Goldfarb's affidavit at paragraphs 133 – 140.

[43] I am satisfied that in these circumstances, the granting of the Administration Charge is warranted and necessary and that it is appropriate for the court to exercise its jurisdiction to grant the Administration Charge in the amount of \$350,000.

[44] The Applicants also seek a Directors' Charge in the amount of \$500,000.

[45] Section 11.51 of the CCAA affords the court the jurisdiction to grant a charge relating to directors' and officers' indemnification on a priority basis. The court has granted director and officer charges in a number of cases including *Canwest Global, supra*, *Canwest Publishing, supra*, *Cinram, supra* and *Skylink, supra*.

[46] The Applicants submit that the Directors' Charge is warranted and necessary and that it is appropriate in the present circumstances for the court to exercise its jurisdiction and grant the charge in the amount of \$500,000.

[47] For the reasons set out in Mr. Goldfarb's affidavit at paragraphs 134 - 138, I accept these submissions.

[48] The Applicants have also indicated that, with the assistance of the Monitor as foreign representative, they intend to commence Chapter 15 proceedings in the United States Bankruptcy Court for the District of Colorado. Pursuant to s. 56 of the CCAA, the court has the authority to appoint a foreign representative of the Applicants for the purpose of having these proceedings recognized in a jurisdiction outside of Canada.

[49] The Applicants seek authorization for each of the Applicants and the Monitor to apply to any court for recognition of the Initial Order and authorization for the Monitor to act as representative in respect of these CCAA proceedings for the purpose of having the CCAA proceedings recognized outside of Canada.

[50] I am satisfied that it is appropriate to appoint the Monitor as foreign representative of the Applicants with respect to these proceedings.

[51] The Applicants, in their factum, also address the issue of the Applicants' "center of main interest" as being in Ontario. These submissions are set out at paragraphs 77 – 84 of the Applicants' Factum.

[52] Although the submissions are of interest, the determination of the Applicants' "center of main interest" ("COMI") is an issue to be considered by the United States Bankruptcy Court for the District of Colorado, rather than this court.

[53] The Applicants also seek a postponement of the Annual Shareholders Meeting. The previous Annual Meeting of Cline was held on August 15, 2013 and therefore Cline was required by statute to hold an annual general meeting by November 15, 2014.

[54] Mr. Goldfarb states that it would serve no purpose for Cline to call and hold its annual meeting of Shareholders given that the Shareholders of Cline no longer have an economic interest in Cline as a result of the insolvency. The Applicants submit that it is appropriate for the court to exercise its jurisdiction to relieve Cline from its obligation to call and hold its annual meeting of Shareholders until after the termination of the CCAA proceedings or further order of the court. In support of this request, the Applicants reference *Canwest Global, supra* and *Skylink, supra*.

[55] In my view, the request to postpone the annual Shareholders meeting is appropriate in the circumstances and is granted.

[56] In the result, I am satisfied that the Applicants meet all of the qualifications required to obtain the requested relief under the CCAA and the Initial Order is granted in the form presented.

[57] The Applicants also request two additional orders that they believe are necessary to advance the Recapitalization:

- a. an order establishing a process for the identification and determination of claims against the Applicants and their present and former directors and officers (the Claims Procedure Order); and
- b. an order authorizing the Applicants to file the Plan and to convene meetings of their affected creditors to consider and vote on the Plan (the Meetings Order).

[58] The Applicants seek the Claims Procedure Order and the Meetings Order at this stage because they wish to effectuate the recapitalization as efficiently as possible. Further, the Applicants submit that the “comeback clauses” included in the draft Claims Procedure Order and Meetings Order ensure that no party is prejudiced by the granting of such order at this time.

[59] The Applicants have submitted a factum in support of the Claims Procedure Order and Meetings Order. In the factual background to the Recapitalization and proposed Plan, the Claims Procedure and the meeting of creditors is set out at paragraphs 8 – 29 of the factum. For informational purposes, these paragraphs are set out in Appendix “A” to this Endorsement.

[60] The issues to be considered on this motion are whether:

- (a) it is appropriate to proceed with the Claims Procedure;
- (b) it is appropriate to permit the Applicants to file the Plan and call the meetings;
- (c) the proposed classification of creditors is appropriate; and
- (d) a consolidated plan is appropriate in the circumstances.

[61] In *(Re) Skylink, supra* at paragraph 35, I noted that while it is not the usual practice for applicants to request claims procedure and meetings order concurrently with an initial CCAA application, the court has granted such relief in appropriate circumstances. The support for a restructuring proposal from the only creditors with an economic interest, and the existence of a comeback hearing at which any issues in respect of the orders can be addressed, are two factors that militate in favour of granting the Claims Procedure and Meetings Order concurrently with the initial application.

[62] In my view, the foregoing comment is applicable in these proceedings.

[63] I also note that both the Claims Procedure Order and the Meetings Order provide that any interested party that wishes to amend the Claims Procedure Order or the Meetings Order, as applicable, can bring a motion on a comeback date to be set by the court.

[64] I also accept that most of the Applicants’ known creditors are familiar with the Applicants and the Cline Business and the determination of most of the claims against the Applicants would be carried out by the Applicants using the Notice of Claim Procedure. As

such, the Applicants submit that a claims bar date of January 13, 2015 will provide sufficient time for creditors to assert their claims and will not result in any prejudice to said creditors.

[65] Based on the submissions of the Applicants, I accept this submission.

[66] Accordingly, I am satisfied that the court should exercise its discretion and grant the requested Claims Procedure Order at this time.

[67] Turning now to the issue as to whether it is appropriate to permit the Applicants to file the Plan and call the meetings, the court is not required to address the fairness and reasonableness of the Plan at this stage.

[68] In these circumstances, I am satisfied that it is appropriate to grant the Meetings Order at this time in order to allow the Meetings Procedure to proceed concurrently with the Claims Procedure, with a view to completing the Recapitalization as efficiently as possible.

[69] Commencing at paragraph 42 of the factum, the Applicants make submissions with respect to the proposed classification of creditors for voting purposes.

[70] The Applicants submit that the holders of the 2011 Notes and the 2013 Notes have a commonality of interest in respect of their *pro rata* share of the Secured Noteholders Allowed Secured Claim and should be placed in the same class for voting purposes.

[71] For the purposes of the motion today, I am prepared to accept that it is appropriate for the Secured Noteholders to vote in the same class in respect of their Secured Noteholders Allowed Secured Claim.

[72] The Affected Unsecured Creditors' Class includes creditors with unsecured claims against the Applicants, including the Secured Noteholders in respect of their Secured Noteholders Allowed Unsecured Claim and, if applicable, Marret in respect of the Marret Unsecured Claim. The Applicants submit that the affected Unsecured Creditors have a commonality of interest and should be placed in the same class for voting purposes.

[73] It is noted that the determination of the Secured Noteholders Allowed Unsecured Claim has been determined by the Applicants and Marret and, for purposes of voting at the Secured Noteholders Meeting, is set at \$17.5 million.

[74] For the purposes of the motion today, I am prepared to accept the submissions of the Applicants including their determination of the affected Unsecured Creditors class.

[75] The *WARN Act* plaintiffs class consists of potential members of an uncertified class action proceeding. The Applicants submit that the *WARN Act* claims have been asserted by only two *WARN Act* plaintiffs on behalf of other potential members of the class and these claims have not been proven and are contested by the Applicants.

[76] Due to the unique nature and status of these claims, the Applicants have offered the *WARN Act* plaintiffs consideration that is different than the consideration offered to the Affected Unsecured Creditors.

[77] I accept, for the purposes of this motion, that the *WARN Act* plaintiffs should be placed in a separate class for voting purposes.

[78] With respect to holders of “Equity Claims”, the Meetings Order provides that any person with a claim that meets the definition of “equity claim” under s. 2(1) of the CCAA will have no right to, and will not, vote at meetings; and the Plan provides that equity claimants will not receive a distribution under the Plan or otherwise recover anything in respect of their equity claims or equity interest.

[79] For the purposes of this motion, I accept the submission of the Applicants that it is appropriate for equity claimants to be prohibited from voting on the Plan.

[80] The Plan as proposed by the Applicants is a consolidated plan of arrangement that is intended to address the combined claims against all the Applicants. Courts will authorize a consolidated plan of arrangement to be filed for two or more related companies in appropriate circumstances (see, for example: *(Re) Northland Properties Ltd.* (1988), 69 CBR (NS) 226 (BCSC); *(Re) Lehndorff General Partners Ltd.* (1993), 17 CBR (3d) 24).

[81] In this case, the Applicants submit that a consolidated plan is appropriate because:

- a. New Elk is a wholly-owned subsidiary of Cline and North Central is a wholly-owned subsidiary of New Elk;
- b. the Applicants are integrated members of the Cline Group, and there is significant sharing of business functions within the Cline Group;
- c. the Applicants have prepared consolidated financial statements;
- d. all three of the Applicants are obligors in respect of the Secured Notes;
- e. the Secured Noteholders are the only creditors with an economic interest in any of the three Applicants and have a first ranking security interest over all or substantially all of the assets, property and undertakings of each of the Applicants;
- f. the *WARN Act* claims are asserted against both Cline and New Elk under a “single employer” theory of liability;
- g. North Central has no known liabilities other than its obligations in respect of the Secured Notes;

- h. Unsecured Creditors of the Applicants would receive no recovery outside of the Plan; and
- i. the filing of a consolidated plan does not prejudice any affected Unsecured Creditor or *WARN Act* plaintiff, since a consolidated plan will not eliminate any veto position with respect to approval of the plan that such creditors would have if separate plans of arrangement were filed in respect of each of the Applicants.

[82] For the purposes of the motion today, I accept these submissions and consider it appropriate to authorize the filing of a consolidated plan.

[83] In the result, I am satisfied that it is appropriate to grant both the Claims Procedure Order and the Meetings Order at this time.

[84] It is specifically noted that the “comeback clause” that is included in both the Claims Procedure and the Meetings Orders will allow parties to come back before this court to amend or vary the Claims Procedure Order or the Meetings Order. The comeback hearing has been scheduled for Monday, December 22, 2014.

Regional Senior Justice G.B. Morawetz

Date: December 3, 2014

APPENDIX “A”

A. RECAPITALIZATION AND PROPOSED PLAN

(1) Overview of the Recapitalization

8. The Applicants have been actively engaged in discussions with Marret, on behalf of the Secured Noteholders, regarding a possible recapitalization of the Applicants. The Applicants believe that that the Recapitalization, in the circumstances, is in the best interests of the Applicants and their stakeholders. The Recapitalization provides for, *inter alia*, the following:
- (a) the Secured Noteholders Allowed Secured Claim will be compromised, released and discharged as against the Applicants upon implementation of the Plan (the “**Plan Implementation Date**”) for new Cline common shares representing 100% of the equity in Cline (the “**New Cline Common Shares**”), and new indebtedness in favour of the Secured Noteholders in the principal amount of \$55 million (the “**New Secured Debt**”);
 - (b) Cline will be the borrower and New Elk and North Central will be the guarantors of the New Secured Debt, which will be evidenced by a credit agreement with a term of seven (7) years, bearing interest at a rate of 0.01% per annum plus an additional variable interest payable only once the Applicants have achieved certain operating revenue targets;
 - (c) the claims of Affected Unsecured Creditors, which exclude the WARN Act Plaintiffs but include the Secured Noteholders in respect of the Secured Noteholders Allowed Unsecured Claim, will be compromised, released and discharged as against the Applicants on the Plan Implementation Date in exchange for an unsecured, subordinated, non-interest bearing entitlement to receive \$225,000 from Cline on the date that is eight (8) years from the Plan Implementation Date (the “**Unsecured Plan Entitlement**”);
 - (d) notwithstanding the Secured Noteholders Allowed Unsecured Claim, the Secured Noteholders will waive their entitlement to the proceeds of the Unsecured Plan Entitlement, and all such proceeds will be available for distribution to the other Affected Unsecured Creditors with valid claims who are entitled to the Unsecured Plan Entitlement, allocated on a *pro rata* basis;
 - (e) all Affected Unsecured Creditors with Affected Unsecured Claims of up to \$10,000 will, instead of receiving their *pro rata* share of the Unsecured Plan Entitlement, be paid in cash for the full value of their claim and will be deemed to vote in favour of the Plan unless they indicate otherwise, provided that this cash payment will not apply to any Secured Noteholder with respect to its Secured Noteholders Allowed Unsecured Claim;

- (f) all WARN Act Claims will be compromised, released and discharged as against the Applicants on the Plan Implementation Date in exchange for an unsecured, subordinated, non-interest bearing entitlement to receive \$100,000 from Cline on the date this is eight (8) years from the Plan Implementation Date (the “**WARN Act Plan Entitlement**”);
- (g) certain claims against the Applicants, including claims covered by insurance, certain prior-ranking secured claims of equipment providers and the secured claim of Bank of Montreal in respect of corporate credit card payables, will remain unaffected by the Plan;
- (h) existing equity interests in Cline will be cancelled for no consideration; and
- (i) the shares of New Elk and North Central will not be affected by the Recapitalization and will remain owned by Cline and New Elk, respectively.

Goldfarb Affidavit at para. 124; Application Record, Tab 4.

9. Any Affected Creditor with a Disputed Distribution Claim will not be entitled to receive any distribution under the Plan with respect to such Disputed Distribution Claim unless and until such Claim becomes an Allowed Affected Claim. A Disputed Distribution Claim will be resolved in the manner set out in the Claims Procedure Order.

Plan, Section 3.6.

10. Unaffected Creditors will not be affected by the Plan and will not receive any consideration or distributions under the Plan in respect of their Unaffected Claims (except to the extent their Unaffected Claims are paid in full on the Plan Implementation Date in accordance with the express terms of the Plan).

Plan, Sections 1.1, 2.3 and 3.5.

11. If implemented, the Recapitalization would result in a reduction of over \$55 million in interest-bearing debt.

Goldfarb Affidavit at para. 126; Application Record, Tab 4.

12. The proposed Recapitalization is supported by Marret, which has the ability to exercise all discretion and authority of the Secured Noteholders. Consequently, the proposed Recapitalization is supported by 100% of the Secured Noteholders, both as secured creditors of the Applicants and as unsecured creditors of the Applicants in respect of the portion of their claims that is unsecured.

