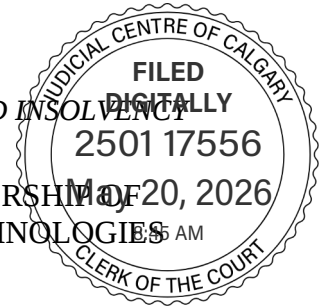


COURT FILE NUMBER 2501-17556

COURT COURT OF KING'S BENCH OF ALBERTA

JUDICIAL CENTRE CALGARY

IN THE MATTER OF *THE BANKRUPTCY AND INSOLVENCY ACT*, R.S.C. 1985, c. B-3, AS AMENDED
AND IN THE MATTER OF THE RECEIVERSHIP OF
EXRO TECHNOLOGIES INC., DPM TECHNOLOGIES
INC., AND CELLEX ENERGY INC.



DOCUMENT BOOK OF AUTHORITIES

ADDRESS FOR SERVICE
AND CONTACT
INFORMATION OF PARTY
FILING THIS DOCUMENT

Gowling WLG (Canada) LLP
1600, 421 – 7th Avenue S.W.
Calgary, AB T2P 4K9
Attention: Sam Gabor / Asim Iqbal
Telephone: (403) 298-1946 / (403) 298-1976
Facsimile: (403) 263-9193
Email: sam.gabor@gowlingwlg.com/
asim.iqbal@gowlingwlg.com
File No. G10072963

TABLE OF AUTHORITIES

Tab	Authority
1.	<u>Target Canada Co, Re, 2015 ONSC 7574</u>
2.	<u>Triple-I Capital Partners Limited v 12411300 Canada Inc, 2023 ONSC 3400</u>
3.	<u>Yukon (Government of) v BYG Natural Resources Inc, 2025 YKSC 59</u>
4.	<u>Bank of Nova Scotia v Diemer, 2014 ONCA 851</u>
5.	<u>Re Nortel Networks Corporation et al, 2017 ONSC 673</u>
6.	<u>Alignvest Private Debt Ltd. v. Surefire Industries Ltd., 2015 ABQB 148</u>
7.	<u>Peace River Hydro Partners v. Petrowest Corp., 2022 SCC 41</u>
8.	<u>1057863 B.C. Ltd. (Re), 2022 BCSC 759</u>
9.	<u>9354-9186 Québec inc. v. Callidus Capital Corp., 2020 SCC 10</u>
10.	<u>Pinnacle Capital Resources Ltd v Kraus Inc, 2012 ONSC 6376</u>
11.	<u>Royal Bank of Canada v. 1514357 Ontario Ltd., 2013 ONSC 2602 (CanLII)</u>
12.	<u>Meadow Rue Holdings Ltd. v. Alberta, 1989 CanLII 3433 (AB QB)</u>
13.	<u>Haunert-Faga v Faga, 2013 ONSC 1581</u>
14.	<u>Chien v Canada Eighty-Eight Fund, 2005 BCSC 466</u>
15.	<u>Bankruptcy and Insolvency Act, RSC 1985, c B-3, Part -1</u>

Tab

1

CITATION: Target Canada Co. (Re), 2015 ONSC 7574
COURT FILE NO.: CV-15-10832-00CL
DATE: 2015-12-11

SUPERIOR COURT OF JUSTICE - ONTARIO

RE: **IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT
OF TARGET CANADA CO., TARGET CANADA HEALTH CO.,
TARGET CANADA MOBILE GP CO., TARGET CANADA PHARMACY
(BC) CORP., TARGET CANADA PHARMACY (ONTARIO) CORP.,
TARGET CANADA PHARMACY CORP., TARGET CANADA
PHARMACY (SK) CORP. AND TARGET CANADA PROPERTY LLC.**

BEFORE: Regional Senior Justice Morawetz

COUNSEL: *J. Swartz and Dina Milivojevic*, for the Target Corporation

Jeremy Dacks, for the Target Canada Entities

Susan Philpott, for the Employees

Richard Swan and S. Richard Orzy, for Rio Can Management Inc. and KingSett Capital Inc.

Jay Carfagnini and Alan Mark, for Alvarez & Marsal, Monitor

Jeff Carhart, for Ginsey Industries

Lauren Epstein, for the Trustee of the Employee Trust

Lou Brzezinski and Alexandra Teodescu, for Nintendo of Canada Limited, Universal Studios, Thyssenkrupp Elevator (Canada) Limited, United Cleaning Services, RPJ Consulting Inc., Blue Vista, Farmer Brothers, East End Project, Trans Source, E One Entertainment, Foxy Originals

Linda Galessiere, for Various Landlords

ENDORSEMENT

[1] Alvarez & Marsal Canada Inc., in its capacity as Monitor of the Applicants (the “Monitor”) seeks approval of Monitor’s Reports 3-18, together with the Monitor’s activities set out in each of those Reports.

[2] Such a request is not unusual. A practice has developed in proceedings under the Companies’ Creditors Arrangement Act (“CCAA”) whereby the Monitor will routinely bring a

... in addition to the rights, and protections afforded the Monitor under the CCAA or as an officer of the Court, the Monitor shall incur no liability or obligation as a result of its appointment or the carrying out of the provisions of this Order, including for great certainty in the Monitor's capacity as Administrator of the Employee Trust, save and except for any gross negligence or wilful misconduct on its part.

[12] The Monitor sets out a number of reasons why it believes that the requested relief is appropriate in these circumstances. Such approval

- (a) allows the monitor and stakeholders to move forward confidently with the next step in the proceeding by fostering the orderly building-block nature of CCAA proceedings;
- (b) brings the monitor's activities in issue before the court, allowing an opportunity for the concerns of the court or stakeholders to be addressed, and any problems to be rectified in a timely way;
- (c) provides certainty and finality to processes in the CCAA proceedings and activities undertaken (eg., asset sales), all parties having been given an opportunity to raise specific objections and concerns;
- (d) enables the court, tasked with supervising the CCAA process, to satisfy itself that the monitor's court-mandated activities have been conducted in a prudent and diligent manner;
- (e) provides protection for the monitor, not otherwise provided by the CCAA; and
- (f) protects creditors from the delay in distribution that would be caused by:
 - a. re-litigation of steps taken to date; and
 - b. potential indemnity claims by the monitor.

[13] Counsel to the Monitor also submits that the doctrine of issue estoppel applies (as do related doctrines of collateral attack and abuse of process) in respect of approval of the Monitor's activities as described in its reports. Counsel submits that given the functions that court approval serves, the availability of the doctrine (and related doctrines) is important to the CCAA process. Counsel submits that actions mandated and authorized by the court, and the activities taken by the Monitor to carry them out, are not interim measure that ought to remain open for second guessing or re-litigating down the road and there is a need for finality in a CCAA process for the benefit of all stakeholders.

[14] Prior to consideration of these arguments, it is helpful to review certain aspects of the doctrine of *res judicata* and its relationship to both issue estoppel and cause of action estoppel.

Tab

2

CITATION: Target Canada Co. (Re), 2015 ONSC 7574
COURT FILE NO.: CV-15-10832-00CL
DATE: 2015-12-11

SUPERIOR COURT OF JUSTICE - ONTARIO

RE: **IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT
OF TARGET CANADA CO., TARGET CANADA HEALTH CO.,
TARGET CANADA MOBILE GP CO., TARGET CANADA PHARMACY
(BC) CORP., TARGET CANADA PHARMACY (ONTARIO) CORP.,
TARGET CANADA PHARMACY CORP., TARGET CANADA
PHARMACY (SK) CORP. AND TARGET CANADA PROPERTY LLC.**

BEFORE: Regional Senior Justice Morawetz

COUNSEL: *J. Swartz and Dina Milivojevic*, for the Target Corporation

Jeremy Dacks, for the Target Canada Entities

Susan Philpott, for the Employees

Richard Swan and S. Richard Orzy, for Rio Can Management Inc. and KingSett
Capital Inc.

Jay Carfagnini and Alan Mark, for Alvarez & Marsal, Monitor

Jeff Carhart, for Ginsey Industries

Lauren Epstein, for the Trustee of the Employee Trust

Lou Brzezinski and Alexandra Teodescu, for Nintendo of Canada Limited,
Universal Studios, Thyssenkrupp Elevator (Canada) Limited, United Cleaning
Services, RPJ Consulting Inc., Blue Vista, Farmer Brothers, East End Project,
Trans Source, E One Entertainment, Foxy Originals

Linda Galessiere, for Various Landlords

ENDORSEMENT

[1] Alvarez & Marsal Canada Inc., in its capacity as Monitor of the Applicants (the “Monitor”) seeks approval of Monitor’s Reports 3-18, together with the Monitor’s activities set out in each of those Reports.

[2] Such a request is not unusual. A practice has developed in proceedings under the Companies’ Creditors Arrangement Act (“CCAA”) whereby the Monitor will routinely bring a

effectively, for more time within which it could arrange replacement financing and pay out the mortgage debt owing to the Applicant.

60. In oral argument, counsel for the Debtor made three main submissions: i) the Receiver has duties to all stakeholders, including the Debtor; ii) the receivership proceeding itself was opposed by the Debtor and by the Second Mortgagees; and iii) the fees charged are unreasonable.
61. As stated above, neither of the first two submissions assists the Debtor at all, in my view. The only issue on this motion is whether the fees and disbursements are fair and reasonable.
62. The Receivership Order already made provides that the reasonable fees and disbursements of the Receiver and its counsel are authorized to be paid at the applicable standard rates and charges, unless otherwise ordered.
63. As noted above, the fee affidavits and exhibits (i.e., the invoices) are sworn or affirmed statements. I am satisfied that the fees are standard and reasonable. I am satisfied that the steps taken as reflected in the detailed time entries, were reasonable and consistent with the mandate given to the Receiver and its counsel through the Receivership Order. I am unable to conclude that the fees and disbursements charged were excessive or unreasonable.
64. The fees and disbursements of the Receiver and its counsel are approved in the aggregate amount of \$247,953.15.