Goldfarb Affidavit at paras. 63, 67 and 145; Application Record, Tab 4.

(2) Classification for Purposes of Voting on the Plan

13. The only classes of creditors for the purposes of considering and voting on the Plan will be (i) the Secured Noteholders Class, (ii) the Affected Unsecured Creditors Class, and (iii) the WARN Act Plaintiffs Class.

Plan, Section 3.2.

Goldfarb Affidavit at para. 153; Application Record, Tab 4.

14. The Secured Noteholders Class consists of the Secured Noteholders in respect of the Secured Noteholders Allowed Secured Claim, being the portion of the Secured Noteholders Allowed Claim against the Applicants that is designated as secured. Each Secured Noteholder will be entitled to vote its *pro rata* portion of that amount in the Secured Noteholders Class.

Goldfarb Affidavit at para. 154; Application Record, Tab 4.

15. The Affected Unsecured Creditors Class consists of the unsecured creditors of the Applicants who are to be affected by the Plan, excluding the WARN Act Plaintiffs (who are addressed in a separate class). The Affected Unsecured Creditors Class includes the Secured Noteholders in respect of the Secured Noteholders Allowed Unsecured Claim, being the portion of the Secured Noteholders Allowed Claim that is designated as unsecured. Each Secured Noteholder will be entitled to vote its *pro rata* portion of the Secured Noteholders Allowed Unsecured Claim in the Affected Unsecured Creditors Class.

Goldfarb Affidavit at para. 155; Application Record, Tab 4.

16. Within the Affected Unsecured Creditors Class, unsecured creditors with Affected Unsecured Claims of up to \$10,000 will be paid in full and will be deemed to vote in favour of the Plan, unless they indicate otherwise.

Goldfarb Affidavit at para. 156; Application Record, Tab 4.

17. The WARN Act Plaintiffs Class consists of all WARN Act Plaintiffs in the WARN Act Class Action who may assert WARN Act Claims against the Applicants. Each WARN Act Plaintiff will be entitled to vote its *pro rata* portion of all WARN Act Claims.

Goldfarb Affidavit at para. 157; Application Record, Tab 4.

18. Unaffected Creditors and Equity Claimants are not entitled to vote on the Plan at the Meetings in respect of their Unaffected Claims and Equity Claims, respectively.

Plan, Sections 3.4(3) and 3.5.

19. The Plan provides that, if the Plan is not approved by the required majorities of both the Unsecured Creditors Class and the WARN Act Plaintiffs Class, or the Applicants determine that such approvals are not forthcoming, the Applicants are permitted to withdraw the Plan and file an amended and restated plan with the features described on Schedule "B" to the Plan (the "Alternate Plan"). The Alternate Plan would provide, *inter alia*, that all unsecured claims and all WARN Act Claims against the Applicants would be treated as unaffected claims, the only voting class under the Alternate Plan would be the Secured Noteholders Class, and all assets of the Applicants would be transferred to an entity designated by the Secured Noteholders in exchange for a release of the Secured Noteholders Allowed Secured Claim.

Goldfarb Affidavit at para. 125; Application Record, Tab 4.

B. CLAIMS PROCEDURE

20. The Applicants wish to commence the Claims Procedure as soon as possible to ascertain all of the Claims against the Applicants for the purpose of voting and receiving distributions under the Plan.
21. Liabilities and claims against the Applicants that the Applicants are aware of, include, *inter alia*, secured obligations in respect of the Secured Notes, secured obligations in respect of leased equipment used at the New Elk Mine, contingent claims for damages and other amounts in connection with certain pending litigation claims against the Applicants, and unsecured liabilities in respect of accounts payable relating to ordinary course trade and employee obligations.

Goldfarb Affidavit at paras. 52-57; Application Record, Tab 4.

22. The draft Claims Procedure Order provides a process for identifying and determining claims against the Applicants and their directors and officers, including, *inter alia*, the following:
 - (a) Cline, with the consent of Marret, will determine the aggregate of all amounts owing by the Applicants under the 2011 Indenture and the 2013 Indenture up to the Filing Date, such aggregate amounts being the "**Secured Noteholders Allowed Claim**";
 - (b) the Secured Noteholders Allowed Claim will be apportioned between the Secured Noteholders Allowed Secured Claim and the Secured Noteholders Allowed Unsecured Claim (being the amount of the Secured Noteholders Allowed Claim that is designated as unsecured in the Plan);

- (c) the Monitor will send a Claims Package to all Known Creditors, which Claims Package will include a Notice of Claim specifying the Known Creditor's Claim against the Applicants for voting and distribution purposes, as valued by the Applicants based on their books and records, and specifying whether the Known Creditor's Claim is secured or unsecured;
- (d) the Claims Procedure Order contains provisions allowing a Known Creditor to dispute its Claim as set out in the applicable Notice of Claim for either voting or distribution purposes or with respect to whether such Claim is secured or unsecured, and sets out a procedure for resolving such disputes;
- (e) the Monitor will publish a notice to creditors in The Globe and Mail (National Edition), the Denver Post and the Pueblo Chieftain to solicit Claims against the Applicants by Unknown Creditors who are as yet unknown to the Applicants;
- (f) the Monitor will deliver a Claims Package to any Unknown Creditor who makes a request therefor prior to the Claims Bar Date, containing a Proof of Claim to be completed by such Unknown Creditor and filed with the Monitor prior to the Claims Bar Date;
- (g) the proposed Claims Bar Date for Proofs of Claim for Unknown Creditors and for Notices of Dispute in the case of Known Creditors is January 13, 2015;
- (h) the Claims Procedure Order contains provisions allowing the Applicants to dispute a Proof of Claim as against an Unknown Creditor and provides a procedure for resolving such disputes for either voting or distribution purposes and with respect to whether such claim is secured or unsecured;
- (i) the Claims Procedure Order allows the Applicants to allow a Claim for purposes of voting on the Plan without prejudice to whether that Claim has been accepted for purposes of receiving distributions under the Plan;
- (j) where the Applicants or the Monitor send a notice of disclaimer or resiliation to any Creditor after the Filing Date, such notice will be accompanied by a Claims Package allowing such Creditor to make a claim against the Applicants in respect of a Restructuring Period Claim;
- (k) the Restructuring Period Claims Bar Date, in respect of claims arising on or after the date of the Applicants' CCAA filing, will be seven (7) days after the day such Restructuring Period Claim arises;
- (l) for purposes of the matters set out in the Claims Procedure Order in respect of any WARN Act Claims: (i) the WARN Act Plaintiffs will be treated as Unknown Creditors since the Applicants are not aware of (and have not quantified) any bona fide claims of the WARN Act Plaintiffs; and (ii) Class Action Counsel shall be entitled to file Proofs of Claim, Notices of Dispute of Revision and

Disallowance, receive service and notice of materials and to otherwise deal with the Applicants and the Monitor on behalf of the WARN Act Plaintiffs, provided that Class Action Counsel shall require an executed proxy in order to cast votes on behalf of any WARN Act Plaintiffs at the WARN Act Plaintiffs' Meeting; and

- (m) Creditors may file a Proof of Claim with respect to a Director/Officer Claim.

Goldfarb Affidavit at para. 151; Application Record, Tab 4.

23. As further discussed below, the Applicants may elect to proceed with the Meetings notwithstanding that the resolution of Claims in accordance with the Claims Procedure may not be complete. The Meetings Order provides for the separate tabulation of votes cast in respect of Disputed Voting Claims and provides that the Monitor will report to the Court on whether the outcome of any vote would be affected by votes cast in respect of Disputed Voting Claims.

Goldfarb Affidavit at paras. 161(f)-(h) and 162; Application Record, Tab 4.

24. The Claims Procedure Order includes a comeback provision providing interested parties who wish to amend or vary the Claims Procedure Order with the ability to appear before the Court or bring a motion on a date to be set by this Court.

Goldfarb Affidavit at para 149; Application Record, Tab 4.

C. MEETINGS OF CREDITORS

25. It is proposed that the Meetings to vote on the Plan will be held at Goodmans LLP, 333 Bay Street, Suite 3400, Toronto, Ontario on January 21, 2015 at 10:00 a.m. for the WARN Act Plaintiffs Class, 11:00 a.m. for the Affected Unsecured Creditors Class, and 12:00 p.m. for the Secured Noteholders Class.

Goldfarb Affidavit at para. 160; Application Record, Tab 4.

Meetings Order, Section 20.

26. The draft Meetings Order provides for, *inter alia*, the following in respect of the governance of the Meetings:
- (a) an officer of the Monitor will preside as the chair of the Meetings;
 - (b) the only parties entitled to attend the Meetings are the Eligible Voting Creditors (or their proxyholders), representatives of the Monitor, the Applicants, Marret, all such parties' financial and legal advisors, the Chair, the Secretary, the Scrutineers,

and such other parties as may be admitted to a Meeting by invitation of the Applicants or the Chair;

- (c) only Creditors with Voting Claims (or their proxyholders) are entitled to vote at the Meetings; provided that, in the event a Creditor holds a Disputed Voting Claim as at the date of a Meeting, such Disputed Voting Claim may be voted at the Meeting but will be tabulated separately and will not be counted for any purpose unless such Claim is ultimately determined to be a Voting Claim;
- (d) each WARN Act Plaintiff (or its proxyholder) shall be entitled to cast an individual vote on the Plan as part of the WARN Act Plaintiffs Class, and Class Action Counsel shall be permitted to cast votes on behalf of those WARN Act Plaintiffs who have appointed Class Action Counsel as their proxy;
- (e) the quorum for each Meeting is one Creditor with a Voting Claim, provided that if there are no WARN Act Plaintiffs voting in the WARN Act Plaintiffs Class, the Applicants will have the right to combine the WARN Act Plaintiffs Class with the Affected Unsecured Creditors Class and proceed without a vote of the WARN Act Plaintiffs Class, in which case there shall be no WARN Act Plan Entitlement under the Plan;
- (f) the Monitor will keep separate tabulations of votes in respect of:
 - i. Voting Claims; and
 - ii. Disputed Voting Claims, if any;
- (g) the Scrutineers will tabulate the vote(s) taken at each Meeting and will determine whether the Plan has been accepted by the required majorities of each class; and
- (h) the results of the vote conducted at the Meetings will be binding on each creditor of the Applicants whether or not such creditor is present in person or by proxy or voting at a Meeting.

Goldfarb Affidavit at para. 161; Application Record, Tab 4.

27. The Applicants may elect to proceed with the Meetings notwithstanding that the resolution of Claims in accordance with the Claims Procedure may not be complete. The Meetings Order, if approved, authorizes and directs the Scrutineers to tabulate votes in respect of Voting Claims separately from votes in respect of Disputed Voting Claims, if any. If the approval or non-approval of the Plan may be affected by the votes cast in respect of Disputed Voting Claims, then the Monitor will report such matters to the Court and the Applicants and the Monitor may seek advice and directions at that time. This way, the Meetings can proceed concurrently with the Claims Procedure without prejudice to the Applicants' Creditors.

Goldfarb Affidavit at paras. 161(f)-(h) and 162; Application Record, Tab 4.

28. Like the Claims Procedure Order, the Meetings Order includes a comeback provision providing interested parties who wish to amend or vary the Meetings Order with the ability to appear before the Court or bring a motion on a date to be set by the Court.

Meetings Order, Section 68.

29. By seeking the Claims Procedure Order and the Meetings Order concurrently, the Applicants hope to move efficiently and expeditiously towards the implementation of the Recapitalization.

Goldfarb Affidavit at para. 148; Application Record, Tab 4.

TAB 19

Ontario Supreme Court
Canadian Red Cross Society / Société Canadienne de la Croix Rouge, Re,
Date: 2000-09-14

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

In the Matter of a Plan of Compromise or Arrangement of the Canadian Red Cross Society/La Société Canadienne de la Croix Rouge, Applicant

Ontario Superior Court of Justice Blair J.

Heard: September 12, 2000

Judgment: September 14, 2000

Docket: 98-CL-002970

Benjamin Zarnett, Brian Empey and Jessica Kimmel, for Canadian Red Cross.

James H. Grout and Scott Bomhof, for Monitor, Ernest & Young.

David Harvey and Aubrey Kauffman, Representative Counsel for pre-1986/post 1990 Hepatitis C Claimants (non-B.C. and non-Quebec).

David Klein and Gary Smith, Representative Counsel for B.C. pre-1986/post 1990 Hepatitis C Claimants.

Dawna Ring, Representative Counsel for Secondarily Infected Spouses and Children.

Kenneth Arenson, for various HIV Directly Infected Claimants.

Michel Bélanger, for Quebec Class Action Claimants.

Paul Vickery, for Government of Canada.

William V. Sasso, for Provincial and Territorial Governments except Ontario.

Richard Horak, for Government of Ontario.

S. John Page, for Canadian Blood Services.

Michael Kainer, for Service Employees Union.

Neil Saxe, for Dominion of Canada General Insurance Company.

Michael Babcock, for Defendant, Hospitals.

Mary M. Thomson, for Certain Physicians.

Alex MacFarlane, for Connaught Laboratories Limited.

Blair J.:

[1] After two years of intense and complex negotiations, the Canadian Red Cross Society/La Société Canadienne de la Croix-Rouge applies for approval and sanction of its Plan of Compromise and Arrangement, as amended (“the Plan”). The application is made pursuant to section 6 of the *Companies’ Creditors Arrangement Act* (the “CCAA”). The Plan was approved by an overwhelming majority of all classes of creditors on August 30, 2000.

Background

[2] All insolvency re-organizations involve unfortunate situations, both from personal and monetary perspectives. Many which make their way through the courts have implications beyond simply the resolution of the debt structure between corporate debtor and creditors. They touch the lives of employees. They have an impact on the continued success of others who do business with the debtor company. Occasionally, they affect the fabric of a community itself. None, however, has been characterized by the deep human and, indeed, institutional tragedy which has given rise to the restructuring of the Canadian Red Cross (the “Red Cross” or the “Society”).