Approval of the Third Report and Activities

65. While approval of the Third Report and the activities described therein are not challenged by the Debtor (save to the extent described above), I have reviewed them and am satisfied they are appropriate. As observed by Morawetz R.S.J. (as he then was) in *Target Canada Co. (Re)*, 2015 ONSC 7574, 31 C.B.R. (6th) 311, at para. 22, there are good policy and practical reasons for the Court to approve of the activities of a Monitor.
66. The same observations apply to the activities of a court-appointed Receiver. It should not be a novel concept that the activities of any Court officer can and should be considered by the Court as against the mandate, powers and authority of that officer.
67. The Third Report and the activities described in it are approved.

Costs

68. Each of the Receiver and the Debtor submitted a bill of costs, and seeks partial indemnity costs of this motion in the event it is successful. The Receiver seeks the amount of \$18,569.72, inclusive of fees, disbursements and HST. The Debtor seeks the amount of \$10,719.18 on the same basis.
69. Section 131 of the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43 provides that the costs of any step in a proceeding are in the discretion of the Court. The Receiver was successful and is entitled to its costs.

Tab

3

SUPREME COURT OF YUKON

Citation: *Yukon (Government of) v BYG Natural Resources Inc*,
2025 YKSC 59

Date: 20250912
S.C. No.04-A0004
Registry: Whitehorse

BETWEEN:

GOVERNMENT OF YUKON and
HIS MAJESTY THE KING IN RIGHT OF CANADA AS REPRESENTED BY THE
MINISTER OF INDIAN AND NORTHERN AFFAIRS

PETITIONERS

AND

BYG NATURAL RESOURCES INC

RESPONDENT

Before Chief Justice S.M. Duncan

No one appearing for the Government of Yukon

No one appearing for the Government of Canada

Counsel for PricewaterhouseCoopers Inc

Eamonn Watson

REASONS FOR DECISION

Introduction

[1] This is an application by PricewaterhouseCoopers Inc (PwC), the court-appointed receiver-manager and interim receiver (the Receiver) of the property, assets and undertaking of BYG Natural Resources Inc. (BYG), for court orders:

- a) approving the Receiver's recent activities;
- b) approving the Receiver's fees and disbursements and statements setting out same;
- c) discharging PwC as the Receiver;

- c) return the Mine Site to an acceptable state that reflects original, traditional, and pre-mining land use;
- d) maximize benefits to LSCFN and other people of the Yukon; and
- e) manage risk in a cost-effective manner.

[18] The Receiver has provided regular reports to the Court updating its receivership activities and seeking orders where necessary.

[19] The Receiver has never had responsibility for the remediation of the Mine Site except to facilitate the process as described above: remediation is the responsibility of the governments. The remediation continues. It includes relocating the tailings, contaminated soils and waste rock piles into the open pit, and treating contaminated water at the site, and re-aligning Dome Creek Valley to its original course. The project consists of three phases with a temporal scope of 25 years. The current status of the project proposal is seeking approval in the YESAA process.

Analysis

a) Receiver's Activities

Legal Framework

[20] The authority for court approval of the Receiver's activities arises from two sources. First, section 23 of the Receivership Order provides: "the Receiver shall pass its accounts from time to time...". Passing of accounts allows the court to ensure the Receiver's activities, fees and disbursements are reasonable and fair (*Redcorp Ventures Ltd. (Re)*, 2016 BCSC 188 ("*Redcorp*") at para. 22). "Time to time" has been interpreted as periodically throughout a receivership (*Redcorp* at para. 28).

[21] Second, the court has the inherent jurisdiction to approve the activities of a court-appointed receiver. The receiver must meet the objective test of showing it has acted reasonably, prudently and not arbitrarily in order for court approval to be granted (*Leslie & Irene Dube Foundation Inc. v P218 Enterprises Ltd.*, 2014 BCSC 1855 at para. 54).

[22] Court approval of a receiver's (or monitor's) activities promotes transparency, problem solving, accountability, efficiencies, and protection. The Court of Appeal in *Confectionately Yours Inc., Re* (2002), 219 DLR (4th) 72 (ONCA), wrote that the receiver has a duty to report to the court who appointed it because the receiver is accountable to the court and to all interested parties. The court must ensure the receiver as court officer discharges its duties properly (at paras. 34-36 quoted in *Redcorp* at para. 19). The court in *Target Canada Co., Re*, 2015 ONSC 7574 at para. 23 particularized the practical advantages of and policy reasons for court approval in the context of a monitor's activities under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, RSC 1985, c C-36 (CCAA), and in *Hanfeng Evergreen Inc., (Re)*, 2017 ONSC 7161 at para. 15, the court applied those same principles, factors and process to a receivership. Specifically, the courts in both cases set out the following specific purposes of court approval of court officer activities:

- a) allows the court officer to move forward with the next steps in the proceedings;
- b) brings the court officer's activities before the court;
- c) allows an opportunity for the concerns of the stakeholders to be addressed, and any problems to be rectified;
- d) enables the court to satisfy itself that the court officer's activities have been conducted in a prudent and diligent manner;

Tab

4

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

CITATION: Bank of Nova Scotia v. Diemer, 2014 ONCA 851
DATE: 20141201
DOCKET: C58381

Hoy A.C.J.O., Cronk and Pepall JJ.A.

BETWEEN

The Bank of Nova Scotia

Plaintiff (Respondent)

and

Daniel A. Diemer o/a Cornacre Cattle Co.

Defendant (Respondent)

Peter H. Griffin, for the appellant PricewaterhouseCoopers Inc.

James H. Cooke, for the respondent Daniel A. Diemer

No one appearing for the respondent The Bank of Nova Scotia

Heard: June 10, 2014

On appeal from the order of Justice Andrew J. Goodman of the Superior Court of Justice, dated January 22, 2014, with reasons reported at 2014 ONSC 365.

Pepall J.A.:

[1] The public nature of an insolvency which juxtaposes a debtor's financial hardship with a claim for significant legal compensation focuses attention on the cost of legal services.

The accounts should be in a form that can be easily understood by those affected by the receivership (or by the judicial officer required to assess the accounts) so that such person can determine the amount of time spent by the receiver's employees (and others that the receiver may have hired) in respect to the various discrete aspects of the receivership.

[33] The court endorsed the factors applicable to receiver's compensation described by the New Brunswick Court of Appeal in *Belyea: Bakemates*, at para.

51. In *Belyea*, at para. 9, Stratton J.A. listed the following factors:

- the nature, extent and value of the assets;
- the complications and difficulties encountered;
- the degree of assistance provided by the debtor;
- the time spent;
- the receiver's knowledge, experience and skill;
- the diligence and thoroughness displayed;
- the responsibilities assumed;
- the results of the receiver's efforts; and
- the cost of comparable services when performed in a prudent and economical manner.

These factors constitute a useful guideline but are not exhaustive: *Bakemates*, at para. 51.

[34] In Canada, very little has been written on professional fees in insolvency proceedings: see Stephanie Ben-Ishai and Virginia Torrie, "A 'Cost' Benefit

to BNS. As such, it did not bear the cost of the receivership. In contrast, had the receivership costs far exceeded BNS's debt recovery such that in essence it was funding the professional fees, BNS would hold the economic interest and other stakeholders would be unaffected.

[44] In a receivership, the duty to monitor legal fees and services in the first instance is on the receiver. Choice of counsel is also entirely within the purview of the receiver. In selecting its counsel, the receiver must consider expertise, complexity, location, and anticipated costs. The responsibility is on the receiver to choose counsel who best suits the circumstances of the receivership. However, subsequently, the court must pass on the fairness and reasonableness of the fees of the receiver and its counsel.

[45] In my view, it is not for the court to tell lawyers and law firms how to bill. That said, in proceedings supervised by the court and particularly where the court is asked to give its *imprimatur* to the legal fees requested for counsel by its court officer, the court must ensure that the compensation sought is indeed fair and reasonable. In making this assessment, all the *Belyea* factors, including time spent, should be considered. However, value provided should pre-dominate over the mathematical calculation reflected in the hours times hourly rate equation. Ideally, the two should be synonymous, but that should not be the starting assumption. Thus, the factors identified in *Belyea* require a consideration of the overall value contributed by the receiver's counsel. The focus of the fair

and reasonable assessment should be on what was accomplished, not on how much time it took. Of course, the measurement of accomplishment may include consideration of complications and difficulties encountered in the receivership.

[46] It is not my intention to introduce additional complexity and cost to the assessment of legal fees in insolvency proceedings. All participants must be mindful of costs and seek to minimize court appearances recognizing that the risk of failing to do so may be borne on their own shoulders.

(e) Application to This Case

[47] Applying these principles to the grounds raised, I am not persuaded that the motion judge erred in disallowing counsel's fees.

[48] The initial appointment order stating that the compensation of counsel was to be paid at standard rates and the subsequent approval of the Receiver's reports do not oust the need for the court to consider whether the fees claimed are fair and reasonable.

[49] As stated in *Bakemates*, at para. 53, there may be cases in which the fees generated by the hourly rates charged by a receiver will be reduced if the application of one or more of the *Belyea* factors so requires. Furthermore, although they would not have been determinative in any event, there is no evidence before this court that the standard rates were ever disclosed prior to the appointment of the receiver. In addition, as stated, while the receiver and its

Tab

5

CITATION: Re Nortel Networks Corporation et al, 2017 ONSC 673
COURT FILE NO.: 09-CL-7950
DATE: 20170127

**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 NORTEL NETWORKS CORPORATION, NORTEL
NETWORKS LIMITED, NORTEL NETWORKS GLOBAL
CORPORATION, NORTEL NETWORKS INTERNATIONAL
CORPORATION and NORTEL NETWORKS TECHNOLOGY
CORPORATION**

**APPLICATION UNDER THE COMPANIES' CREDITORS
ARRANGEMENT ACT, R.S.C. 1985, c. C-36, AS AMENDED**

BEFORE: Newbould J.