[3] The Canadian Red Cross has been an institutional icon in the lives of Canadians for many years. As the Court noted in its endorsement at the time of the original Order granting the Society the protection of the CCAA:

Until recent years it would have been difficult to imagine a not-for-profit charitable organisation with a more highly regarded profile than the Canadian Red Cross Society. Who among us has not benefited in some way, does not know someone who has benefited in some way, or is at least unaware of the wide-ranging humanitarian services it provides, nationally and internationally? It aids victims of conflicts or disasters—providing assistance to refugees from the conflict in Rwanda, or programs for relief and health care and emergency training in places like Angola, Haiti, and Russia, and working with communities in Quebec and Manitoba in recent years as a result of flood disasters and ice storms, as but some examples. It furnishes water safety programs and first aid services, homemaker services and other community initiatives across Canada. And it has been responsible for the national blood program in Canada for the past 50 years,

recruiting donors and collecting, testing, processing, storing and distributing blood products for the collective Canadian need.

[4] Regrettably, however, that honourable tradition and the reputation which has accompanied it, have been badly sullied in recent years. Thousands of innocent Canadians have found themselves indicted with devastating disease—Hepatitis C, HIV, and Creutzfeldt Jakob disease, principally—arising from the transfusion of contaminated blood or blood products, for the supply of which the Red Cross was responsible. I shall refer to these affected people, globally, as “the Transfusion Claimants. Many have died. Others are dying. The rest live in the shadow of death. As Ms. Dawna Ring, Representative Counsel for one group of Transfusion Claimants put it in argument, the well-known Red Cross symbol, for many unfortunately, has become “a symbol of death”. Nothing that the Court can do will take away these diseases or bring back to life those who have died.

[5] The tragedy of these events has been well chronicled in the Report of the Krever Commission Inquiry into problems with the Canadian Blood Supply, and in the numerous law suits which have proceeded through the courts. Measured from the perspective of that stark background, the legal regime which governs the disposition of these proceedings must seem quite inadequate to many. However, it has provided at least a mechanism whereby some order, some closure, and some measure of compensatory relief are offered to the Transfusion Claimants and to others in respect of the blood supply problems, while at the same time offering to the Red Cross the possibility of continuing to provide its other humanitarian services to the community.

[6] Recognizing that its potential liabilities far outstripped its assets and abilities to meet those liabilities, and hoping as well to save the important non-blood related aspects of its operations, the Red Cross applied to this Court for protection under the CCAA in July, 1998. The Federal, Provincial and Territorial Governments (the “FPT Governments”)—which also faced, and continue to face, liability in connection with these claims—had decided that it was imperative for the control and management of the Canadian Blood Supply to be transferred into new hands, Canadian Blood Services and Héma Québec. It was a condition of the Acquisition Agreement respecting that transfer that the Red Cross seek and obtain CCAA protection. The concept put forward by the Red Cross at the time was that the sale proceeds would be used to establish a fund to compensate the Transfusion Claimants (after payment of

secured and other creditors) and the Society would be permitted to continue to carry on its other non-blood related humanitarian activities.

The CCAA Process

[7] CCAA protection was granted, and a stay of proceedings against the Red Cross imposed, on July 20, 1998. The stay of proceedings has been extended by subsequent Orders of this Court—most recently to October 31st of this year—as the participants in the process have negotiated toward a mutually acceptable resolution of the particularly complex issues involved.

[8] The negotiations have been intense and lengthy. They have of necessity encompassed other outstanding proceedings involving the Red Cross and the FPT Governments, including a number of class actions in Ontario, Quebec and British Columbia, and the negotiation of a broader settlement between the Governments and Transfusion Claimants infected between 1986 and 1990. As a result of this latter settlement, the funds made available by the transfer of the Canadian Blood Supply to Canadian Blood Services and Héma Québec are primarily directed by the Red Cross Plan to meet the claims of the pre-1986/post 1990 Transfusion Claimants, who were not entitled to participate in the Government Settlement.

[9] The CCAA process itself involved numerous attendances before the Court in the exercise of the Court's supervisory role in cases of this nature. Orders were made—amongst others—appointing a Monitor, appointing Representative Counsel to advise each of the Transfusion Claimant groups and to assist the Court, dealing with funding for such counsel, establishing a Claims process (including notice, a disallowance/approval mechanism and the appointment of a Claims Officer), granting or refusing the lifting of the stay in certain individual cases, approving a mediation/arbitration process respecting certain pension issues, determining issues respecting appropriate classes of creditors for voting purposes, and providing for the holding of creditors' meetings to vote on approval of the Plan and for the mailing of notice of those meetings and the materials relating to the Plan to be considered. Over 7,000 copies of the Plan and related materials were mailed.

A Summary of the Plan

[10] I draw upon the Applicant's factum for a summary of the basics of the Plan. Under the Plan,

- a) Ordinary Creditors with proven claims not exceeding \$10,000 will receive 100% of their proven claim;
- b) Ordinary Creditors with proven claims of more than \$10,000 will receive 67% of their proven claim;
- c) A Trust is established for Transfusion Claimants, on specific terms described in the Plan, funded with \$79 million plus interest already accrued under the Plan, as follows:
 - (i) \$600,000 for CJD claimants;
 - (ii) \$1 million for claimants in a class action alleging infection with Hepatitis C from blood obtained from prisons in the United States;
 - (iii) \$500,000 for claimants with other transfusion claims that are otherwise not provided for;
 - (iv) approximately \$63 million for claimants in class actions alleging Hepatitis C infection before 1986 and after June 1990; and,
 - (v) approximately \$13.7 million for settlement of HIV claims.

[11] The source of these funds are those which the Red Cross has been holding from the sale of the Blood Assets, and negotiated contributions from co-defendants in various actions, and insurers. The Plan establishes procedures whereby claimants may apply to a Referee (the Honourable R.E. Holland, in the case of the HIV Claimants, and the Honourable Peter Cory, in the case of the other Transfusion Claimants) for determination of the amount of their damages.

[12] Several other aspects of the Plan bear mention as well. They relate to implementation and to the effect of the Plan upon implementation. Included, of course, is the fact that once the compromises and arrangements to be effected by the Plan are approved, they will bind all creditors affected by the Plan. As well, provided the Red Cross carries out its part of the Plan, all obligations and agreements to which the Society is a party as at the Plan Implementation Date are to remain in force and are not subject to acceleration or termination by any other parties as a result of anything which occurred prior to that Date, including the fact that the society has sought CCAA protection and made the compromises and arrangements in

question. In addition, the Courts of each Province are to be asked to give recognition and assistance to the sanction order and to the implementation of the Plan. And the Red Cross is to be authorized to make payment in accordance with a specific settlement entered into with Service Employees' International Union with respect to a collective agreement and other issues involving the Society's homemaker employees. Finally, there are provisions respecting the discharge of the Monitor and the Claims Officers upon implementation.

[13] The Red Cross has now put forward its Plan, as most recently amended in the negotiation process. On August 30, 2000, all classes of creditors—including the classes of Transfusion claimants—voted overwhelmingly in favour of accepting the Plan. The society now applies for the Court's sanction and approval of it.

The Test

[14] Where a majority in number representing two-thirds in value of the creditors present and voting in person or by proxy approve a plan of arrangement, the plan may be sanctioned by the Court and, if sanctioned, will bind all the creditors (or classes of creditors, where there is more than one class) and the company: CCAA, s. 6.

[15] The principles to be applied in the exercise of the Court's discretion upon such an application are well established:

- (1) There must be strict compliance with all statutory requirements;
- (2) All materials filed and procedures carried out must be examined to determine if anything has been done or purported to be done which is not authorized by the CCAA; and,
- (3) The Plan must be fair and reasonable.

See: *Re Northland Properties Ltd.* (1988), 73 C.B.R. (N.S.) 175 (B.C. S.C.), aff'd (1989), 73 C.B.R. (N.S.) 195 (B.C. C.A.); *Olympia & York Developments Ltd. v. Royal Trust Co.* (1993), 12 O.R. (3d) 500 (Ont. Gen. Div.) at p. 506.

[16] Applying those principles to the circumstances of this case. I have no hesitation in concluding—as I do—that the Plan should be sanctioned and approved.

Compliance with Orders and Statutory Requirements

[17] The Court has already ruled that the Red Cross is a debtor corporation entitled to the protection of the CCAA, and I am satisfied that all of the statutory requirements of the Act have been complied with.

[18] I am also satisfied that the Applicant has complied with the substance of all Orders made in the course of these proceedings. To the extent that there has been a variance from the terms of the Orders, they have been the result of understandable logistical hurdles for the most part, and there has been no prejudice to anyone as a result. I am content to make the necessary corrective orders requested in that regard. Nothing has been done or purported to be done which is not authorized by the provisions of the CCAA.

[19] There was apparently some confusion at the time of voting which resulted in 8 members of the group of Secondarily Infected Spouses and Children with HIV not voting. The claims of 6 of those people have been disallowed for voting purposes. Ms. Ring, who is Representative Counsel for this group, advises, however, that even if all 8 claimants had voted, and opposed approval—which she believes is quite unlikely—her clients' group would still have strongly favoured sanctioning and approval of the Plan. I observe for the record, that what was at issue here related only to the right to vote at the Special Meeting held. It does not affect the rights of anyone to claim compensation from the Plan.

The Plan is Fair and Reasonable

[20] I conclude as well that the Plan is fair to all affected by it, and reasonable in the circumstances. It balances the various competing interests in an equitable fashion.

[21] The recitation of the background and process above confirms the complexity and difficult nature of these proceedings, and the scope of the negotiations involved. It is not necessary to repeat those facts here.

[22] To be “fair and reasonable” a proposed Plan does not have to be perfect. No Plan can be. They are by nature and definition “plans of compromise and arrangement”. The Plan should be approved if it is inherently fair, inherently reasonable and inherently equitable: see, *Re Wandlyn Inns Ltd.* (1992), 15 C.B.R. (3d) 316 (N.B. Q.B.) at p. 321; *Re Central Guaranty Trustco Ltd.* (1993), 21 C.B.R. (3d) 139 (Ont. Gen. Div. [Commercial List]) at p. 142. The Red Cross Plan meets those criteria, in my view.

[23] In the first place, the Plan has been overwhelmingly approved by each of the four classes of creditors—who turned out in significant numbers to vote at the Special Meetings held. I note that 99.3% of the votes cast by Ordinary Creditors, representing 99.9% of the value of those claims, approved. The FPT Governments—which cast their own votes as well as the assigned votes of the 1986-1990 Transfusion Claimants who have the benefit of the Government Settlement—voted 100% in favour. Of the remaining Transfusion Claimants, 91.0% of the votes cast by the pre-1986/post 1990 Hepatitis C class, representing 91.0% of the value of those claims support approval; the figures are 91.2% for the other Transfusion Claimants.

[24] Counsel filed with the Court letters from three individuals (of thousands) who dispute the sanctioning of the Plan. I read these letters carefully. They are poignant in the extreme and raise many points pertaining to the claims made and the process followed. There is no doubt something to be said for all of them. I am advised, however, that most of the issues raised were raised as well at the Special Meetings on August 30th and debated fully at that time. Ranked in opposition to those issues are all of the factors which militate in favour of acceptance of the Red Cross Plan. The huge majority of Transfusion Claimants opted to support the Plan, concluding that it represents the best possible outcome for them in the circumstances.

[25] Although the Transfusion Claimants are not the type of “business” creditors normally affected by a CCAA arrangement, they are the ones most touched by the events leading up to these proceedings and by the elements of the Plan. I see no reason why their voting support of the Plan should not receive the same—or more—deference as that normally granted to creditors by the Court in these cases. The fact that the Plan has received such a high level of support weighs very heavily in my consideration of approval. The Plan is the result of negotiations amongst all interested parties—leading to changes and amendments which were made and approved as late as the August 30th meetings. The various groups were all represented by legal and professional advisors, including the Transfusion Claimants who were advised and represented by Representative Counsel.

[26] I accept the submission that the Plan equitably balances the various competing interests and the available resources of the Red Cross. In regard to the latter, the evidence is

that creditors—including the Transfusion Claimants—would not receive a better distribution in the event of a liquidation of all of the assets of the Society.

[27] Moreover, with the exception of the three letters I have referred to, no one opposes the sanctioning of the Plan. Indeed, most strenuously support its approval. In addition, the Monitor has advised that it strongly recommends the Plan and its approval.

[28] Finally, it is significant, in my view, that the Plan if implemented will permit the Canadian Red Cross to continue to carry on its non-blood related humanitarian activities. There is a deep-seated anger and bitterness towards the Society amongst many of the victims of these terrible blood diseases. To them, it is not right that thousands of people have been poisoned by tainted blood yet the Society is able to continue on with the other facets of its business. These feelings are understandable. However, the Red Cross currently continues to employ approximately 7,000 Canadians in the other aspects of its work, and it makes valuable contributions to society through these humanitarian efforts. That it will be able to continue those works, if the Plan is implemented, is important.

Disposition

[29] For all of the foregoing reasons the Plan is sanctioned and approved. Two Orders are requested, one relating to the sanction and approval of the Plan, and the second making the logistical and minor corrections I referred to earlier in these Reasons. Orders will issue in terms of the draft Orders filed, on which I have placed my fiat.

[30] Before concluding, I would like to acknowledge the excellent work done by all counsel in this matter, and to thank them for their assistance to the Court and to their clients throughout. They have conducted themselves in the best tradition of the Bar in a difficult and sensitive case, and I commend them for their efforts.

Application granted.

TAB 20

TOWARD A BANKRUPTCY MODEL FOR NONCLASS AGGREGATE LITIGATION

TROY A. MCKENZIE*

In recent years, aggregate litigation has moved in the direction of multidistrict litigation followed by mass settlement without certification of a class action—a form sometimes referred to as the “quasi-class action.” Driven by increased restrictions on class certification, particularly in mass tort cases, the rise of the quasi-class action has been controversial. In particular, critics object that it overempowers lawyers and devalues the consent of individual claimants in the name of achieving “closure” in litigation. This Article presents two claims.

First, the debate about the proper scope and form of aggregate litigation too frequently relies on the class action as the touchstone for legitimacy. References to the class action, however, are more often misleading than helpful. The basic assumptions behind the class action are different in degree and in kind from the reality of the quasi-class action. Overreliance on the class action as the conceptual framework for aggregation carries the significant risk of unintentionally shackling courts in their attempts to coordinate litigation. The very reason the quasi-class action emerged—the ossification of the class action model of litigation—suggests that courts and commentators should look for another reference model when assessing what is proper or improper in quasi-class actions.

Second, bankruptcy serves as a better model for judging when to use, and how to order, nonclass aggregation of mass tort litigation. The entirety of bankruptcy practice need not be imported to realize that bankruptcy may provide a useful lens for viewing aggregation more generally. That lens helps to clarify some of the most troubling concerns about the quasi-class action, such as the proper role of lawyers and the place of claimant consent. Bankruptcy serves as a superior reference model because it starts with an assumption that collective resolution is necessary but tempers the collective with individual and subgroup consent and with institutional structures to counterbalance the risk of excessive empowerment of lawyers or particular claimants.

INTRODUCTION	961
I. FROM CLASS ACTIONS TO “QUASI-CLASS ACTIONS”	965
A. <i>The Use (and Abuse) of the Settlement Class</i>	966
B. <i>Amchem, Ortiz, and the Demise of the Mass Tort Class Action</i>	973

* Copyright © 2012 by Troy A. McKenzie, Associate Professor of Law, New York University School of Law. This Article benefited greatly from faculty workshop presentations at New York University School of Law, the University of North Carolina School of Law, and the University of Colorado Junior Business Law Conference. I thank Albert Alschuler, Helen Hershkoff, Samuel Issacharoff, Arthur Miller, D. Theodore Rave, and Peter Schuck for helpful comments, and Loretta Lau and Zachary Savage for their research assistance. All errors are mine alone. The Filomen D’Agostino and Max E. Greenberg Faculty Research Fund at New York University provided financial support for the completion of this project.

change. But the quasi-class action stands at a stage of development in which foundational issues about the shape of the procedure and the power of actors in litigation (lawyers, judges, and claimants) are open and unresolved.

1. *The Problem of the Class Action as a Reference Model*

The question, therefore, is not whether courts should continue experimentation in aggregate litigation, but whether they have selected the correct model on which to base their experimentation. There remains a need for a reference model to guide the development of mass tort litigation. For the past decade, the class action has been the de facto model, with courts handling quasi-class actions in a manner that aims to replicate class actions.¹⁰² The class action, however, is a poor model in key respects.

First, heavy reliance on the class action analogy risks unintentionally shackling courts in their attempts to coordinate litigation by intermingling different conceptions of commonality. The MDL statute speaks of coordinating or consolidating “civil actions involving one or more common questions of fact.”¹⁰³ In other words, commonality is one requirement for triggering MDL procedures. The JPML has traditionally taken a pragmatic view of that requirement. It generally has not placed a high threshold of cohesiveness in the way of coordination of related cases arising out of the same mass tort. But commonality is a feature of Rule 23 as well, and the Supreme Court’s treatment of the requirement in the class action context has been far more exacting.¹⁰⁴ Taking the class action as the model for judging commonality could severely restrict the grouping of cases for MDL purposes in light of the high degree of cohesiveness required for commonality under Rule 23.¹⁰⁵ Indeed, there is evidence that MDL practice has sometimes referenced the strict commonality requirements from Rule 23 in recent

¹⁰² The very sobriquet “quasi-class action,” of course, represents an acknowledgement of the attempt to model the device after the class action.

¹⁰³ 28 U.S.C. § 1407(a) (2006).

¹⁰⁴ See *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 131 S. Ct. 2541, 2551 (2011) (requiring plaintiffs to demonstrate, after “rigorous analysis,” the existence of a common contention resolvable on a class-wide basis (quoting *Gen. Tel. Co. v. Falcon*, 457 U.S. 147, 161 (1982))).

¹⁰⁵ The gap between MDL transfer practice, which has taken a liberal view of commonality, and the treatment of commonality in class actions has been noted by various commentators. See, e.g., 15 CHARLES ALAN WRIGHT, ARTHUR R. MILLER & EDWARD H. COOPER, *FEDERAL PRACTICE AND PROCEDURE* § 3863 (3d ed. 2007) (“Most frequently the Panel simply identifies the common questions of fact that exist, concludes that they are sufficient, and orders transfer of the individual cases without analyzing to any great degree their relation or significance to the overall litigation.”); Edward F. Sherman, *The MDL Model for Resolving Complex Litigation if a Class Action Is Not Possible*, 82 TUL. L. REV. 2205, 2209 (2008) (“In contrast to the stringent rules that govern class actions, MDL is a

years. In some cases, the JPML has suggested a view of commonality taken from Rule 23 practice—that is, whether common questions predominate over individual ones—for purposes of deciding whether to centralize cases through MDL assignments.¹⁰⁶ That suggestion, which has garnered little attention, may be inadvertent, but it shows the pitfalls of implicitly turning to the class action as the reference model for aggregate litigation.¹⁰⁷ There is no reason to equate the commonality requirement of the MDL statute with commonality under Rule 23. Indeed, each standard developed independently, and the MDL standard, which arose out of the electrical equipment anti-trust cases, predates the 1966 revisions of Rule 23 (even though the MDL statute came two years later).¹⁰⁸

Second, there is also tension between the usual working of the MDL process and the right—recognized in class actions involving claims for predominantly money damages—of individuals to exit collective proceedings and litigate alone.¹⁰⁹ Individual cases transferred in an MDL are typically retained there and rarely allowed to exit.¹¹⁰ To the extent that courts and commentators implicitly rely on the class action to inform the future shape of the quasi-class action, they risk generating greater hurdles to centralization. If the class action is the reference model by which innovation in quasi-class actions should be judged, those features of the quasi-class action that are similar but not the same as their class action counterparts will come under increased pressure.

Third, as Professors Charles Silver and Geoffrey Miller have detailed, MDL judges' practices with respect to the control and com-

looser and more flexible structure allowing for transfer and consolidation based on pragmatic considerations.”).

¹⁰⁶ See, e.g., *In re Boeing Co. Employment Practices Litig.* (No. II), 293 F. Supp. 2d 1382, 1383 (J.P.M.L. 2003) (denying a motion to centralize employment discrimination actions because questions of fact relating to each plaintiff “predominate over any common questions of fact relating to allegations of company-wide racial discrimination”).

¹⁰⁷ For an extended treatment of the issue, see generally Mark Hermann & Pearson Bownas, *An Uncommon Focus on “Common Questions”: Two Problems with the Judicial Panel on Multidistrict Litigation’s Treatment of the “One or More Common Questions of Fact” Requirement for Centralization*, 82 TUL. L. REV. 2297 (2008) (analyzing the problems that arise when the JPML imports the commonality requirement from the class action context into multidistrict litigations).

¹⁰⁸ *Id.* at 2304–07 (tracing the history of the MDL commonality standard).

¹⁰⁹ See *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797, 811 n.3, 812 (1985) (holding that due process requires that absent class members be provided with the opportunity to opt out of class actions concerning claims wholly or predominantly for money damages).

¹¹⁰ Given the slim chance of an individual’s case exiting MDL proceedings before settlement, Judge Fallon, who presided over the Vioxx litigation, acknowledged that “the centralized forum can resemble a ‘black hole,’ into which cases are transferred never to be heard from again.” Fallon et al., *supra* note 39, at 2330.

penetration of counsel rest on inadequate justifications. MDL judges have selected lead counsel—and, more recently, have exercised control over compensation of plaintiffs’ lawyers—much as judges presiding over class actions might do. Nothing in the MDL statute expressly provides for either practice, which is unsurprising in light of the spare nature of that statute. With respect to the selection of lead counsel, the practice is a transplant from the class action world, but it has taken root in quasi-class actions without much explanation. Indeed, when judges in quasi-class actions have explained their decision to adjust the compensation of plaintiffs’ lawyers to reflect the differing contributions of counsel to the success of the litigation, the grounds invoked have been applicable to class actions but arguably inapplicable to the realities of quasi-class actions.¹¹¹

Admittedly, dissonance between the quasi-class action and the class action model might generate useful innovation and creativity in response to new waves of aggregate litigation, but it presents the prospect that the courts have been building a new form of aggregation on undertheorized foundations. That prospect carries the risk that the quasi-class action will become a procedural device at war with itself. On the one hand, a court conceiving of its role in MDL proceedings must appreciate the aggregate nature of the undertaking and the active role the court is expected to take in bringing the litigation to heel. At the same time, a court managing a quasi-class action does not enjoy the ready-made powers over the litigation and its lawyers that would come with certification of a class action.

Drawing from the class action as the source of doctrinal authority to justify the operation of the quasi-class action presents another, more serious risk. Mismatches between theory and practice are not infrequent and not always fatal in the law. However, the reliance on the class action model as the North Star of the quasi-class action risks unwittingly reenacting history, with eventual development of *Amchem*-like restrictions on quasi-class action practice. To be sure, a sort of Rules formalism has marked the Supreme Court’s treatment of the class action, and it might leave open room for practices that do not purport to be class actions. That is, in part, the promise of the quasi-

¹¹¹ The principal justification for the power of courts to adjust the compensation of lead counsel in the class action context is the common fund doctrine. See Silver & Miller, *supra* note 3, at 120–30 (explaining that the common fund doctrine, typically used to justify judicial control over attorney compensation in class actions, fits poorly with the realities of MDL practice). The criticism of the attorney fee award practices in quasi-class actions has generated spirited debate. See *In re Vioxx Prods. Liab. Litig.*, 760 F. Supp. 2d 640, 647–49 (E.D. La. 2010) (responding to criticism); Charles Silver, *The Responsibilities of Lead Lawyers and Judges in Multidistrict Litigations*, 79 *FORDHAM L. REV.* 1985 (2011) (replying to Judge Fallon’s response).

class action: aggregation freed from the formal restrictions imposed by the Court on the use of the class action.

But the doctrine developed from *Amchem* and *Ortiz* onward also suggests that free-form attempts to recreate the class action device will be met with intense skepticism by the Court. The Court's recent decision in *Taylor v. Sturgell* lends support for that view. *Taylor* involved a Freedom of Information Act (FOIA) case in which the defendants—the Federal Aviation Administration and a private airplane manufacturer—sought to preclude the plaintiff, Taylor, from seeking judicial review of the denial of his FOIA request for documents about antique aircraft.¹¹² Another plaintiff, who had some associations with the plaintiff in *Taylor*, had previously litigated (and lost) a similar FOIA request in a separate case. The FAA and the manufacturer invoked the prior judgment as *res judicata* to bar Taylor from litigating his FOIA claim.¹¹³ The D.C. Circuit agreed that the prior judgment barred relitigation by Taylor on the ground that the circumstances demonstrated his “virtual representation” in the first lawsuit.¹¹⁴

The Supreme Court flatly rejected the D.C. Circuit's embrace of “virtual representation” as a ground for preclusion. The Court reiterated that nonparty preclusion is the exception and not the rule in American law.¹¹⁵ It also marked out the finite categories of recognized exceptions to the usual requirement that preclusion reaches only those persons made a party to the litigation and served with process.¹¹⁶ Outside of those previously recognized exceptions, the Court showed no interest in entertaining an attempt to expand the formal reach of a judgment in a single case. Because the Court reached a

¹¹² Taylor was an antique aircraft enthusiast seeking documents that might be helpful in restoring a 1930s-era F-45 airplane. *Taylor v. Blakey*, No. 03-0173 (RMU), 2005 WL 6003553, at *1 (D.D.C. May 12, 2005).

¹¹³ *Id.*

¹¹⁴ *Taylor v. Blakey*, 490 F.3d 965, 970–77 (D.C. Cir. 2007). Among other things, Taylor and the prior plaintiff, Herrick, knew each other, belonged to the same antique aircraft club, and had discussed Herrick's interest in restoring an F-45. In addition, Herrick's lawyer in the first, unsuccessful FOIA suit later represented Taylor in his FOIA suit. *Id.* at 974–75.

¹¹⁵ *Taylor v. Sturgell*, 553 U.S. 880, 898 (2008) (“[O]ur decisions emphasize the fundamental nature of the general rule that a litigant is not bound by a judgment to which she was not a party.”).

¹¹⁶ *Id.* at 893–95 (delineating six recognized exceptions to the rule against nonparty preclusion: (1) a nonparty consents to be bound by a judicial determination involving other litigants; (2) a nonparty is in privity with a party to the prior judgment; (3) a nonparty was adequately represented in the prior litigation by someone with the same interests; (4) a nonparty assumed control over the prior litigation; (5) a nonparty serves as the proxy for a party to the prior litigation; and (6) a special statutory scheme, such as bankruptcy, expressly forecloses successive litigation by nonparties).

unanimous decision in *Taylor*, the case appeared to be an unremarkable reiteration of the oft-repeated commitment to the day-in-court ideal.¹¹⁷

The Court's treatment of one of the *Taylor* defendants' arguments, however, merits special attention. The aircraft manufacturer defendant contended that a flexible approach to preclusion was justified.¹¹⁸ That contention received a particularly harsh reception. The Court characterized the defendant's argument as a sort of free-form borrowing from the class action without adhering to the rules governing the device. Permitting such experimentation could not be justified by the litigation's mere similarity to a class action. As Justice Ginsburg's opinion labeled the argument, the defendant had attempted to cobble together an impermissible "common law" class action.¹¹⁹

Taylor shows the danger of using class action analogies to justify procedural steps in nonclass aggregate litigation. The rigidity with which the Court views the class action, effectively walling it off from other procedural devices, suggests that serious pause must be taken before relying on the body of doctrines and practices from the world of the class action as justifications for maneuvers in the quasi-class action.