COUNSEL: *Jessica A. Kimmel*, for the Monitor

Susan Philpott, for the Representative Counsel of former Nortel employees

Lily Harmer, for the Superintendent of Financial Services as Administrator of the Pension Benefits Guarantee Fund

Byron Shaw, for the Administrator of the Nortel Networks Managerial and Non-Negotiated Pension Plan and the Nortel Networks Negotiated Pension Plan

Thomas McRae, for the Representative Counsel for the Nortel Canadian continuing employees

Michael E. Barrack and D.J. Miller, for the Nortel Networks UK Pension Trust Limited and the Board of the Pension Protection Fund

Adam Slavens, for Nortel Networks Inc.

Michael Wunder, for the Unsecured Creditors Committee

Gavin H. Finlayson and Amanda C. McLachlan, for the Ad Hoc Group of Bondholders

He too supports the passing of the Monitor's accounts and does not think a referral of the accounts to some third party is desirable. He states in his affidavit:

44. Moreover, given the volume and nature of the information provided in the Monitor's materials filed for this motion, and the fact that the fees as disclosed are subject to this Court's approval, I see no reason for another third party review or assessment. In any event, such a third party review would create more expense and delay in these proceedings, and would likely further postpone approval of the Plan of Arrangement and distributions on claims, which is far from desirable. The Former Employees have been waiting now for almost eight years to receive some payment for their losses. Further, it would be difficult for a third party who lacks background knowledge of this case to conduct a reliable, meaningful or accurate assessment of the Monitor's fees without the expenditure of considerable additional time and resources of the Monitor to provide information to the third party reviewer. This Court is by far the more appropriate arbiter of the Monitor's fees.

[21] This case requires an overall assessment of the work done and a consideration of the results achieved. A line by line particularization of each particular job and each particular invoice would involve no doubt hundreds of thousands of dollars, taken the amount of activity and time involved in various matters. As well, in this case it is by no means the case that each task was discrete and could easily be separated out. As was stated by Justice Pepall, the value provided should pre-dominate the consideration of what a fair and reasonable amount is appropriate. A detailed assessment in this case would not be practical or serve that purpose.

Consideration of the Monitor's accounts

[22] The Monitor engaged Goodmans LLP ("Goodmans") as its Canadian legal counsel, Allen & Overy LLP ("A&O") as its U.S. legal counsel and Buchanan Ingersoll & Rooney PC ("BIR") as its Delaware local legal counsel. A large number of professionals from the Monitor's firm E & Y, from Goodmans and from A&O were involved throughout these proceedings. The accounts from each of those firms are included in the passing of accounts with affidavits supporting the accounts.

Tab

6

Court of Queen's Bench of Alberta

Citation: *Alignvest Private Debt Ltd v Surefire Industries Ltd*, 2015 ABQB 148

Date: 20150304
Docket: 1301 11285
Registry: Calgary

Between:

Alignvest Private Debt Ltd.

Plaintiff

- and -

Surefire Industries Ltd.

Defendant

**Decision
of the
Honourable Madam Justice B.E. Romaine**

1. Introduction

[1] After a short history of insolvency proceedings, Surefire Industries Ltd. was placed into bankruptcy with Duff & Phelps Canada Restructuring Inc. ("D & P") appointed as Trustee of Surefire's estate. The primary issue in this application and cross-application is the characterization of a deposit made under a lease between Surefire and York Realty Ltd. which was disclaimed by the Trustee, specifically whether York is entitled to retain the deposit or whether it must be remitted to the Trustee as part of Surefire's estate, subject to the claim of a secured creditor.

excluded unless that type of transaction has been defined and expressly excluded by the legislation itself. To my knowledge, an agreement that provides for security together with a right of set-off to realize on that security is not expressly excluded in any of the common law provincial personal property security statutes. What is required by the common law provincial personal property security statutes is a decision about whether a particular contract or agreement in a given case functions as a security interest. (emphasis added)

[37] In other words, a security interest is not “tainted” by the inclusion of other elements, such as its application to rent if certain conditions occur, if the deposit functions in substance as a security interest.

[38] I am satisfied from the wording of Section 6 of the lease and the function of the deposit under the lease that the deposit is not a “right to payment” but functions as security for Surefire’s performance of its obligations under the lease. Thus, it is a “security interest” subject to the provisions of the PPSA and not excluded by section 4(g). It is subordinate to Alignvest’s perfected security interest, as well as other interests that at law enjoy priority over an unperfected security interest.

[39] York submits, without evidence, that requiring it to perfect its rights in the deposit by registration would upset the efficiency of commercial and residential leasing law, as it asserts that landlords do not register anything at the Personal Property Registry when they take a deposit under the lease. As I have indicated, whether a deposit falls within the section 4(g) exclusion depends upon its character and is largely to be determined by the specific provisions of the lease. The characterization of the deposit under this lease should not be taken as determinative of the characterization of deposits under other forms of lease, and is limited to this specific lease and the intervention of a secured creditor with a perfected security interest.

C. Should the stay imposed by the receivership be lifted?

[40] The test for lifting a stay imposed pursuant to a receivership order focuses on the totality of circumstances and the relative prejudice to the parties involved in the receivership.

[41] Guidance can be drawn from the provisions of section 69.4 of the BIA in determining whether a stay in a receivership should be lifted. The Court should be satisfied that the party applying to lift the stay is likely to be materially prejudiced by the stay or that it would be equitable to lift the stay on other grounds. The burden is on the applicant: *Re Ma*, [2001] OJ NO. 1189 (C.A.).

[42] Lifting the stay is not routine: there must be sound reasons to relieve against the stay: *Re Ma* at para 3.

[43] York concedes that in order to show material prejudice, it must show that it would be treated differently or some way unfairly or would suffer worse harm than other creditors if the stay is not lifted: *Golden Griddle Corporation v Fort Erie Truck & Travel Plaza Inc.* (2005), 29 C.B.R. (5th) 62 at paras 18 – 19.

[44] York submits that if the stay remains in place, it would be deprived of a right under the lease that it had specifically bargained for. In that respect, the prejudice to York is no different qualitatively from that suffered by other creditors, who also will lose, in whole or part, the benefit of their contracts by reason of Surefire’s insolvency. That the stay operates to deny a

party a particular contractual remedy otherwise available to it is not a sufficient reasons to lift the stay.

[45] York submits that it has suffered quantitatively more than other creditors, and describes the loss of its stream of income over the term of the lease and the ongoing expenses necessary to maintain the property.

[46] While the magnitude of York's potential losses is substantial, absent mitigation by virtue of re-leasing the premises, that is a matter of degree in a worse-case scenario. With respect to unfairness, it must be noted that York entered into the lease with prior knowledge of Surefire's financial circumstances and the risk inherent in such a situation.

[47] This is not a situation where York has not been paid ongoing rent due during the course of the receivership. Simply put, it wishes the stay to be lifted so that it can upgrade its position vis-à-vis Alignvest, despite its failure to perfect its security interest. The situation is similar to that described in *Re Ivaco Inc.* 1 CBR (5th) 204 at para 7, where Farley, J. refused an application to lift a stay to allow an insurer to terminate insurance policies and benefit from an unearned premium, commenting that this would give an unsecured creditor "an inappropriate leg up on the other unsecured creditors, not to mention a leg up over secured creditors with priority."

[48] In the circumstances, there are no unusual or compelling reasons that would warrant lifting the stay in the receivership, and I decline to do so.

V. Conclusion

[49] In summary, the deposit is security for obligations under the lease and not prepaid rent. It does not fall under an exclusion to the provisions of the PPSA, and as a security interest should have been perfected by registration. As it was not, it is subject to Alignvest's perfected security interest. I decline to lift the stay under the receivership to allow York to exercise its rights under the lease with respect to the deposit, as York has not established material prejudice or inequity sufficient to justify lifting the stay.

[50] If the parties are unable to agree on costs, they may make written submissions on that issue.

Dated at the City of Calgary, Alberta this 4th day of March, 2015.

B.E. Romaine
J.C.Q.B.A.

Appearances:

Howard J. Sniderman Q.C., John Frame and Jonathan Calvert
for York Realty Inc.

Sean F. Collins, Pantelis Kyriakakis
for Alignvest Private Debt Ltd.

Thomas S. Cumming, Clifton Prophet
for Duff & Phelps Canada Restructuring Inc.

Tab

7

**Peace River Hydro Partners,
Acciona Infrastructure Canada Inc.,
Samsung C&T Canada Ltd., Acciona
Infraestructuras S.A. and Samsung
C&T Corporation** *Appellants*

v.

**Petrowest Corporation, Petrowest
Civil Services LP by its general
partner, Petrowest GP Ltd., carrying
on business as RBEE Crushing,
Petrowest Construction LP by its
general partner Petrowest GP Ltd.,
carrying on business as Quigley
Contracting, Petrowest Services
Rentals LP by its general partner
Petrowest GP Ltd., carrying on
business as Nu-Northern Tractor
Rentals, Petrowest GP Ltd., as
general partner of Petrowest Civil
Services LP, Petrowest Construction
LP and Petrowest Services Rentals
LP, Trans Carrier Ltd. And Ernst &
Young Inc. in its capacity as court-
appointed receiver and manager of
Petrowest Corporation, Petrowest
Civil Services LP, Petrowest
Construction LP, Petrowest Services
Rentals LP, Petrowest GP Ltd.
and Trans Carrier Ltd.** *Respondents*

and

**Canadian Commercial Arbitration
Center, Arbitration Place, Chartered
Institute of Arbitrators (Canada) Inc.,
Insolvency Institute of Canada and
Canadian Federation of Independent
Business** *Interveners*

**Peace River Hydro Partners,
Acciona Infrastructure Canada Inc.,
Samsung C&T Canada Ltd., Acciona
Infraestructuras S.A. et Samsung
C&T Corporation** *Appelantes*

c.

**Petrowest Corporation, Petrowest
Civil Services LP représentée par
sa commanditée, Petrowest GP
Ltd., faisant affaire sous le nom
de RBEE Crushing, Petrowest
Construction LP représentée par
sa commanditée Petrowest GP
Ltd., faisant affaire sous le nom
de Quigley Contracting, Petrowest
Services Rentals LP représentée
par sa commanditée Petrowest GP
Ltd., faisant affaire sous le nom
de Nu-Northern Tractor Rentals,
Petrowest GP Ltd., en sa qualité
de commanditée de Petrowest Civil
Services LP, Petrowest Construction
LP et Petrowest Services Rentals
LP, Trans Carrier Ltd. et Ernst &
Young Inc. en sa qualité de séquestre
et d'administratrice nommée par le
tribunal de Petrowest Corporation,
Petrowest Civil Services LP,
Petrowest Construction LP, Petrowest
Services Rentals LP, Petrowest GP
Ltd. et Trans Carrier Ltd.** *Intimées*

et

**Centre canadien d'arbitrage
commercial, Arbitration Place,
Chartered Institute of Arbitrators
(Canada) Inc., Insolvency
Institute of Canada et Fédération
canadienne de l'entreprise
indépendante** *Intervenants*

**INDEXED AS: PEACE RIVER HYDRO
PARTNERS v. PETROWEST CORP.**

2022 SCC 41

File No.: 39547.

2022: January 19; 2022: November 10.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Bankruptcy and insolvency — Court-ordered receivership — Enforceability of arbitration agreement — Receiver commencing civil action for payment of amounts allegedly owed to debtors under agreements that include mandatory arbitration clauses — Defendants seeking stay of proceedings of receiver’s action under provincial arbitration legislation on basis that arbitration clauses govern dispute — Receiver opposing stay and arguing that court authorized to assert centralized judicial control over matter under federal bankruptcy and insolvency legislation — Whether receiver’s action should be stayed — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 183(1), 243(1) — Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, s. 15.

Peace River is a partnership formed to build a hydro-electric dam in northeastern British Columbia. Peace River subcontracted work to Petrowest, an Alberta-based construction company, and its affiliates. The parties executed several clauses providing that disputes arising from their relationship were to be resolved through arbitration (“Arbitration Agreements”). When Petrowest encountered financial difficulties, the Alberta Court of Queen’s Bench granted an order (“Receivership Order”), pursuant to s. 243(1) of the *Bankruptcy and Insolvency Act* (“BIA”), appointing a receiver (“Receiver”) to manage the assets and property of Petrowest and its affiliates. The Receiver then brought a civil claim against Peace River seeking to collect funds allegedly owed to Petrowest and its affiliates for subcontracted work. Peace River applied under s. 15 of British Columbia’s *Arbitration Act* for a stay of proceedings on the ground that the Arbitration Agreements governed the

**RÉPERTORIÉ : PEACE RIVER HYDRO
PARTNERS c. PETROWEST CORP.**

2022 CSC 41

N° du greffe : 39547.

2022 : 19 janvier; 2022 : 10 novembre.

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

**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

Faillite et insolvabilité — Mise sous séquestre ordonnée par le tribunal — Caractère exécutoire d’une convention d’arbitrage — Action civile intentée par le séquestre à l’égard du paiement de sommes qui auraient été dues aux débitrices en vertu de conventions comportant des clauses d’arbitrage obligatoires — Défenderesses sollicitant, en vertu de la loi provinciale sur l’arbitrage, la suspension de l’action du séquestre au motif que les clauses d’arbitrage régissent le différend — Opposition à cette demande par le séquestre et argument invoqué par celui-ci selon lequel le tribunal est autorisé à exercer un contrôle judiciaire centralisé sur l’affaire en vertu de la loi fédérale sur la faillite et l’insolvabilité — Y a-t-il lieu de suspendre l’action du séquestre? — Loi sur la faillite et l’insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 183(1), 243(1) — Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, art. 15.

Peace River est une société de personnes qui a été constituée en vue de la construction d’un barrage hydroélectrique dans le Nord-Est de la Colombie-Britannique. Peace River a sous-traité des travaux à Petrowest, une entreprise de construction basée en Alberta, et à ses sociétés affiliées. Les parties ont prévu plusieurs clauses stipulant que les différends découlant de leur relation seraient réglés par voie d’arbitrage (« Conventions d’arbitrage »). Lorsque Petrowest a rencontré des difficultés financières, la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta a prononcé une ordonnance (« Ordonnance de mise sous séquestre ») en vertu du par. 243(1) de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* (« LFI »), nommant un séquestre (« Séquestre ») afin qu’il gère les actifs et les biens de Petrowest et de ses sociétés affiliées. Le Séquestre a, par la suite, intenté une poursuite civile contre Peace River tentant de recouvrer des fonds qu’il estimait être dus à Petrowest et à ses sociétés affiliées pour

dispute. The chambers judge dismissed the stay application and the Court of Appeal dismissed Peace River's appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Moldaver, Côté, Rowe and Kasirer JJ.: The civil claim brought by the Receiver should be allowed to proceed. Section 15 of the *Arbitration Act* does not require a court, in every case, to stay a civil claim brought by a court-appointed receiver where the claim is subject to a valid arbitration agreement. A court may decline to grant a stay where the arbitration agreement at issue is “void, inoperative or incapable of being performed” within the meaning of s. 15(2). An otherwise valid arbitration agreement may, in some circumstances, be inoperative or incapable of being performed if enforcing it would compromise the integrity of court-ordered receivership proceedings. In the specific circumstances of this case, the chaotic nature of the arbitral proceedings bargained for by the parties would compromise the orderly and efficient resolution of the receivership, to the detriment of affected creditors and contrary to the purpose of the *BIA*. Accordingly, the chambers judge was entitled to refuse to grant a stay.

Competence-competence is a principle that gives precedence to the arbitration process. Generally, arbitrators should be allowed to rule first on their own jurisdiction. The principle is not absolute, however. A court may resolve a challenge to an arbitrator's jurisdiction if the challenge involves pure questions of law or, as in this case, questions of mixed fact and law requiring only superficial consideration of the evidentiary record.

In a dispute governed by an arbitration agreement with an insolvent or bankrupt counterparty, there is a tension between arbitration law and insolvency law as regards the forum in which the dispute is to be resolved. The modern view expressed in Canadian arbitration legislation is that parties should be held to their contractual agreements to arbitrate, consistent with principles of party autonomy and freedom of contract. Generally speaking, judicial intervention in commercial disputes governed by a valid agreement clause should be the exception, not the rule. On the other hand, insolvency proceedings are creatures of statute subject to close judicial oversight. The role of

des travaux en sous-traitance. Peace River a présenté une demande de suspension de l'instance en vertu de l'art. 15 de l'*Arbitration Act* de la Colombie-Britannique au motif que les Conventions d'arbitrage régissaient le différend. La juge en chambre a rejeté la demande de suspension d'instance et la Cour d'appel a rejeté l'appel de Peace River.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Côté, Rowe et Kasirer : La poursuite civile intentée par le Séquestre devrait pouvoir suivre son cours. L'article 15 de l'*Arbitration Act* n'exige pas, dans tous les cas, que le tribunal suspende une poursuite civile intentée par un séquestre nommé par le tribunal lorsque la réclamation est visée par une convention d'arbitrage valide. Le tribunal peut refuser d'accorder une suspension d'instance lorsque la convention d'arbitrage en cause est « nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée » au sens du par. 15(2). Une convention d'arbitrage par ailleurs valide peut, dans certaines circonstances, être inopérante ou non susceptible d'être exécutée si le fait de l'exécuter compromettrait l'intégrité d'une procédure de mise sous séquestre ordonnée par le tribunal. Dans les circonstances particulières de l'espèce, la nature chaotique de la procédure arbitrale négociée par les parties compromettrait le règlement ordonné et efficace de la mise sous séquestre, au détriment des créanciers touchés et contrairement aux objectifs visés par la *LFI*. La juge en chambre pouvait donc refuser de suspendre l'instance.

Le principe de compétence-compétence donne prééminence au processus arbitral. De façon générale, l'arbitre devrait pouvoir se prononcer en premier lieu sur sa propre compétence. Le principe n'est toutefois pas absolu. Un tribunal peut trancher une contestation de la compétence d'un arbitre si la contestation repose uniquement sur des questions de droit ou, comme en l'espèce, repose sur des questions mixtes de fait et de droit qui ne requièrent qu'un examen superficiel de la preuve documentaire.

Dans un différend régi par une convention d'arbitrage avec une partie cocontractante insolvable ou en faillite, il existe une tension entre le droit de l'arbitrage et le droit de l'insolvabilité quant à l'instance devant laquelle le différend doit être réglé. Selon la conception moderne exprimée dans la législation canadienne en matière d'arbitrage, les parties sont tenues de respecter leurs conventions d'arbitrage, conformément aux principes de l'autonomie des parties et de la liberté contractuelle. De façon générale, l'intervention des tribunaux dans les différends commerciaux régis par une clause d'arbitrage valide devrait être l'exception, et non la règle. Par ailleurs, les procédures

courts in ensuring the equitable and orderly resolution of insolvency disputes is reflected in the single proceeding model, which favours the enforcement of stakeholder rights through a centralized judicial process. Section 183(1) of the *BIA* confers a broad scope of authority on superior courts to deal with most bankruptcy disputes. Court-ordered receiverships under s. 243 of the *BIA* are one available tool for enhancing the judicial oversight and flexibility underlying Canadian insolvency law, whereby receivers may take various actions to preserve the debtor's assets for the benefit of all creditors. While a court order under s. 243 of the *BIA* gives a receiver wide-ranging powers, the receiver remains under a fiduciary duty to act honestly and in the best interests of all interested parties.