2. Consent, Control, and the Class Action Model

The hotly contested issue of claimant consent in the resolution of aggregate litigation also highlights the problem of relying on the class action as the dominant reference point in a post-class action world. When lawyers for Merck entered into a settlement agreement with

¹¹⁷ See Samuel Issacharoff, *Private Claims, Aggregate Rights*, 2008 SUP. CT. REV. 183, 200–01 (labeling the result in *Taylor* as an "easy holding" in light of prior Supreme Court decisions that rejected attempts to loosen the rule against nonparty preclusion). The apparent doctrinal ease with which the Court disposed of *Taylor*, however, does not mean that the case presented trivial questions about aggregate litigation. See *id.* at 202 ("Rather than reaffirm the application of settled rules of procedure, *Taylor* again exposed the inability of modern procedure to capture litigation over claims that exist only in the aggregate."); see also Robert G. Bone, *The Puzzling Idea of Adjudicative Representation: Lessons for Aggregate Litigation and Class Actions*, 79 GEO. WASH. L. REV. 577, 611–14 (2011) (arguing that *Taylor* was incorrectly decided because the plaintiff had no individual right to relitigate the claim at stake in the case).

¹¹⁸ Brief of Respondent Fairchild Corporation at 20, *Taylor*, 553 U.S. 880 (2008) (No. 07-371) (arguing that preclusion is justified when two litigants have similar interests, identical motives, and a relationship that is "close enough" to bring the second litigant within the judgment").

¹¹⁹ *Taylor v. Sturgell*, 553 U.S. 880, 901 (2008) ("An expansive doctrine of virtual representation . . . would 'recogniz[e], in effect, a common-law kind of class action.'" (quoting *Tice v. Am. Airlines, Inc.*, 162 F.3d 966, 972 (7th Cir. 1998)) (second alteration in original)).

law firms representing plaintiffs in the *Vioxx* MDL proceedings, the deal contained terms intended to ensure effective closure without the benefit of the preclusive effect of a settlement in a certified class action. If 85% of claimants did not accept the terms of the settlement, Merck would withdraw its \$4.85 billion offer and continue defending the litigation on a case-by-case basis. To ensure that the 85% threshold would be reached, Merck's settlement offer required that plaintiffs' firms recommend acceptance of the deal to all of their clients.¹²⁰ To make doubly sure, the terms of the settlement initially appeared to require counsel to end their representation of any client who failed to consent to the deal.¹²¹ The mandatory recommendation and mandatory withdrawal provisions sparked heated reaction from the legal commentariat, with a number of scholars criticizing the deal as unethical.¹²²

The need to garner broad consent in the *Vioxx* litigation arose from the reality of aggregate litigation outside the class action. Without the benefit of a certified class in which a single judgment could dispose of the class's claims, only the consent of individual plaintiffs (organized by private ordering on a firm-by-firm basis) could provide the promise of closure in the litigation.¹²³ Otherwise, Merck faced the prospect of having to pay both settlement awards and the costs of continued litigation. The high consent threshold promised that Merck was bargaining for an end to continued litigation on a mass scale.

¹²⁰ See *Vioxx Settlement Agreement*, *supra* note 94, § 1.2.8.1 (providing that counsel for plaintiffs "will recommend to 100% of the Eligible Claimants" represented by counsel that they accept the settlement).

¹²¹ See *id.* § 1.2.8.2 (requiring, "to the extent permitted by the . . . ABA Model Rules of Professional Conduct," that counsel "take . . . all necessary steps to disengage and withdraw from the representation of" nonconsenting claimants). Further explanatory language was later added to soften that aspect of the settlement. See Amendment to Settlement Agreement § 1.2.2 (Jan. 17, 2008), available at http://www.merck.com/newsroom/vioxx/pdf/Amendment_to_Settlement_Agreement.pdf (providing that each lawyer "is expected to exercise his or her independent judgment in the best interest of each client individually before determining whether to recommend enrollment" in the settlement program).

¹²² See, e.g., Howard M. Erichson, *The Trouble with All-or-Nothing Settlements*, 58 U. KAN. L. REV. 979, 1017 (2010) ("Even more starkly, loyalty questions arise when withdrawal is contractually mandated, as in the *Vioxx* settlement. In that circumstance, the deal's all-or-nothing character is itself a function of a disloyalty requirement."); Daniel Costello, *Vioxx Deal May Cause Pain*, L.A. TIMES, Nov. 15, 2007, at C1 (quoting Professor Stephen Gillers's criticisms of the *Vioxx* settlement: "Clients are not inventory that lawyers can just shed when they become inconvenient. It's forbidden.>").

¹²³ See Issacharoff, *supra* note 117, at 217–18 ("In effect, the settlement tried to use the forces of market aggregation to realize the sort of consensual closure that the formal rules of procedure could not provide.").

The real puzzle about the *Vioxx* controversy is why there was so much controversy in the first place. Obviously, the prospect of lawyers reaching a novel resolution of mass litigation with a price tag of billions of dollars could lead to debate and dissension. But, putting aside the initial mandatory withdrawal provision, why were the consent-conditioned features of the *Vioxx* settlement considered novel in the first place? To be sure, there had been previous cases that raised questions about the duties of lawyers in negotiating the settlement of aggregate litigation on terms that appeared to call for nominal consent of individual claimants.¹²⁴ But the nature of the controversy in *Vioxx* was nevertheless puzzling. What could be so suspect about providing for some opportunity for claimants to have a voice in the resolution of their claims?

The debate over the *Vioxx* settlement appeared impoverished due to a lack of some shared conceptual framework or diction to evaluate the matter. The consideration of claimant consent seemed to be so foreign that it left commentators at a loss to find common ground for debate. The debate was framed in terms of the ethical rules governing aggregate settlements.¹²⁵ But those rules turn on informed consent, and much of the debate assumed instead that authentic consent by individual claimants was impossible or highly unlikely.¹²⁶

The reaction to the *Vioxx* settlement becomes less puzzling in light of the diminished importance of consent in the class action.

¹²⁴ Before *Vioxx*, perhaps the most controversial case testing the validity of claimant consent in aggregate litigation was the Phillips 66 chemical plant explosion mass tort litigation. The defendant and lawyers for 126 plaintiffs negotiated a settlement amounting to some \$190 million. Forty-nine of those plaintiffs sued their lawyers on the grounds that the litigation had been resolved in an improper aggregate settlement without development or evaluation of their claims individually, and that the plaintiffs had been coerced into accepting the terms of the settlement. Like the *Vioxx* settlement, the Phillips settlement was criticized as stretching beyond ethical bounds. See Lester Brickman, *Anatomy of an Aggregate Settlement: The Triumph of Temptation over Ethics*, 79 GEO. WASH. L. REV. 700, 709–17 (2011) (describing and condemning actions of plaintiffs' lawyers in the case). The Supreme Court of Texas permitted the plaintiffs to pursue forfeiture of attorneys' fees as a remedy for their lawyers' conduct. *Burrow v. Arce*, 997 S.W.2d 229 (Tex. 1999).

¹²⁵ The American Bar Association's aggregate settlement rule requires informed consent by individual claimants when a lawyer representing multiple plaintiffs in separate actions seeks to settle the cases as part of the same agreement. See MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.8(g) (2010) (forbidding any lawyer who represents multiple clients from making an aggregate settlement without the clients' giving informed consent in writing).

¹²⁶ See Erichson & Zipursky, *supra* note 2, at 300–03 (“The ethical concerns about the *Vioxx* settlement largely boil down to this: when claimants consented to the settlement, their consent was inauthentic”); see also Burch, *Group Consensus, Individual Consent*, *supra* note 5, at 513 (footnote omitted) (“The offer was like *The Godfather's* Don Corleone—‘I’ll make him an offer he can’t refuse’—and thus consent created no moral obligation.”).

Consent in the class action takes on an amorphous shape. In a damages class, consent derives indirectly from a combination of adequate representation, notice to class members, and their failure to exercise the right to exit, or opt out of, the class.¹²⁷ It is an “inferred, ephemeral consent”¹²⁸ that does not seek individualized approval or disapproval from each claimant except through a claimant’s decision to exit the collective and pursue litigation on her own.¹²⁹ Because the doctrinal (and practical) features of class action litigation do not require extended consideration of consent, a large conceptual hole has opened in the post-class action world.

The reliance on the right to opt out of the collective as a second-order proxy for consent makes less sense in nonclass aggregate litigation. The recent practice in quasi-class actions greatly reduces the ability of claimants to untangle their individual action from others gathered in the MDL forum and exit to litigate individually. MDL practice can be frustratingly slow, and judges may effectively block plaintiffs from exiting by postponing adjudication of a motion to remand. Judge Fallon, who presided over the *Vioxx* MDL proceedings, admitted that “the strongest criticism” of the MDL process is that “the centralized forum can resemble a ‘black hole’ into which cases are transferred never to be heard from again.”¹³⁰ The result is that a plaintiff drawn into MDL proceedings has little power to opt out in any meaningful sense. Unless the MDL fails entirely, a plaintiff whose case has been consolidated in MDL proceedings will remain there until the parties reach a global resolution of the litigation. MDL litigation may formally model the assumption of autonomy that lies behind the opt-out right in class actions—because no class has been certified and the litigation retains the form of separate actions merely

¹²⁷ See Coffee, *supra* note 4, at 429 (discussing when consent may be inferred from a claimant’s failure to exit the class).

¹²⁸ Nagareda, *supra* note 3, at 1162.

¹²⁹ To a lesser extent, the class action model also relies on objectors within the class to provide another indirect substitute for individualized consent by class members. Objectors serve in part to police class counsel and to highlight for the courts potentially improper aspects of the action’s resolution. See *Devlin v. Scardelletti*, 536 U.S. 1, 10–11 (2002) (permitting an objecting class member to appeal approval of a settlement, despite his failure to intervene to become a named party, as a “means of protecting himself from being bound by a disposition of his rights he finds unacceptable and that a reviewing court might find legally inadequate”); see also Theodore Eisenberg & Geoffrey Miller, *The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues*, 57 VAND. L. REV. 1529, 1536 (2004) (“The rights of class members to opt-out and object may be seen as a market check on the propensity of counsel to serve their own interests over those of the class.”).

¹³⁰ Fallon et al., *supra* note 39, at 2330; see also Silver & Miller, *supra* note 3, at 123–24 (echoing Judge Fallon’s description).

consolidated for pretrial proceedings—but that assumed autonomy has limited meaning in practice.¹³¹

The emerging quasi-class action thus operates much like an opt-in mechanism, in which a plaintiff's decision in the first instance to pursue a claim against a defendant facing a mass of similar claims all but guarantees her action will be consolidated with others in a central forum. Once inside the collective proceeding, the claimant has a limited ability to exit. Future waves of mass litigation will involve far more examples of that dynamic, such that plaintiffs are more closely analogized to claimants who have opted in rather than class members deemed (as in the damages class action) to consent to the resolution of the litigation by failing to opt out.¹³²

The problem, once again, is that American courts have little experience, and therefore limited comfort, with an opt-in model of class actions.¹³³ There was no need for such experience during the reign of the class action as the basic model of aggregation in litigation. And the class action has now ossified such that introducing some form of opt-in procedure would be unlikely, in any event, without formal amendments to the Federal Rules of Civil Procedure. Indeed, courts have been hostile to interpreting the rules governing the class action with the flexibility that would permit the use of opt-in procedures.¹³⁴ As a result, the default resort to the class action as the touchstone of aggregation in litigation proves to be a handicap in confronting the challenges that will present themselves in future nonclass aggregate litigation.¹³⁵

¹³¹ The assumption of claimant autonomy also builds on the positive value of the individual claim. See FED. R. CIV. P. 23(b)(3)(A) (setting out as one factor in the decision to certify an opt-out class “the class members’ interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions”). In mass tort litigation in which sizeable personal injury awards are at stake, claimants almost always have positive value claims that—at least in theory—could be litigated independently.

¹³² See Jeremy T. Grabill, *Judicial Review of Private Mass Tort Settlements*, 42 SETON HALL L. REV. 123, 124 (2012) (arguing that aggregate litigation has moved toward “a new opt-in paradigm for mass tort settlements”).

¹³³ See John C. Coffee, Jr., *Litigation Governance: Taking Accountability Seriously*, 110 COLUM. L. REV. 288, 302 (2010) (noting “the coolness shown by U.S. courts to the concept of the opt-in class action”).

¹³⁴ See, e.g., *Kern ex rel. Estate of Kern v. Siemens Corp.*, 393 F.3d 120, 124–26 (2d Cir. 2004) (holding that Rule 23 did not permit the certification of an opt-in class); *Clark v. Universal Builders, Inc.*, 501 F.2d 324, 340 (7th Cir. 1974) (observing that opt-in procedures are “contrary to the express language” of Rule 23).

¹³⁵ The courts have had experience with an opt-in form of aggregation under the collective action provision of § 16(b) of the Fair Labor Standards Act of 1938 (FLSA), which provides:

An action . . . may be maintained against any employer . . . by any one or more employees for and in behalf of himself or themselves and other employees similarly situated. No employee shall be a party plaintiff to any such action

Similarly, any move toward majoritarian control by claimants over the resolution of aggregate litigation runs up against the lack of any analogous feature in the class action. The American Law Institute's (ALI) *Principles of the Law of Aggregate Litigation* attempts to fill that gap by permitting claimants in a nonclass aggregation to consent, in advance, to a process that may result in a binding resolution of the litigation based on a supermajority vote of affected claimants.¹³⁶ The ALI proposal rejects the current American Bar

unless he gives his consent in writing to become such a party and such consent is filed in the court in which such action is brought.