Notwithstanding these differences, arbitration law and insolvency law have much in common. Each prioritizes efficiency and expediency; procedural flexibility is a hallmark of both arbitration and insolvency law; and both often rely on specialized decision makers to achieve their respective objectives. In many cases, these shared interests will converge through arbitration, and parties should be held to their agreement to arbitrate notwithstanding ongoing insolvency proceedings. Valid arbitration agreements are generally to be respected. The presumption in favour of arbitral jurisdiction is supported by the Court's longstanding jurisprudence, the pro-arbitration stance adopted in provincial and territorial legislation nationwide, and the foundational principle that contracting parties are free to structure their affairs as they see fit. However, in certain insolvency matters, it may be necessary to preclude arbitration in favour of a centralized judicial process, when arbitration would compromise the orderly and efficient conduct of a court-ordered receivership. In such a scenario, a court may assert control over the proceedings, both to ensure the timely resolution of the parties' dispute and to protect the orderly restructuring or dissolution of the debtor and the equal treatment of its creditors.

The exercise required to determine if a stay of proceedings should be granted in favour of arbitration is highly factual. It requires the court to review the statutory regimes and arbitration agreements in play, having regard to the principles of party autonomy and freedom of contract and to the policy imperatives underpinning bankruptcy and insolvency law. To guide this exercise, a two-part

d'insolvabilité sont d'origine législative et soumises à une surveillance judiciaire étroite. Le rôle que jouent les tribunaux dans le règlement équitable et ordonné des différends en matière d'insolvabilité se reflète dans le modèle de la procédure unique, lequel favorise la protection des droits des parties prenantes dans le cadre d'un processus judiciaire centralisé. Le paragraphe 183(1) de la *LFI* confère une vaste compétence aux cours supérieures pour trancher la plupart des litiges en matière de faillite. La mise sous séquestre ordonnée par le tribunal en vertu de l'art. 243 de la *LFI* est l'un des outils disponibles pour accroître la surveillance et la souplesse judiciaires qui sous-tendent le droit de l'insolvabilité au Canada, au moyen duquel le séquestre peut prendre diverses mesures pour protéger l'actif du débiteur au profit de tous les créanciers. Bien qu'une ordonnance judiciaire fondée sur l'art. 243 de la *LFI* confère au séquestre de vastes pouvoirs, celui-ci a néanmoins une obligation fiduciaire d'agir avec intégrité et aux mieux des intérêts de toutes les parties intéressées.

Malgré ces différences, le droit de l'arbitrage et le droit de l'insolvabilité ont plusieurs points en commun. Ils priorisent tous deux l'efficacité et la célérité; la souplesse procédurale est une de leur caractéristique commune; et tous deux comptent souvent sur des décideurs spécialisés pour atteindre leurs objectifs respectifs. Bien souvent, ces intérêts communs convergeront grâce à l'arbitrage, et les parties devraient être tenues de respecter leur convention d'arbitrage, malgré une procédure d'insolvabilité en cours. Les conventions d'arbitrage valides doivent généralement être respectées. La présomption en faveur de la compétence arbitrale trouve appui dans la jurisprudence de longue date de la Cour, la position favorable à l'arbitrage adoptée dans les lois provinciales et territoriales partout au pays ainsi que le principe fondamental selon lequel les parties contractantes sont libres de structurer leurs affaires comme bon leur semble. Cependant, dans certaines affaires d'insolvabilité, il peut s'avérer nécessaire d'écarter l'arbitrage en faveur d'un processus judiciaire centralisé, lorsque l'arbitrage compromettrait le déroulement ordonné et efficace d'une mise sous séquestre ordonnée par le tribunal. Dans un tel cas, le tribunal peut exercer un contrôle sur la procédure, tant pour veiller au règlement rapide du différend entre les parties que pour protéger la restructuration ou la liquidation ordonnées du débiteur et le traitement égal de ses créanciers.

L'exercice requis afin de déterminer si une suspension d'instance en faveur de l'arbitrage devrait être accordée est hautement factuel. Il oblige le tribunal à examiner les régimes législatifs et les conventions d'arbitrage en cause en tenant compte des principes de l'autonomie des parties et de la liberté contractuelle ainsi que des choix de politique générale sous-tendant le droit de la faillite et de

framework, implicit in provincial arbitration legislation across the country and mirrored in s. 15(1) and (2) of the *Arbitration Act*, applies. The two general components of this framework are: (1) the technical prerequisites for a mandatory stay of court proceedings; and (2) the statutory exceptions to a mandatory stay of court proceedings. These components ought to remain analytically distinct because the burden of proof shifts between them. The applicant for a stay in favour of arbitration must establish the technical prerequisites. If the applicant discharges this burden, under the second component, the party seeking to avoid arbitration must show that a statutory exception applies.

The first component, technical prerequisites, is concerned with whether the arbitration agreement at issue engages the mandatory stay provision in the applicable provincial arbitration statute. Considerations at this stage may differ depending on the jurisdiction and the nature of the arbitration, i.e. whether it relates to domestic or international arbitration. There are typically four technical prerequisites: an arbitration agreement exists; court proceedings have been commenced by a party to the arbitration agreement; the court proceedings are in respect of a matter that the parties agreed to submit to arbitration; and the party applying for a stay does so before taking any step in the court proceedings. The applicant must only establish an arguable case that these prerequisites are met.

For the purposes of the technical prerequisites set out in s. 15(1) of the *Arbitration Act*, a court-appointed receiver may be a party to the debtor's pre-receivership arbitration agreement through the operation of ordinary contract law. First, it is well established that an entity connected with a signatory to a contract may become bound as a party by operation of law; for example, subsidiaries, assignees, trustees and others claiming through or under the named party. There is no principled reason why this should not apply to a court-appointed receiver claiming through a debtor under a contract containing an arbitration agreement. It would violate basic principles of contract law to permit a receiver to enforce a contract on the debtor's behalf while avoiding the burdens, including the obligations to arbitrate contractual disputes. Nor does a receiver's duty as an officer of the court preclude it from being considered a party to an arbitration agreement within the meaning of s. 15(1). To the contrary, a receiver owes a fiduciary duty to all interested parties involving the debtor's assets,

l'insolvabilité. Pour guider cet exercice, un cadre d'analyse en deux volets, implicite dans les lois provinciales en matière d'arbitrage partout au pays et se reflétant dans les par. 15(1) et (2) de l'*Arbitration Act*, s'applique. Les deux volets généraux de ce cadre d'analyse sont : (1) les conditions préliminaires à la suspension obligatoire d'une instance judiciaire; et (2) les exceptions statutaires à la suspension obligatoire d'une instance judiciaire. Ces volets doivent demeurer distincts sur le plan analytique, car il y a inversion du fardeau de la preuve entre les deux. La partie qui requiert la suspension d'une instance en faveur de l'arbitrage doit établir que les conditions préliminaires sont remplies. Si le requérant s'acquitte de ce fardeau, la partie qui cherche à se soustraire à l'arbitrage doit, sous le second volet, démontrer qu'une exception prévue par la loi s'applique.

Le premier volet, soit les conditions préliminaires, porte sur la question de savoir si la convention d'arbitrage en cause fait intervenir la disposition relative à la suspension obligatoire figurant dans la loi provinciale applicable en matière d'arbitrage. À cette étape, les considérations peuvent différer selon la loi provinciale et la nature de l'arbitrage, c.-à-d. selon qu'elle porte sur l'arbitrage national ou international. En règle générale, il y a quatre conditions préliminaires : l'existence d'une convention d'arbitrage; une partie à la convention d'arbitrage a intenté une procédure judiciaire; l'instance porte sur une question que les parties ont convenu de soumettre à l'arbitrage; et la partie qui demande une suspension d'instance le fait avant d'agir dans l'instance. Le demandeur doit uniquement établir sur le fondement d'une cause défendable que ces conditions préliminaires sont remplies.

Pour ce qui est des conditions préliminaires énoncées au par. 15(1) de l'*Arbitration Act*, le séquestre nommé par le tribunal peut, par l'effet du droit commun des contrats, être une partie à la convention d'arbitrage conclue par le débiteur avant la mise sous séquestre. Premièrement, il est bien établi qu'une entité ayant des liens avec une partie signataire d'un contrat peut devenir liée en tant que partie par l'effet de la loi; ces entités peuvent être, par exemple, des filiales, des cessionnaires, des syndicats et d'autres entités qui font une réclamation par l'entremise ou au nom de la partie nommée. Il n'y a aucune raison de principe pour laquelle cela ne devrait pas s'appliquer au séquestre nommé par le tribunal qui fait une réclamation par l'entremise du débiteur en vertu d'un contrat comportant une convention d'arbitrage. Il serait contraire aux principes fondamentaux du droit des contrats de permettre au séquestre d'exécuter un contrat au nom du débiteur tout en évitant les obligations qui en découlent, notamment celles de soumettre les différends contractuels à l'arbitrage.

property, and undertakings, and may not arbitrarily break contracts entered into by the debtor with third parties prior to the receivership. Second, s. 15(1) does not expressly preclude non-signatories like receivers from being considered parties. Where legislation does not fully address a matter, courts may look to the common law to interpret the statutory language. It is a foundational contractual doctrine that all non-signatories to a contract may claim only through or under a signatory upon stepping into its contractual shoes. Nothing in the legislative record or text of the *Arbitration Act* indicates that the legislature intended to change or displace the common law. Third, effectively preventing arbitration as soon as one of the contracting parties entered receivership would subvert the core arbitral principles of party autonomy, limited court intervention, and competence-competence.

As for determining whether the party applying for a stay took a step in the proceedings, this requires an objective approach. The court must ask itself whether, on the facts, the party should be held to have impliedly affirmed the correctness of the proceedings and its willingness to go along with a determination by a court of law instead of arbitration. Undertaking to file a defence does not constitute a step in the proceedings, nor does requesting an extension of time to file a defence. In the context of s. 15(1), the very purpose of such a request is to decide whether or not to take a step, and there is no election to proceed with the action.

At the second stage of the analysis, the key question is whether, on a balance of probabilities, one or more of the statutory exceptions set out in the applicable provincial arbitration statute apply. If not, the court must grant a stay. A court should dismiss a stay application on the basis of a statutory exception only in a clear case. One such exception, set out in s. 15(2) of the *Arbitration Act*, is when the arbitration clause is “void, inoperative or incapable of being performed”. A court-appointed receiver cannot unilaterally disclaim an arbitration agreement, thereby rendering it void, inoperative or incapable of being performed. Section 15(2) should be interpreted narrowly to prevent parties from avoiding arbitration in favour of what they view as a preferable procedure. Allowing a receiver

La fonction d’officier de justice qu’occupe le séquestre ne l’empêche pas non plus d’être considéré comme une partie à une convention d’arbitrage au sens du par. 15(1). Au contraire, le séquestre a une obligation fiduciaire envers toutes les parties intéressées à l’égard des actifs, des biens et de l’entreprise du débiteur, et il ne peut pas rompre arbitrairement des contrats conclus par le débiteur avec des tiers avant la mise sous séquestre. Deuxièmement, le par. 15(1) n’empêche pas expressément les non-signataires comme les séquestres d’être considérés comme des parties. Lorsqu’une loi ne traite pas entièrement d’une question, les tribunaux peuvent se tourner vers la common law pour interpréter son contenu. Selon un principe fondamental en matière contractuelle, tous les non-signataires d’un contrat peuvent faire une réclamation uniquement par l’entremise ou au nom d’un signataire lorsqu’ils succèdent au débiteur sur le plan contractuel. Rien dans le dossier législatif ou le texte de l’*Arbitration Act* n’indique que le législateur a voulu modifier ou écarter la common law. Troisièmement, le fait d’empêcher l’arbitrage aussitôt que l’une des parties contractantes est mise sous séquestre ébranlerait les pierres angulaires de l’arbitrage que sont l’autonomie des parties, l’intervention limitée des tribunaux et le principe de compétence-compétence.

Pour déterminer si la partie qui demande une suspension de l’instance a agi dans celle-ci, il faut adopter une approche objective. Le tribunal doit se demander si, eu égard aux faits, la partie devrait être considérée comme ayant implicitement confirmé le bien-fondé de l’instance et sa volonté d’accepter le jugement d’une cour de justice plutôt que celui d’un arbitre. Le fait de s’être engagé à produire une défense ne revient pas à avoir agi dans l’instance; il en va de même pour la demande de prorogation de délai pour produire une défense. Dans le contexte du par. 15(1), l’objectif même d’une telle demande est de décider s’il convient ou non d’agir; il n’y a pas de choix en vue de poursuivre l’action.

Sous le second volet de l’analyse, la question clé est de savoir si, suivant la prépondérance des probabilités, une ou plusieurs des exceptions prévues par la loi provinciale applicable en matière d’arbitrage s’appliquent. Dans la négative, le tribunal doit suspendre l’instance. Celui-ci ne devrait rejeter une demande de suspension d’instance sur le fondement d’une exception prévue par la loi que dans un cas manifeste. Un de ces exceptions, énoncée au par. 15(2) de l’*Arbitration Act*, est le cas où la clause d’arbitrage est « nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée ». Le séquestre nommé par le tribunal ne peut pas renoncer unilatéralement à une convention d’arbitrage, la rendant ainsi nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée. Le paragraphe 15(2) devrait être interprété de façon restrictive

to avoid arbitration by unilaterally disclaiming a debtor's pre-existing arbitration agreement conflicts with the text and intent of s. 15 and diminishes the presumptive enforceability and predictability of arbitration agreements. As s. 15(2) makes plain, the sole basis upon which a party may sue to enforce a contract and yet avoid the obligation to arbitrate is that the arbitration agreement has been found by a court to be void, inoperative, or incapable of being performed. Preferably, court-appointed receivers should seek such a judicial determination by bringing a motion for directions in the supervising court. However, when a receiver initiates court proceedings without prior judicial approval, the court must decide whether to decline to enforce the agreement under s. 15 of the *Arbitration Act*.

Section 15(2) gives a court the power to refuse a stay by finding that an arbitration agreement has become inoperative or incapable of being performed because of court-ordered receivership proceedings where arbitration would compromise the orderly and efficient resolution of a receivership. There is no conflict between the provincial *Arbitration Act* and the federal *BIA* giving rise to paramountcy concerns. In the typical case, the purposes of the *Arbitration Act* will be served by holding the parties to their agreement to arbitrate through a narrow interpretation of the words “void”, “inoperative” and “incapable of being performed”. An arbitration agreement will be considered “void” only in the rare circumstances where it is intrinsically defective according to the usual rules of contract law, including when it is undermined by fraud, undue influence, unconscionability, duress, mistake, or misrepresentation. The term “inoperative” has no universal common law definition. Possible reasons for finding an arbitration agreement inoperative include frustration, discharge by breach, waiver, or a subsequent agreement between the parties. The party seeking to avoid arbitration bears the heavy onus of showing that the exception for an inoperative arbitration agreement applies. The making of a winding-up order or a receivership order may be grounds to find an arbitration agreement inoperative. However, the term inoperative may not always cover scenarios where a court-appointed creditor representative initiates court proceedings on behalf of a debtor. This is because insolvency law generally stays legal claims brought against a debtor while permitting claims brought on its behalf to proceed. An arbitration agreement is “incapable of being performed” where the arbitral process cannot effectively

pour empêcher les parties d'éviter l'arbitrage en faveur de ce qu'elles considèrent comme une meilleure procédure. Permettre à un séquestre d'éviter l'arbitrage en renonçant unilatéralement à la convention d'arbitrage préexistante du débiteur est incompatible avec le libellé et l'objet de l'art. 15. Qui plus est, un tel résultat aurait pour effet de diminuer le caractère exécutoire présumé et la prévisibilité des conventions d'arbitrage. Comme l'indique clairement le par. 15(2), une partie ne peut intenté une poursuite en vue de faire exécuter un contrat et échapper à l'obligation d'arbitrage que si un tribunal conclut que la convention d'arbitrage est nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée. Il serait préférable que les séquestres nommés par le tribunal sollicitent une telle décision judiciaire en présentant une requête pour directives devant le tribunal de surveillance. Cependant, lorsque le séquestre intente une action sans autorisation judiciaire préalable, le tribunal doit décider s'il doit refuser d'exécuter la convention en application de l'art. 15 de l'*Arbitration Act*.

Le paragraphe 15(2) confère au tribunal le pouvoir de refuser la suspension d'instance en concluant que la convention d'arbitrage est devenue inopérante ou non susceptible d'être exécutée en raison d'une procédure de mise sous séquestre ordonnée par le tribunal lorsque l'arbitrage compromettrait le règlement ordonné et efficace de la mise sous séquestre. Il n'existe aucun conflit entre l'*Arbitration Act* provinciale et la *LFI* fédérale soulevant des questions de prépondérance fédérale. En règle générale, les objectifs de l'*Arbitration Act* seront servis en obligeant les parties à respecter leur convention d'arbitrage au moyen d'une interprétation restrictive des termes « nulle », « inopérante » et « non susceptible d'être exécutée ». Une convention d'arbitrage ne sera considérée « nulle » que dans les rares circonstances où elle est intrinsèquement défectueuse conformément aux règles habituelles du droit des contrats, notamment lorsqu'elle est minée par la fraude, l'abus d'influence, l'iniquité, la contrainte, l'erreur ou la fausse représentation. Le terme « inopérante » n'a aucune définition universelle en common law. Parmi les raisons permettant de conclure qu'une convention d'arbitrage est inopérante figurent l'inexécutabilité, la rupture pour cause d'inexécution, la renonciation ou une entente ultérieure entre les parties. La partie qui cherche à échapper à l'arbitrage porte le lourd fardeau de démontrer que l'exception relative à une convention d'arbitrage inopérante s'applique. On peut conclure qu'une convention d'arbitrage est inopérante au motif qu'une ordonnance de mise en liquidation ou de mise sous séquestre a été rendue. Cependant, il se peut que le terme inopérante ne vise pas toujours les cas où un représentant des créanciers nommé par le tribunal introduit une procédure judiciaire au nom d'un débiteur. Il en est

be set into motion because of a physical or legal impediment beyond the parties' control. Physical impediments may include inconsistencies, inherent contradictions, or vagueness in the arbitration agreement that cannot be remedied by interpretation or other contractual techniques; the non-availability of the arbitrator specified in the agreement; the dissolution or non-existence of the chosen arbitration institution; or political or other circumstances at the seat of arbitration rendering arbitration impossible. Legal impediments include express legislative overrides of the parties' agreement to arbitrate.

There is statutory jurisdiction arising from ss. 183(1) and 243(1)(c) of the *BIA* for a court to hold that an arbitration agreement is inoperative in the receivership context. It is therefore unnecessary for courts to resort to inherent jurisdiction, which is to be considered only after statutory jurisdiction is determined to be unavailable. The *BIA* is remedial legislation that is intended, in part, to provide for an orderly and efficient distribution of a bankrupt's funds to various creditors. As such, it is to be given a liberal interpretation in order to facilitate its objectives. Section 183(1) of the *BIA* confirms that superior courts have jurisdiction in bankruptcy and insolvency matters which may be exercised concurrently with their jurisdiction in ordinary civil matters. Further, under s. 243(1)(c) of the *BIA*, a court may appoint a receiver to, among other things, take any action that the court considers advisable, if the court considers it just or convenient to do so. This very expansive wording has been interpreted as giving judges the broadest possible mandate in insolvency proceedings to enable them to react to any circumstances that may arise in relation to court-ordered receiverships. Section 243(1)(c) thus permits a court to do not only what justice dictates but what practicality demands. Practicality demands that a court have the ability, in limited circumstances, to decline to enforce an arbitration agreement following a commercial insolvency. Factors that may be relevant in determining whether an arbitration agreement is inoperative under s. 15(2) include: (a) the effect of arbitration on the integrity of the insolvency proceedings; (b) the relative prejudice to the parties to the arbitration agreement and the debtor's stakeholders; (c) the urgency of resolving the dispute; (d) the effect of a stay of proceedings arising from the bankruptcy or insolvency proceedings; and (e) any other

ainsi parce que, généralement, en droit de l'insolvabilité, les réclamations en justice présentées contre un débiteur sont suspendues, alors que les réclamations présentées en son nom peuvent se poursuivre. Une convention d'arbitrage est « non susceptible d'être exécutée » lorsque le processus arbitral ne peut être efficacement mis en œuvre en raison d'un obstacle physique ou juridique indépendant de la volonté des parties. Les obstacles physiques peuvent inclure des incohérences, des contradictions inhérentes ou des imprécisions dans la convention d'arbitrage auxquelles l'interprétation ou d'autres techniques contractuelles ne peuvent remédier; la non-disponibilité de l'arbitre désigné dans la convention; la dissolution ou l'inexistence de l'institution d'arbitrage choisie; ou des circonstances politiques ou autres au siège de l'arbitrage qui rendent l'arbitrage impossible. Les obstacles juridiques comprennent des dérogations législatives expresses à la convention d'arbitrage des parties.