29 U.S.C. § 216(b) (2006).

The FLSA's opt-in mechanism works in effect as a permissive joinder device rather than a true class action. Other employment-related legislation incorporates the FLSA's collective action provision. *See, e.g., id.* (providing that the same procedures apply to actions brought under the Equal Pay Act of 1963); *id.* § 626(b) (incorporating the FLSA opt-in mechanism into the Age Discrimination in Employment Act of 1967). Widespread resort to the FLSA collective action by litigants, however, is a relatively recent development, with the number of such actions increasing markedly since the 1990s. *See* Daunta Bembenista Panich & Christopher C. Murray, *Back on the Cutting Edge: "Donning-and-Doffing" Litigation Under the Fair Labor Standards Act*, FED. LAW., Mar./Apr. 2011, at 14, 14 (documenting an increase in litigation under the FLSA since the late 1990s, driven by a surge in collective actions); *Wage Hour Collective Actions Jumped 70 Percent Since 2000, Analysis Shows*, Daily Lab. Rep. (BNA) (Mar. 26, 2004) (noting, as of 2004, that the number of collective actions brought under the FLSA had increased by more than 70% since 2000). More troubling is that courts have been drawn to the vocabulary of the class action when deciding whether to allow the maintenance of collective actions. Terms such as "conditional certification," "decertification," and the like are frequently used in courts' decisions on whether to permit litigation to proceed as a collective action. *See* Allan G. King & Camille C. Ozumba, *Strange Fiction: The "Class Certification" Decision in FLSA Collective Actions*, 24 LAB. LAW. 267, 268 (2009) ("[T]he terms 'conditional certification,' 'decertification,' 'opt-in class action,' and 'conditional notice' are ubiquitous in decisions concerning collective actions . . ."). To be sure, the standard employed by the majority of courts does not copy Rule 23's restrictions. *See* Villatoro v. Kim Son Rest., L.P., 286 F. Supp. 2d 807, 809 (S.D. Tex. 2003) (collecting cases that reject the adoption of Rule 23 class certification standards in collective actions). Nevertheless, although courts have not imported Rule 23 wholesale into the world of the collective action, they have approached the decision to assemble a collective action in ways that resemble the certification process of Rule 23. *See* Lusardi v. Xerox Corp., 747 F.2d 174, 175 (3d Cir. 1984) (affirming a district court's order "conditionally certifying" a "class" under the Age Discrimination in Employment Act of 1967); *see also* Daniel C. Lopez, *Collective Confusion: FLSA Collective Actions, Rule 23 Class Actions, and the Rules Enabling Act*, 61 HASTINGS L.J. 275, 288–89 (2009) (describing the majority approach to "certification" of collective actions).

¹³⁶ PRINCIPLES OF THE LAW OF AGGREGATE LITIG. § 3.17 (2010) [hereinafter ALI Principles]. The ALI Principles provide in pertinent part:

[I]ndividual claimants may, before the receipt of a proposed settlement offer, enter into an agreement in writing through shared counsel allowing each participating claimant to be bound by a substantial-majority vote of all claimants concerning an aggregate-settlement proposal (or, if the settlement significantly distinguishes among different categories of claimants, a separate substantial-majority vote of each category of claimants).

Id. § 3.17(b).

Association (ABA) model rule that disfavors aggregate settlements. The ABA rule requires an attorney to receive the informed consent of each client bound by an aggregate settlement after disclosure of “the existence and nature of all the claims or pleas involved and of the participation of each person in the settlement.”¹³⁷

The ALI proposal provoked criticism on a number of fronts. Prominent critics of the proposal attacked it as a lawyer-empowerment device that overemphasized the value of closure in aggregate litigation.¹³⁸ Criticism of the ALI proposal seemed to come from a deeply held, if vaguely expressed, view that introducing new consent and voting procedures to nonclass aggregation threatened to depart unacceptably from previous models of litigation.¹³⁹ Again, the familiar conceptual framework for aggregate litigation—the class action—does not include a mechanism for group consensus binding individual claimants. Instead, class members gathered into the collective have strictly limited opportunities to voice their approval or disapproval of a settlement. They may object and, if their objection is overruled, they may appeal,¹⁴⁰ but those steps are, as a practical matter, limited avenues that often serve as cover for tactical maneuvering by rival plaintiffs’ law firms.¹⁴¹ Instead, the law of class actions

¹³⁷ MODEL RULES OF PROF’L CONDUCT R. 1.8(g) (2010). In practice, Rule 1.8(g) nullifies any agreement in which plaintiffs agree in advance to be bound by the terms of an aggregate settlement. See *Tax Auth., Inc. v. Jackson Hewitt, Inc.*, 898 A.2d 512, 522 (N.J. 2006) (holding that Rule 1.8(g) “forbids an attorney from obtaining consent in advance from multiple clients that each will abide by a majority decision in respect of an aggregate settlement”); *Hayes v. Eagle-Picher Indus.*, 513 F.2d 892, 894–95 (10th Cir. 1975) (reaching the same conclusion under the predecessor disciplinary rule, DR-5-106).

¹³⁸ See Sybil L. Dunlop & Steven D. Maloney, *Justice Is Hard, Let’s Go Shopping! Trading Justice for Efficiency Under the New Aggregate Settlement Regime*, 83 ST. JOHN’S L. REV. 521, 544–47 (2009) (arguing that proposals to ease aggregate settlements devalue individual claimant liberty in exchange for efficiency); Erichson & Zipursky, *supra* note 2, at 300–03 (arguing that “the notion that the power to accept [the aggregate settlement] lies with the collective clients rather than with counsel is illusory”); Nancy J. Moore, *The Absence of Legal Ethics in the ALI’s Principles of the Law of Aggregate Litigation: A Missed Opportunity—and More*, 79 GEO. WASH. L. REV. 717, 732 (2011) (“[T]he risk remains that the lawyer will favor the interests of some clients over other clients, or that the lawyer will favor his or her own interests by settling cases too quickly.”).

¹³⁹ As Richard Nagareda observed, concerns about nonclass aggregation tend to focus on aspects of aggregation that depart from the traditional class action, even in circumstances when class treatment would not be available. See Nagareda, *supra* note 3, at 1112–13 (observing that the law of aggregation finds itself in a “procedural catch-22” in which litigation invites class treatment but cannot be certified as a class).

¹⁴⁰ See *Devlin v. Scardelletti*, 536 U.S. 1, 14 (2002) (holding that an objecting class member had the power to appeal a court’s approval of a class settlement despite failing to intervene as a named party).

¹⁴¹ Few class members file objections. See Eisenberg & Miller, *supra* note 129, at 1546 tbl.1 (finding, in a sample of 205 class actions, that the mean percentage of objectors is 1.1 and the median percentage is 0.0). Those who object and persist in doing so through an

presumes that the class's named representatives, its judicially appointed counsel, and the court will all serve as fiduciaries protecting the class from unfavorable settlements.¹⁴²

Finally, as the reaction to the ALI proposal suggests, anxiety about the role of lawyers in aggregate litigation animates many of the concerns about claimant consent. Lawyer self-dealing gets exacting attention in nonclass aggregation.¹⁴³ Formally, at least, attorneys' fees in a quasi-class action are a matter of private contract between each claimant and her retained counsel. But private agreements in traditional bipolar litigation typically contain fee terms that reflect the costs and risks of pursuing individual litigation. In aggregate litigation, in which economies of scale result from procedural consolidation by the courts and the pooling of information and resources by counsel, the cost of litigation should be much lower on a per-claimant basis. Thus, a contingency fee of 40% in a traditional personal injury case appears too generous when the plaintiff is one of ten thousand claimants whose claims have been resolved in a quasi-class action. Nevertheless, courts managing quasi-class actions have had to grasp for a justification to disregard the fee terms of private contingent fee agreements between individual plaintiffs and law firms. In the Zyprexa litigation, for example, Judge Weinstein reduced the fee award of some plaintiffs' attorneys partly by analogizing the litigation to a class action and partly by invoking the inherent power of courts to regulate the conduct of lawyers who practice before them.¹⁴⁴

The world of class action litigation certainly has much to say about monitoring and deterring lawyer self-dealing and conflicts of interest. That problem motivates much of the literature on the class action, but the analogy is incomplete. Judicial control over attorneys' fees in the class action is, as Professors Silver and Miller have argued,

appeal may disrupt settlements and delay the payment of fees to class counsel. For that reason, commentators have expressed concern that many objectors are motivated by the prospect of "go away" payments from class counsel eager to close a settlement (and recover their fee award). That tactic may be used by "professional" objectors or by rival plaintiffs' lawyers seeking a share of class counsel's fee award. See Brian T. Fitzpatrick, *The End of Objector Blackmail?*, 62 VAND. L. REV. 1623, 1633-40 (2009) (discussing the concerns raised by professional objectors' maneuvers to delay approval of settlements).

¹⁴² Even so, it is not easy for class members to challenge their representation once a court has appointed class counsel. Not even the lead plaintiff can oust class counsel without a court's approval. See *Lazy Oil Co. v. Witco Corp.*, 166 F.3d 581, 590-91 (3d Cir. 1999) (holding that class counsel may continue to represent the class over the objection of a named plaintiff).

¹⁴³ See Brickman, *supra* note 124, at 700-09 (discussing ethical issues raised by various aggregate litigations and asserting that "lawyer adherence to ethical rules appears to be inversely related to the financial stakes for the lawyer").

¹⁴⁴ *In re Zyprexa Prods. Liab. Litig.*, 424 F. Supp. 2d 488, 491-94 (E.D.N.Y. 2006).

twinned with the common fund doctrine. The requirements of that doctrine, however, may be ill suited for the quasi-class action.¹⁴⁵ Of particular note, the common fund doctrine rests on the premises that claimants have consented to shared attorneys' fee arrangements by failing to exit the collective and that by remaining, those claimants have not hired their own lawyers and are passive recipients of the benefits created by the aggregate proceedings.¹⁴⁶ Those premises make sense in a Rule 23(b)(3) class action, but do not necessarily hold for the typical quasi-class action, in which claimants have limited ability to exit and have retained their own counsel.

Yet courts have relied on the class action as a justification for adjustment of attorneys' fees in quasi-class actions. Once again, the easy reference to the class action as the ideal model of aggregation risks exposing a novel move in quasi-class actions to doubt and later invalidation. My argument, to be clear, is not that judges presiding over MDL proceedings have no basis for adjusting attorneys' fees to reflect more equitable awards. But courts should not be so quick to do so by reference to the class action.

II

AGGREGATION THROUGH BANKRUPTCY

Although the quasi-class action became the chief route for resolving mass tort litigation, a portion of that litigation has proceeded through bankruptcy instead. The Bankruptcy Code originally contained no explicit provision for its use as an aggregate litigation device. Nevertheless, soon after the Code was adopted in 1978, courts and counsel began to experiment with bankruptcy as a means of resolving seemingly intractable litigation. At first, the turn to bankruptcy, which became far more pronounced after *Amchem* and *Ortiz*, was challenged as an abuse of a system designed for the rehabilitation of firms burdened by consensual debts and not tort claims.¹⁴⁷ But the logic of bankruptcy as an aggregation device is clear.

Bankruptcy is simply another form of aggregation. It aims to bring together all claims against a debtor in a single forum for collective resolution. Typically, a bankruptcy case involves claims against a

¹⁴⁵ See Silver & Miller, *supra* note 3, at 121 (arguing that "the attempt to invoke the common fund doctrine in MDLs must fail").

¹⁴⁶ See *id.* at 124, 128 (noting that class members both "lend a degree of consent to the requirement of paying fees" when they voluntarily remain in a class, and "do not have lawyers who contribute in any significant way to the eventual result").

¹⁴⁷ See *In re Johns-Manville Corp.*, 36 B.R. 727, 737-40 (Bankr. S.D.N.Y. 1984) (rejecting the argument that filing a bankruptcy petition to resolve asbestos litigation demonstrated bad faith).

TAB 21

NEW YORK UNIVERSITY LAW REVIEW

VOLUME 96

APRIL 2021

NUMBER 1

ARTICLES

MDL REVOLUTION

ABBE R. GLUCK[†] & ELIZABETH CHAMBLEE BURCH[‡]

Over the past 50 years, multidistrict litigation (MDL) has quietly revolutionized civil procedure. MDLs include the largest tort cases in U.S. history, but without the authority of the class-action rule, MDL judges—who formally have only pretrial jurisdiction over individual cases—have resorted to extraordinary procedural exceptionalism to settle cases on a national scale. Substantive state laws, personal jurisdiction, transparency, impartiality, reviewability, federalism, and adequate representation must all yield if doing so fulfills that one goal.

Somehow, until now, this has remained below the surface to everyone but MDL insiders. Thanks to the sprawling MDL over the opioid crisis—and unprecedented opposition to it—MDL is finally in public view. State attorneys general have resisted the opioid MDL's intense nationalism, its relentless drive to global settlement, its wild procedural innovation, its blurring of differences across state law, and its dramatic assertions of jurisdictional authority. Opiates is the most extraordinary MDL yet, but most big MDLs share many of its features, and Opiates is already the roadmap for the next mega-cases. Moreover, even as resistance to Opiates has dispersed some of the MDL's early power, that resistance itself has come in the form of unusual procedural mechanisms.

MDL is designed for individual cases—giving similar suits filed in different districts an efficient pretrial process before sending them home for trial. In reality, that is pure fiction. Few cases ever return. And the MDL's mode of coordination—from its anti-

[†] Alfred M. Rankin Professor of Law and Faculty Director, Solomon Center for Health Law and Policy, Yale Law School (currently on leave with the White House Counsel's Office; all of the author's work on this Article was completed prior to government service and the views expressed are the author's own).

[‡] Fuller E. Callaway Chair in Law, University of Georgia School of Law. Thanks to Sam Issacharoff, Alexandra Lahav, Henry Monaghan, and Judith Resnik; to Adam Zimmerman for helping us develop these ideas; and to Bardia Vaseghi, Simone Seiver, and Mollie Fiero for outstanding research assistance. Copyright © 2021 by Abbe R. Gluck & Elizabeth Chamblee Burch.

instead. Federal Rule 1 is famously something of a paradox itself: It tells us that the Rules aspire to the “just, speedy, and inexpensive” resolution of all cases.¹⁷ It implicitly tells us, with its own self-contradiction, that “just” procedure may have to strike a *balance*. We offer several improvements in this spirit—suggestions that recognize the benefits of some MDL centralization but do more to put the MDL on surer constitutional footing. Among these are more pretrial motion practice, more appellate review, more remands to the home forum, more attention to differences in state substantive law, adequate representation in selection of counsel, and respect for federalism boundaries.

The precedents set by *Opiates* will be woven into MDL common law only to become a building block for further experimentation by future MDLs; the *Juul* MDL currently underway is already looking to *Opiates* for inspiration. That’s how MDL common law develops, exceptional case by exceptional case until the exception becomes the norm.¹⁸ The question is in which direction it will go.