Le paragraphe 183(1) et l'al. 243(1)c) de la *LFI* confèrent au tribunal le pouvoir de déclarer inopérante une convention d'arbitrage dans le contexte d'une mise sous séquestre. Il n'est donc pas nécessaire pour le tribunal d'examiner la compétence inhérente dont il est investi, laquelle ne doit être envisagée qu'après avoir déterminé que les pouvoirs conférés par la loi ne peuvent être invoqués. La *LFI* est une loi réparatrice qui vise, en partie, à assurer la distribution ordonnée et efficace des actifs du failli aux divers créanciers. Ainsi, il faut l'interpréter de façon libérale pour favoriser l'atteinte de ses objectifs. Le paragraphe 183(1) de la *LFI* confirme que les cours supérieures ont juridiction en matière de faillite et d'insolvabilité et que cette juridiction peut être exercée de manière concurrente à celle qu'elles possèdent en matière civile ordinaire. De plus, en vertu de l'al. 243(1)c) de la *LFI*, le tribunal peut, s'il est convaincu que cela est juste ou opportun, nommer un séquestre qu'il habilite, entre autres, à prendre toute mesure qu'il estime indiquée. Ce libellé très large a été interprété comme conférant aux juges le mandat le plus vaste possible dans le cadre des procédures d'insolvabilité afin de leur permettre de réagir à toute circonstance susceptible de se produire dans le contexte de mises sous séquestre ordonnées par le tribunal. L'alinéa 243(1)c) permet donc au tribunal de faire non seulement ce que la justice commande, mais également ce que les considérations pratiques exigent. De telles considérations exigent que, dans certaines circonstances particulières, le tribunal ait la capacité de refuser l'exécution d'une convention d'arbitrage dans le contexte d'une insolvabilité commerciale. Les facteurs susceptibles d'être pertinents lorsqu'il s'agit de déterminer si une convention d'arbitrage est inopérante aux termes du par. 15(2) comprennent : a) l'effet de l'arbitrage sur l'intégrité de la

factors the court considers material in the circumstances. Each factor may carry more or less weight depending on the circumstances of the case.

In the instant case, the technical prerequisites set out in s. 15(1) of the *Arbitration Act* are met. The impugned civil proceedings are in respect of a contractual dispute covered by valid arbitration agreements. In addition, Peace River has established an arguable case that the Receiver is a party to the Arbitration Agreements and Peace River has not taken a step in the proceedings. As s. 15 is engaged, a stay in favour of arbitration must be granted unless the Arbitration Agreements are found to be void, inoperative or incapable of being performed under s. 15(2). The Receiver has established that the Arbitration Agreements are inoperative. The multiple arbitral processes contemplated in the Arbitration Agreements would compromise the orderly and efficient resolution of the receivership, contrary to the objectives of the *BIA*. While recognizing the importance of party autonomy and freedom of contract, referral to arbitration in the unique circumstances of the instant case would jeopardize the Receiver's ability to maximize recovery for the creditors and to allow Petrowest and its affiliates to move forward with certainty.

Per Karakatsanis, Brown, Martin and Jamal JJ.: There is agreement that the appeal should be dismissed as the Arbitration Agreements are inoperative under s. 15(2) of the *Arbitration Act*. However, there is disagreement as to the primary basis for finding the Arbitration Agreements to be inoperative. The analysis should start with the terms of the Receivership Order itself. By suing in court as authorized under the Receivership Order, the Receiver disclaimed the Arbitration Agreements and they were thereby rendered inoperative.

The Receivership Order authorized the Receiver to receive and collect all monies and accounts owed or owing to Petrowest; to exercise all remedies of Petrowest in collecting such monies; to initiate, prosecute, and continue the prosecution of any and all proceedings with respect to Petrowest's property, assets, and undertakings, including all proceeds thereof; and to cease to perform any contracts of Petrowest. An arbitration agreement is a contractual right of a party to have a claim referred to arbitration to

procédure d'insolvabilité; b) le préjudice relatif pour les parties à la convention d'arbitrage et les parties prenantes du débiteur; c) l'urgence de régler le différend; d) l'effet d'une suspension d'instance découlant de la procédure de faillite ou d'insolvabilité; et e) tout autre facteur que le tribunal estime significatif dans les circonstances. Chacun de ces facteurs peut avoir plus ou moins de poids selon les circonstances de l'affaire.

En l'espèce, les conditions préliminaires énoncées au par. 15(1) de l'*Arbitration Act* sont remplies. L'instance civile contestée porte sur un différend contractuel visé par des conventions d'arbitrage valides. En outre, Peace River a établi sur le fondement d'une cause défendable que le Séquestre est une partie aux Conventions d'arbitrage et que Peace River n'a pas agi dans l'instance. Comme l'art. 15 entre en jeu, il faut suspendre l'instance en faveur de l'arbitrage sauf s'il est conclu que les Conventions d'arbitrage sont nulles, inopérantes ou non susceptibles d'être exécutées aux termes du par. 15(2). Le Séquestre a établi que les Conventions d'arbitrage sont inopérantes. Les nombreux processus arbitraux prévus dans les Conventions d'arbitrage compromettraient le règlement ordonné et efficace de la mise sous séquestre, contrairement aux objectifs visés par la *LFI*. Bien que l'importance de l'autonomie des parties et de la liberté contractuelle soit reconnue, un renvoi à l'arbitrage dans les circonstances particulières de l'espèce mettrait en péril la capacité du Séquestre de maximiser le recouvrement au profit des créanciers et de permettre à Petrowest et à ses sociétés affiliées de poursuivre leurs activités avec certitude.

Les juges Karakatsanis, Brown, Martin et Jamal : Il y a accord sur le fait que le pourvoi devrait être rejeté au motif que les Conventions d'arbitrage sont inopérantes en vertu du par. 15(2) de l'*Arbitration Act*. Cependant, il y a désaccord quant au fondement principal de la conclusion selon laquelle les Conventions d'arbitrage sont inopérantes. L'analyse devrait partir des conditions de l'Ordonnance de mise sous séquestre elle-même. En intentant une poursuite en justice comme le lui permettait l'Ordonnance de mise sous séquestre, le Séquestre a renoncé aux Conventions d'arbitrage, lesquelles ont ainsi été rendues inopérantes.

L'Ordonnance de mise sous séquestre habilitait le Séquestre à recevoir et à recouvrer toute somme et créance dues à Petrowest; à exercer tous les recours dont dispose Petrowest pour recouvrer ces sommes; à intenter, à poursuivre et à continuer toute procédure en ce qui a trait aux biens, actifs et entreprises de Petrowest, y compris tout leur produit; et à cesser d'exécuter tout contrat de Petrowest. Une convention d'arbitrage est un droit contractuel dont dispose une partie de voir une réclamation renvoyée à

the exclusion of the courts and thus could be disclaimed pursuant to the Receivership Order. The combined effect of these terms authorized the Receiver to disclaim the Arbitration Agreements and to sue in court for amounts owing to Petrowest. The terms of the Receivership Order authorized the Receiver to sue, either in court or before an arbitrator, at the Receiver's election, based on what will best promote the orderly and efficient resolution of the receivership under the *BIA*. The legal effect of the Receiver suing in court and not before an arbitrator was undoubtedly to disclaim reliance on the Arbitration Agreements.

There is agreement with the majority that to the extent that the Receivership Order did not authorize the Receiver to sue in court, the *BIA* provided a statutory basis for the chambers judge to declare the Arbitration Agreements inoperative and to dismiss the stay application. Requiring arbitration of the Receiver's collection action would compromise the orderly and efficient resolution of the receivership.

Cases Cited

By Côté J.

Referred to: *Commonwealth Insurance Co. v. Larc Developments Ltd.*, 2010 BCCA 18, 315 D.L.R. (4th) 242; *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *Residential Warranty Co. of Canada Inc. (Re)*, 2006 ABCA 293, 275 D.L.R. (4th) 498; *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re*, 2000 BCCA 146, 16 C.B.R. (4th) 141; *Harbour Assurance Co. (U.K.) Ltd. v. Kansa General International Insurance Co. Ltd.*, [1993] 3 W.L.R. 42; *Uber Technologies Inc. v. Heller*, 2020 SCC 16, [2020] 2 S.C.R. 118; *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801; *TELUS Communications Inc. v. Wellman*, 2019 SCC 19, [2019] 2 S.C.R. 144; *Seidel v. TELUS Communications Inc.*, 2011 SCC 15, [2011] 1 S.C.R. 531; *Rogers Wireless Inc. v. Muroff*, 2007 SCC 35, [2007] 2 S.C.R. 921; *In re U.S. Lines, Inc.*, 197 F.3d 631 (1999); *Societe Nationale Algerienne v. Distrigas Corp.*, 80 B.R. 606 (1987); *Astoria Medical Group v. Health Insurance Plan of Greater New York*, 182 N.E.2d 85 (1962); *Hofer v. Hofer*, [1970] S.C.R. 958; *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; *Sam Lévy & Associés Inc. v. Azco Mining Inc.*, 2001 SCC 92, [2001] 3 S.C.R. 978; *Stewart v. LePage* (1916), 53 S.C.R. 337; *Ostrander*

l'arbitrage, et non devant les tribunaux; il était donc possible d'y renoncer en vertu de l'Ordonnance de mise sous séquestre. L'effet combiné de ces conditions autorisait le Séquestre à renoncer aux Conventions d'arbitrage et à engager une poursuite en justice à l'égard des sommes dues à Petrowest. Suivant les conditions de l'Ordonnance de mise sous séquestre, le Séquestre pouvait, à son choix, intenter une procédure, soit devant les tribunaux soit devant un arbitre, en se fondant sur ce qui favoriserait le mieux le règlement ordonné et efficace de la mise sous séquestre sous le régime de la *LFI*. La procédure intentée par le Séquestre devant les tribunaux, et non devant un arbitre, a sans aucun doute eu pour effet juridique d'entraîner une renonciation à se fonder sur les Conventions d'arbitrage.