I

THE EXTRAORDINARY WORLD OF ORDINARY MDL

MDLs were born a half-century ago, in 1968, as the quieter sibling of class actions.¹⁹ Initially conceived to accommodate a rash of antitrust litigation against electrical equipment manufacturers,²⁰ MDLs have evolved into a more prominent procedural mechanism than ever imagined. As noted, since 1992, new MDL filings have

Tolerance Solution to the Duplicative Litigation Problem, 75 NOTRE DAME L. REV. 1347, 1361 (2000) (suggesting that if parallel litigation exists in state and federal court, the federal court should be required to either stay its proceedings or enjoin the parties from continuing their state court action); William W. Schwarzer, Alan Hirsch & Edward Sussman, *Judicial Federalism: A Proposal to Amend the Multidistrict Litigation Statute to Permit Discovery Coordination of Large-Scale Litigation Pending in State and Federal Courts*, 73 TEX. L. REV. 1529 (1995) (arguing for the expansion of federal jurisdiction to curb duplicative litigation).

¹⁷ FED. R. CIV. P. 1.

¹⁸ See *In re Juul Labs, Inc., Mktg., Sales Pracs. & Prods. Liab. Litig.*, No. 19-md-02913, 2020 WL 6271173, at *59 (N.D. Cal. Oct. 23, 2020) (“Decisions from the opioid multidistrict litigation before the Northern District of Ohio are instructive.”); cf. Jeff Overley & Emily Field, *What Attys Should Know as Juul Battles Blaze of Litigation*, LAW360 (Feb. 14, 2020, 7:15 PM), <https://www.law360.com/articles/1213895/what-attys-should-know-as-juul-battles-blaze-of-litigation> (noting that at least nine state attorneys general have sued Juul).

¹⁹ 28 U.S.C. § 1407.

²⁰ Blake M. Rhodes, Comment, *The Judicial Panel on Multidistrict Litigation: Time for Rethinking*, 140 U. PA. L. REV. 711, 713–14 (1991).

steadily climbed from a low of five percent of the federal civil docket to a high of twenty-one percent.²¹

One of us has labeled MDLs an instantiation of modern, “unorthodox civil procedure”; both of us have detailed how they deviate from traditional procedural norms and rules.²² MDLs are the nationalist animals in procedure’s federalist system—a system organized, even at the federal level, by state-centered notions of jurisdiction. There are no special rules for these mega-cases. Instead, MDL norms and innovations develop case by case, creating their own common law of MDL procedure separate from, and at times in tension with, the transsubstantivity of the uniform Federal Rules.

MDLs also depend almost entirely on thin notions of consent, rather than formal allocations of power, and so disrupt traditional adversarial and hierarchical relationships among their players, turning judges and lawyers into deeply collaborative partners in “practical problem solving.”²³ These cases are characterized by aggressive case management and judicial innovation. Yet, in another deviation from the norm, because most critical MDL rulings are pretrial orders, they are rarely treated as precedential and few are subject to customary appellate review.²⁴

Even though these unorthodoxies are standard fare to insiders who know how the game is played, they surprise even most legal experts. And *Opiates* pushes MDL even further, making the extraordinary-turned-ordinary extraordinary once again. In this Part we introduce the “ordinary” MDL basics, including its significant differences from class actions. We turn to *Opiates* in the next Part.

A. MDL Formation

The types of cases centralized in MDLs run the gamut from securities, employment, and antitrust to products liability, sales practices, and common disasters.²⁵ While class actions are sometimes certified within MDLs, especially in antitrust and securities cases, Supreme Court opinions beginning in the late 1990s, combined with federal legislation, have rendered class actions increasingly scarce in products

²¹ Williams, *supra* note 2, at 1272.

²² Gluck, *supra* note 4; ELIZABETH CHAMBLEE BURCH, MASS TORT DEALS: BACKROOM BARGAINING IN MULTIDISTRICT LITIGATION (2019).

²³ Gluck, *supra* note 4, at 1673 (quoting a noted MDL judge).

²⁴ See *infra* Section I.E.

²⁵ See MDL Statistics Report - Docket Type Summary, U.S. JUD. PANEL ON MULTIDISTRICT LITIG. (Dec. 15, 2020), https://www.jpml.uscourts.gov/sites/jpml/files/Pending_MD_Litigation_By_MD_Type-December-15-2020.pdf (identifying active MDLs).

liability and common disasters.²⁶ But those cases haven't gone away—MDL has filled the aggregation void. Products liability makes up around one-third of all MDL *proceedings* and ninety-seven percent of all currently pending *cases* centralized through MDL.²⁷ Mega-proceedings with 1,000 or more cases are increasingly common and can feature a mix of personal-injury allegations alongside economic or more public-facing claims like public nuisance.²⁸ Our focus here is on mega-MDLs because they are the ones exerting pressure on the system, but the ways in which they do so can likewise impact smaller proceedings.

MDLs begin when the Judicial Panel on Multidistrict Litigation (JPML) decides that centralizing factually related cases before a single judge (the “transferee” or “MDL” judge) will serve “the convenience of parties and witnesses and will promote the just and efficient conduct of such actions.”²⁹ The JPML’s choice of forum can have major significance for the parties, affecting everything from which lawyers will control the proceeding to what common law will apply to matters of federal law and procedure.³⁰ Similar cases filed and removed after

²⁶ See *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 564 U.S. 338, 349–52 (2011) (strengthening the commonality requirement for class certification under Rule 23(a)(2)); *Amchem Prods., Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 624–26 (1997) (holding that a settlement class of asbestos claimants did not meet Rule 23(b)(3)’s predominance requirement or Rule 23(a)(4)’s adequacy requirement because of claimants’ disparate levels of exposure, injury, and potential for future injury); Class Action Fairness Act of 2005, Pub. L. No. 109-2, 119 Stat. 4 (codified as amended in scattered sections of 28 U.S.C.) (expanding federal jurisdiction over class actions); Resnik, *supra* note 2, at 1769 n.5, 1775–77 (noting that, although data on class actions are limited, interventions by Congress and the Supreme Court have had the effect of curbing class actions).

²⁷ *MDL Statistics Report - Docket Type Summary*, *supra* note 25 (listing 59 of 178 pending MDLs as products liability proceedings); see *MDL Statistics Report - Distribution of Pending MDL Dockets by Actions Pending*, U.S. JUD. PANEL ON MULTIDISTRICT LITIG. (Dec. 15, 2020), https://www.jpml.uscourts.gov/sites/jpml/files/Pending_MD_L_Dockets_By_Actions_Pending-December-15-2020.pdf (adding the total actions in the 59 pending MDLs equals 322,443 cases out of a total of 330,816 cases pending on the MDL docket). One MDL alone, *In re 3M Combat Arms Earplug Products Liability Litigation*, accounts for sixty-two percent of all pending MDL cases with 207,702 current cases. *Id.*

²⁸ Ninety-two percent of all proceedings with 1,000 or more cases are products liability proceedings. Williams, *supra* note 2, at 1274–75.

²⁹ 28 U.S.C. § 1407(a). The JPML comprises seven federal judges selected by the Chief Justice. *Id.* § 1407(d).

³⁰ Choice of state substantive law in diversity cases is still governed by *Klaxon*, which requires a federal district court to apply the choice of law rules of the state in which it sits. See *Van Dusen v. Barrack*, 376 U.S. 612 (1964) (holding that a transferee court must apply the choice of law rules of the state in which the transferor court sits). Courts have split over how to treat the filing of cases directly in the MDL that could not have been filed there without the defendant’s consent. Compare *In re Trasylol Prods. Liab. Litig.*, No. 08-md-01928, 2011 WL 1033650, at *3 (S.D. Fla. Jan. 18, 2011) (applying the choice of law rules of the state in which the MDL court sits in cases filed directly in the MDL), with *In re Yasmin & Yaz (Drosiprenone) Mktg., Sales Pracs. & Prods. Liab. Litig.*, No. 09-md-02100, 2011

the initial order, dubbed “tag-along” cases, likewise find themselves before the same judge—who might be across the country—either through the circuitous route of JPML transfer or by filing directly in the MDL.³¹

Unlike the more demanding prerequisites for certifying a class action under Rule 23, the MDL statute requires only that there be “one or more common questions of fact . . . pending in different districts.”³² Its drafters considered and rejected a predominance requirement like that of Rule 23(b)(3), relying instead on the idea that these were individual cases that would eventually return home, thereby clearing the way for MDLs to host a variety of loosely related cases whose parties’ aims and desires might align on some matters and differ on others.³³

B. MDL Representation

Adequate representation, the class action’s due process linchpin, also was not a major concern to the MDL statute’s drafters.³⁴ Most plaintiffs had their own attorneys and the statute’s built-in limit—pre-trial proceedings only—seemed to ensure that their lawyers could try their cases on their home turf and preserve their chosen law.

That view proved idealistic. Instead, the MDL Paradox—its formal grounding in individual actions but de facto practice of centralization—is the reality. Although most plaintiffs enter the MDL proceeding with their own attorney, the decisional control that representation usually implies is typically illusory. Most mass-tort plaintiffs find their lawyers through social media and Internet searches (an entire “lead generation” industry has emerged to sell potential client leads to lawyers).³⁵ And even those who hire law firms directly

WL 1375011, at *4–6 (S.D. Ill. Apr. 12, 2011) (applying the choice of law rules of the state in which a claim accrued in cases filed directly in the MDL).

³¹ See Andrew D. Bradt, *The Shortest Distance: Direct Filing and Choice of Law in Multidistrict Litigation*, 88 NOTRE DAME L. REV. 759, 787–88, 794–95 (2012) (discussing how “tag-along” plaintiffs are transferred to the MDL judge and how many litigants file directly in the MDL court).

³² 28 U.S.C. § 1407(a).

³³ See Bradt, *supra* note 4, at 1731–37 (discussing the MDL statute’s legislative history, culminating in its rejection of a predominance requirement).

³⁴ See *id.* at 1716 (“[J]udgments made by the MDL court do not formally bind any absentees, because presumably there are none. . . . [So] no provision is made for adequate representation.”).

³⁵ See, e.g., Sara Randazzo & Jacob Bunge, *Inside the Mass-Tort Machine that Powers Thousands of Roundup Lawsuits*, WALL ST. J. (Nov. 25, 2019, 11:48 AM), <https://www.wsj.com/articles/inside-the-mass-tort-machine-that-powers-thousands-of-roundup-lawsuits-11574700480> (discussing the use of social media, television advertisement, and lead generation companies to recruit plaintiffs in mass-tort cases).

typically find that those attorneys refer their cases to specialists who have the expertise and finances to fuel claims against industry giants.³⁶ The end result is a client who may find herself represented by multiple lawyers and law firms, most of whom she has limited or no interaction with.

A second layer of lawyers further complicates representational questions. Cases transferred into the MDL often come from around the country, and then MDL judges appoint plaintiffs' leadership. From lead counsel to steering and executive committees, judges select only a handful of plaintiffs' attorneys to do the pretrial tasks that individual lawyers would typically perform, including conducting discovery, filing motions, and negotiating settlements.³⁷ Plaintiffs themselves have no say in who the judge chooses. They cannot fire leaders even when they feel their interests are being ignored, and they regain control only in the unlikely event of remand to their home jurisdictions. Departing again from the class-action model in selecting MDL leadership, most MDL judges focus on attorneys' previous experiences, financial resources, and cooperative tendencies rather than indicia of adequate representation.³⁸ But, as we detail in Part IV, it is constitutionally suspect to bind a plaintiff to a settlement if she is not adequately represented by counsel purporting to speak for the whole.

The selected lead lawyers receive a "common-benefit fee," which can be considerable—if *Opiates*'s twenty-one leaders were to get their requested seven percent common-benefit fee based on an initial \$50 billion settlement offer, they would split \$3.5 billion.³⁹ Unlike their class-action kin, however, no federal rules formalize any process for

³⁶ BURCH, *supra* note 22, at 15–16.

³⁷ One study of all MDLs (not just those involving products liability) suggested that "many" orders left leadership duties undefined. David L. Noll, *What Do MDL Leaders Do? Evidence from Leadership Appointment Orders*, 24 LEWIS & CLARK L. REV. 433, 464 (2020).

³⁸ See Hon. Stanwood R. Duval, Jr., *Considerations in Choosing Counsel for Multidistrict Litigation Cases and Mass Tort Cases*, 74 LA. L. REV. 391 (2014) (listing the factors mentioned but nowhere mentioning adequate representation). If there is a class certified within the MDL, Rule 23 applies for selection of class counsel; there may or may not still be lead MDL counsel in that situation.

³⁹ See Motion for Entry of Order Establishing Common Benefit Fund at 5, *In re Nat'l Prescription Opiate Litig.*, No. 17-md-02804 (N.D. Ohio Jan. 28, 2020), ECF No. 3111 (proposing a seven percent common-benefit fee); Sari Horwitz, Debbie Cenziper & Steven Rich, *As Opioids Flooded Tribal Lands Across the U.S., Overdose Deaths Skyrocketed*, WASH. POST (June 29, 2020), <https://www.washingtonpost.com/graphics/2020/national/investigations/native-american-opioid-overdose-deaths> (noting that states rejected opioid distributors' settlement offer of \$18 billion and have suggested a nationwide payout of \$25 billion to \$50 billion). Judge Polster has denied the request for common-benefit fees without prejudice. Order Denying Without Prejudice the PEC's Motion for Common

objecting to, or even authorizing judges to award, common-benefit fees.⁴⁰ Rather, the practice has evolved through MDL common law and equitable powers.⁴¹ In another deviation, widely used but controversial and often coercive participation agreements often cover not only plaintiffs *in* the MDL but plaintiffs *outside* of its jurisdiction, in state court cases, who might have benefitted from coordinated discovery.⁴² Common-benefit fees have caused tensions with parallel state court systems, with state court judges and attorneys often bullied into acquiescing to the federal MDL attorneys' fees as a precondition of settlement.⁴³

Benefit Fee Order at 2, 6, *In re Nat'l Prescription Opiate Litig.*, No. 17-md-02804 (N.D. Ohio July 27, 2020), ECF No. 3397.

⁴⁰ See Charles Silver & Geoffrey P. Miller, *The Quasi-Class Action Method of Managing Multi-District Litigations: Problems and a Proposal*, 63 VAND. L. REV. 107, 131–32 (2010) (analyzing the emergence of common-benefit fees in terms of strategic action by MDL lead attorneys). See generally Fallon, *supra* note 13, at 375 (“The [common-benefit fund] is created by taxing persons other than a particular client for legal services beneficial to such persons thus spreading the cost of the litigation to all beneficiaries of these services.”).

⁴¹ E.g., *In re Vioxx Prods. Liab. Litig.*, 802 F. Supp. 2d 740, 770–71 (E.D. La. 2011) (grounding the court's authority to establish a common-benefit fund in equity, quantum meruit, inherent managerial authority, and the terms of the settlement agreement); *In re Genetically Modified Rice Litig.*, No. 06-md-01811, 2010 WL 716190, at *4 (E.D. Mo. Feb. 24, 2010) (deriving the court's authority to establish a trust to compensate counsel from its managerial power over the MDL and its inherent equitable power).

⁴² E.g., *In re Avandia Mktg., Sales Prac. & Prods. Liab. Litig.*, 617 F. App'x 136, 139, 143–44 (3d Cir. 2015) (holding, based in part on a participation agreement, that the MDL court's order assessing a seven percent common-benefit fee applied to all related claims against the defendant, including claims filed in state court).

⁴³ See, e.g., ATE Master Settlement Agreement, § 4.01(B)–(C), *In re Yasmin & Yaz (Drospirenone) Mktg., Sales Prac. & Prods. Liab. Litig.*, No. 09-md-02100 (S.D. Ill. Aug. 3, 2015), ECF No. 3786-1 (stipulating that nine percent of designated settlement funds will be reserved for common-benefit fees and expenses); Settlement Agreement, § 1.03, *In re Yasmin & Yaz (Drospirenone) Mktg., Sales Prac. & Prods. Liab. Litig.*, No. 09-md-02100 (S.D. Ill. Mar. 15, 2013), ECF No. 2739 (Exhibit A) (requiring that claimants opting into the settlement agreement who have pending state court claims agree to the MDL court's jurisdiction and, presumably, its fee awards); Master Settlement Agreement, § 10.04, *In re Actos (Pioglitazone) Prods. Liab. Litig.*, No. 11-md-02299 (W.D. La. Apr. 28, 2015), available at <https://www.actosofficialsettlement.com/Documents.aspx> (imposing a common-benefit-fee assessment and requiring litigants opting into the settlement to waive their right to appeal “any order entered by the MDL court associated with the settlement”); Settlement Agreement, § 4.1.8, *In re DePuy Orthopaedics, Inc. Hip Implant Prods. Liab. Litig.*, No. 10-md-02197 (N.D. Ohio Nov. 19, 2013), available at https://www.usasrhipsettlement.com/Un-Secure/Docs/FINAL_ASR_SETTLEMENT.pdf (requiring that all settlement claimants and their attorneys, whether their cases are pending before the MDL or elsewhere, consent to be bound by the MDL court's order imposing a six percent common-benefit-fee assessment); 2015 ASR Settlement Agreement, § 4.1.8, *In re DePuy Orthopaedics, Inc. Hip Implant Prods. Liab. Litig.*, No. 10-md-02197 (N.D. Ohio Mar. 2, 2015), available at https://www.usasrhipsettlement.com/Un-Secure/Docs/Final_2015_ASR_Settlement_Agreement.pdf (same).

MDLs likewise differ from most class actions in that litigants are not given the ability to opt *out*. Without a plaintiff's consent, a transfer order can move her case across the country to a foreign federal court led by different counsel than the one she chose. Because so few cases ever return, the MDL is often likened to a "black hole."⁴⁴ Civil procedure tends to be preoccupied with the due process rights of *defendants* in geographically dispersed actions; instead, these cases raise due process concerns for *plaintiffs*. Due process concerns arise from forced aggregation into what is usually a dispositive, preclusive action, as well as from the questionable assumption that the MDL judge has nationwide jurisdiction over the entire plaintiff population.⁴⁵

Importantly, the MDL statute does not confer nationwide jurisdiction on transferee judges, even as those judges attempt to exert control over the whole.⁴⁶ Instead, what makes the MDL court's exercise of power constitutional is that the *transferor* court (the court from which the action came) can properly exercise personal jurisdiction over both the plaintiff and the defendant.⁴⁷ Because the suit will supposedly return for trial, all's well that ends well. But a remand is no longer a convenient fiction; it's a virtual impossibility. That reality raises questions about MDL judges' constitutional authority over the parties.

C. *The Fiction of MDL Remand*

The MDL statute states that any action transferred to an MDL "shall be remanded by the panel at or before the conclusion of such pretrial proceedings to the district from which it was transferred."⁴⁸ In reality—and despite the fact that the constitutionality of MDL is

⁴⁴ Hon. Eduardo C. Robreno, *The Federal Asbestos Product Liability Multidistrict Litigation (MDL-875): Black Hole or New Paradigm?*, 23 WIDENER L.J. 97, 126 (2013).

⁴⁵ In contrast, in the class-action context, *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797, 812–14 (1985) held that absent class members did not need to have minimum contacts with the forum state if they could opt out—that is, the choice to stay equates to consent.

⁴⁶ See 28 U.S.C. § 1407(a) (providing that transferred actions shall be remanded to their original district courts after pretrial proceedings end, unless they have already been terminated).

⁴⁷ See *In re FMC Corp. Pat. Litig.*, 422 F. Supp. 1163, 1165 (J.P.M.L. 1976) ("Transfers under Section 1407 are simply not encumbered by considerations of in personam jurisdiction and venue. A transfer under Section 1407 is, in essence, a change of venue for pretrial purposes." (citations omitted)); Andrew D. Bradt & D. Theodore Rave, *Aggregation on Defendants' Terms: Bristol-Myers Squibb and the Federalization of Mass-Tort Litigation*, 59 B.C. L. REV. 1251, 1296–97 (2018) ("So long as the cases were originally filed in (or removed to) a district court that has personal jurisdiction . . . the MDL transferee court does not need an independent basis for personal jurisdiction over the temporarily transferred cases.").

⁴⁸ 28 U.S.C. § 1407(a) (emphasis added).

TAB 22

RESPONSE

What MDL and Class Actions Have in Common

*Howard M. Erichson**

I.	WHAT MDL AND CLASS ACTIONS HAVE IN COMMON.....	31
	A. <i>Problems of Settlement Monopoly Power</i>	31
	B. <i>Safeguards against Abuse</i> <i>of Settlement Monopoly Power</i>	34
II.	WHAT MDL AND CLASS ACTIONS DO NOT HAVE IN COMMON	36

In *Monopolies in Multidistrict Litigation*,¹ Elizabeth Chamblee Burch looks at leadership counsel in multidistrict litigation (“MDL”) through the lens of repeat-player power and monopolization. She shows that a small number of lawyers dominate the market for membership on plaintiff steering committees and for lead counsel, liaison counsel, and other leadership roles. The dominance of these repeat players, she explains, allows them to fashion approaches that benefit themselves and each other in one MDL after another. To demonstrate that monopoly power benefits “producers” (MDL leadership counsel) and harms “consumers” (individual plaintiffs), Burch points to particular types of settlement terms that these lawyers routinely insert in the deals they negotiate. These settlement provisions, she argues, offer advantages to leadership counsel and to defendants rather than to the plaintiffs whose interests the lawyers purportedly represent. Burch’s powerful article—which refuses to accept the status quo and refuses to bow to powerful forces on all sides of mass litigation—makes an

* Professor, Fordham University School of Law.

1. Elizabeth Chamblee Burch, *Monopolies in Multidistrict Litigation*, 70 VAND. L. REV. 67 (2017).

II. WHAT MDL AND CLASS ACTIONS DO NOT HAVE IN COMMON

Despite the structural similarity between monopoly power over MDL settlements and monopoly power over class action settlements, there are important differences in the particulars.

Class actions, as Burch points out, offer formal judicial-procedural safeguards that exist only informally in MDL. Whereas MDL judges may weigh in on settlements as a matter of discretion and as a source of information to the settling parties,²⁸ the class action rule builds in a formal requirement: it demands that judges provide notice, hold a hearing, and make findings of fairness and adequacy as a prerequisite to the binding effect of any class settlement.²⁹ Whereas MDL judges may consider the adequacy of lawyers appointed to leadership positions, the class action rule again builds in a formal requirement: it allows class certification only after a judicial finding of adequate representation,³⁰ which is also a necessary condition for any class action settlement or judgment to have a binding effect.³¹

I share some of Burch's concerns that MDL settlements put claimants in a position akin to that of absent class members but without the same formal protections. More than a decade ago, I wrote the following on the difference between class and non-class proceedings in the wake of the Supreme Court's rejection of a pair of asbestos settlement class actions:

Indeed, one irony of *Amchem* and *Ortiz* is that the Supreme Court was so protective of the interests of mass tort plaintiffs, so concerned that absent class members would not be treated fairly, that as a practical matter it sent most mass tort plaintiffs into non-class collective representation where they are treated much like absent class members but without the safeguards of class action procedure.³²

But even in the absence of formally equivalent structures, MDL judges for mass disputes play an increasingly similar role to that of class action judges.

Also, it is worth remembering that the reason for the additional formal safeguards in class actions is that class actions bind non-parties, while MDL adjudications bind only those who are parties to lawsuits that have been transferred to the MDL, and MDL non-class settlements bind only those who affirmatively consent to the settlement after proper

28. *See id.*

29. *See* Fed. R. Civ. P. 23(e).

30. *See* Fed. R. Civ. P. 23(a)(4).

31. *See* *Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32 (1940); *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Epstein*, 516 U.S. 367 (1996).

32. Howard M. Erichson, *A Typology of Aggregate Settlements*, 80 NOTRE DAME L. REV. 1769, 1774 (2005).

disclosure. For the most part, parties bound by MDL judgments and settlements are those who have hired lawyers and filed lawsuits. Class action judgments and settlements, by contrast, bind all those who fall within a certified class and who did not opt out. The power to bind non-parties makes runaway class lawyers more dangerous than runaway MDL lead lawyers. The opportunity to bind claimants to a deal, despite their lack of consent, is precisely what makes settlement class actions so appealing to defendants and to putative class counsel.

In other words, rather than thinking of class actions and MDL in terms of *greater* and *lesser* safeguards, it makes more sense to think of them as encompassing *different* safeguards. Class actions, because they bind non-parties, emphasize formal judicial safeguards such as class certification, formal appointment of class counsel, and formal review of proposed settlements. MDL non-class settlements, because they bind only affirmative settlement participants, offer the protection of client consent backed by lawyers' ethical responsibility of disclosure.³³ Thus, even as Burch calls attention to the dangers of MDL settlements and the absence of formal procedural safeguards in MDL, it is important not to lose sight of the parallel problems in class actions where, despite safeguards, the risks remain significant.

But perhaps the most important distinction between class actions and MDL is one that underscores the significance of Burch's argument. Unlike MDL, class certification relies on a finding of class cohesion sufficient to permit classwide adjudication. Leaving aside the problem of settlement class actions, class certification empowers class counsel and class representatives to litigate their claims collectively at trial, and thus to negotiate in the shadow of such potential adjudication. The class certification process focuses the court's attention on whether the class claims are cohesive enough to permit classwide adjudication. A case proceeds as a class action only if its proponents show that the claims meet the requirements of commonality, typicality, adequacy of representation, and—for money damages class actions under Rule 23(b)(3)—predominance of common issues over individual issues.³⁴ When a judge finds such cohesion and certifies a class for purposes of litigation, the class and its lawyer obtain the settlement leverage that results from the empowerment to achieve classwide adjudication. Thus, when a settlement deal is struck after a court has certified a class for

33. See ABA Model Rule of Prof. Conduct 1.8(g).

34. See Fed. R. Civ. P. 23(a)(2)–(4), 23(b)(3); *Wal-Mart Stores v. Dukes*, 564 U.S. 338 (2011) (rejecting a Rule 23(b)(2) employment discrimination class action in part for lack of commonality); *Amchem Prods. v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997) (rejecting a Rule 23(b)(3) asbestos settlement class action in part for lack of class cohesion).

purposes of litigation, there is reason to be somewhat less skeptical about whether the deal reflects real leverage on behalf of the plaintiffs.

MDL neither demands such cohesion nor provides claimants the right to a collective adjudication. The MDL statute combines the language of venue transfer³⁵ with the language of consolidation.³⁶ Rather emphatically, it is neither a joinder provision³⁷ nor a provision for representative litigation.³⁸ Although it creates a setting that facilitates the negotiation of collective resolutions, MDL is not designed with collective adjudication in mind.

In the end, the difference between MDL and class actions is not about the risk that individual claimants might get the short end of the stick while the lawyers make out like bandits. That risk exists in *both* MDL and class actions. Nor is the difference that the judge has a large role to play in one but not the other. In both MDL and class actions, the judge plays an important role in protecting against unfair settlements. But in terms of empowerment, class actions—when certified for purposes of litigation—offer an upside that MDL does not match, which is the power of the lead lawyers to pursue collective adjudication on behalf of the entire group of claimants. Because MDL is theoretically a more modest form of aggregation, it appropriately lacks a finding of sufficient cohesion to permit representative litigation and adjudication. And without the power to pursue claims to collective adjudication, MDL lead lawyers lack the leverage that lawyers have in litigation class actions.

Burch identifies important problems in how MDL resolves mass disputes. She sets up the problem as a contrast to class actions, which as a formal matter have stronger judicial and procedural safeguards than MDL. I have suggested here that class actions can be viewed as raising a parallel set of problems to the ones Burch discusses. Although class actions and MDL differ in significant ways, these differences cannot be reduced to a story of monitored class counsel versus unmonitored MDL counsel. Rather, the similarities between MDL and class actions run deep, and the differences between them cut in multiple directions as they relate to the problem of self-serving lawyer conduct and inadequate resolutions for claimants.

35. Compare 28 U.S.C. § 1407, with 28 U.S.C. § 1404 (venue transfer).

36. Compare 28 U.S.C. § 1407, with Fed. R. Civ. P. 42(a) (consolidation).

37. Compare 28 U.S.C. § 1407, with Fed. R. Civ. P. 20 (permissive joinder), and Fed. R. Civ. P. 19 (compulsory joinder).

38. Compare 28 U.S.C. § 1407, with Fed. R. Civ. P. 23 (class action).