Il y a accord avec les juges majoritaires pour dire que, dans la mesure où l'Ordonnance de mise sous séquestre n'autorisait pas le Séquestre à intenter une poursuite en justice, la *LFI* a fourni un fondement législatif qui permettait à la juge en chambre de déclarer inopérantes les Conventions d'arbitrage et de rejeter la demande de suspension d'instance. Le fait d'exiger que la mesure de recouvrement prise par le Séquestre soit soumise à l'arbitrage compromettrait le règlement ordonné et efficace de la mise sous séquestre.

Jurisprudence

Citée par la juge Côté

Arrêts mentionnés : *Commonwealth Insurance Co. c. Larc Developments Ltd.*, 2010 BCCA 18, 315 D.L.R. (4th) 242; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *Residential Warranty Co. of Canada Inc. (Re)*, 2006 ABCA 293, 275 D.L.R. (4th) 498; *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re*, 2000 BCCA 146, 16 C.B.R. (4th) 141; *Harbour Assurance Co. (U.K.) Ltd. c. Kansa General International Insurance Co. Ltd.*, [1993] 3 W.L.R. 42; *Uber Technologies Inc. c. Heller*, 2020 CSC 16, [2020] 2 R.C.S. 118; *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801; *TELUS Communications Inc. c. Wellman*, 2019 CSC 19, [2019] 2 R.C.S. 144; *Seidel c. TELUS Communications Inc.*, 2011 CSC 15, [2011] 1 R.C.S. 531; *Rogers Sans-fil inc. c. Muroff*, 2007 CSC 35, [2007] 2 R.C.S. 921; *In re U.S. Lines, Inc.*, 197 F.3d 631 (1999); *Societe Nationale Algerienne c. Distrigas Corp.*, 80 B.R. 606 (1987); *Astoria Medical Group c. Health Insurance Plan of Greater New York*, 182 N.E.2d 85 (1962); *Hofer c. Hofer*, [1970] R.C.S. 958; *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; *Sam Lévy & Associés Inc. c. Azco Mining Inc.*, 2001 CSC 92, [2001] 3 R.C.S. 978; *Stewart c. LePage* (1916), 53 R.C.S.

v. Niagara Helicopters Ltd. (1973), 1 O.R. (2d) 281; *Parsons v. Sovereign Bank of Canada*, [1913] A.C. 160; *Hayes Forest Services Ltd. v. Weyerhaeuser Co.*, 2008 BCCA 31, 289 D.L.R. (4th) 230; *Rosenberg v. Minster*, 2014 ONSC 845, 119 O.R. (3d) 27; *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; *3GS Inc. v. Altus Group Ltd.*, 2011 ONSC 5755, 96 B.L.R. (4th) 268; *Hosting Metro Inc. v. Poornam Info Vision Pvt. Ltd.*, 2016 BCSC 2371; *Sum Trade Corp. v. Agricom International Inc.*, 2018 BCCA 379, 18 B.C.L.R. (6th) 322; *Gulf Canada Resources Ltd. v. Arochem International Ltd.* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113; *Clayworth v. Octaform Systems Inc.*, 2020 BCCA 117, 446 D.L.R. (4th) 626; *Dalimpex Ltd. v. Janicki* (2000), 137 O.A.C. 390, aff'd (2003), 228 D.L.R. (4th) 179; *Ives & Barker v. Willans*, [1894] 2 Ch. 478; *Central Investments & Development Corp. v. Miller* (1982), 133 D.L.R. (3d) 440; *ABN Amro Bank Canada v. Krupp Mak Maschinenbau GmbH* (1996), 135 D.L.R. (4th) 130; *Petro-Canada v. 366084 Ontario Ltd.* (1995), 25 B.L.R. (2d) 19; *Therrien (Re)*, 2001 SCC 35, [2001] 2 S.C.R. 3; *Canada (Attorney General) v. Reliance Insurance Co.* (2007), 87 O.R. (3d) 42; *Heyman v. Darwins, Ltd.*, [1942] A.C. 356; *Kaverit Steel and Crane Ltd. v. Kone Corp.* (1992), 87 D.L.R. (4th) 129; *James v. Thow*, 2005 BCSC 809, 5 B.L.R. (4th) 315; *Prince George (City) v. McElhanney Engineering Services Ltd.* (1995), 9 B.C.L.R. (3d) 368; *MacKinnon v. National Money Mart Co.*, 2004 BCCA 473, 50 B.L.R. (3d) 291; *Third Eye Capital Corporation v. Dianor Resources Inc.*, 2019 ONCA 508, 435 D.L.R. (4th) 416; *Cantore v. Nemaska Lithium Inc.*, 2020 QCCA 1333; *DGDP-BC Holdings Ltd. v. Third Eye Capital Corporation*, 2021 ABCA 226, 459 D.L.R. (4th) 538; *Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) v. Curragh Inc.* (1994), 114 D.L.R. (4th) 176; *GMAC Commercial Credit Corp. — Canada v. T.C.T. Logistics Inc.*, 2006 SCC 35, [2006] 2 S.C.R. 123; *Orphan Well Association v. Grant Thornton Ltd.*, 2019 SCC 5, [2019] 1 S.C.R. 150; *Endean v. British Columbia*, 2016 SCC 42, [2016] 2 S.C.R. 162.

By Jamal J.

Referred to: *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801; *Seidel v. TELUS Communications Inc.*, 2011 SCC 15, [2011] 1 S.C.R. 531; *Uber Technologies Inc. v. Heller*, 2020 SCC 16, [2020] 2 S.C.R. 118.

Statutes and Regulations Cited

Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, ss. 1 “arbitration agreement”, 15, 22.

337; *Ostrander c. Niagara Helicopters Ltd.* (1973), 1 O.R. (2d) 281; *Parsons c. Sovereign Bank of Canada*, [1913] A.C. 160; *Hayes Forest Services Ltd. c. Weyerhaeuser Co.*, 2008 BCCA 31, 289 D.L.R. (4th) 230; *Rosenberg c. Minster*, 2014 ONSC 845, 119 O.R. (3d) 27; *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; *3GS Inc. c. Altus Group Ltd.*, 2011 ONSC 5755, 96 B.L.R. (4th) 268; *Hosting Metro Inc. c. Poornam Info Vision Pvt. Ltd.*, 2016 BCSC 2371; *Sum Trade Corp. c. Agricom International Inc.*, 2018 BCCA 379, 18 B.C.L.R. (6th) 322; *Gulf Canada Resources Ltd. c. Arochem International Ltd.* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113; *Clayworth c. Octaform Systems Inc.*, 2020 BCCA 117, 446 D.L.R. (4th) 626; *Dalimpex Ltd. c. Janicki* (2000), 137 O.A.C. 390, conf. par (2003), 228 D.L.R. (4th) 179; *Ives & Barker c. Willans*, [1894] 2 Ch. 478; *Central Investments & Development Corp. c. Miller* (1982), 133 D.L.R. (3d) 440; *ABN Amro Bank Canada c. Krupp Mak Maschinenbau GmbH* (1996), 135 D.L.R. (4th) 130; *Petro-Canada c. 366084 Ontario Ltd.* (1995), 25 B.L.R. (2d) 19; *Therrien (Re)*, 2001 CSC 35, [2001] 2 R.C.S. 3; *Canada (Attorney General) c. Reliance Insurance Co.* (2007), 87 O.R. (3d) 42; *Heyman c. Darwins, Ltd.*, [1942] A.C. 356; *Kaverit Steel and Crane Ltd. c. Kone Corp.* (1992), 87 D.L.R. (4th) 129; *James c. Thow*, 2005 BCSC 809, 5 B.L.R. (4th) 315; *Prince George (City) c. McElhanney Engineering Services Ltd.* (1995), 9 B.C.L.R. (3d) 368; *MacKinnon c. National Money Mart Co.*, 2004 BCCA 473, 50 B.L.R. (3d) 291; *Third Eye Capital Corporation c. Ressources Dianor Inc.*, 2019 ONCA 508, 435 D.L.R. (4th) 416; *Cantore c. Nemaska Lithium Inc.*, 2020 QCCA 1333; *DGDP-BC Holdings Ltd. c. Third Eye Capital Corporation*, 2021 ABCA 226, 459 D.L.R. (4th) 538; *Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) c. Curragh Inc.* (1994), 114 D.L.R. (4th) 176; *Société de crédit commercial GMAC — Canada c. T.C.T. Logistics Inc.*, 2006 CSC 35, [2006] 2 R.C.S. 123; *Orphan Well Association c. Grant Thornton Ltd.*, 2019 CSC 5, [2019] 1 R.C.S. 150; *Endean c. Colombie-Britannique*, 2016 CSC 42, [2016] 2 R.C.S. 162.

Citée par le juge Jamal

Arrêts mentionnés : *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801; *Seidel c. TELUS Communications Inc.*, 2011 CSC 15, [2011] 1 R.C.S. 531; *Uber Technologies Inc. c. Heller*, 2020 CSC 16, [2020] 2 R.C.S. 118.

Lois et règlements cités

Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, art. 1 « arbitration agreement », 15, 22.

Arbitration Act, S.B.C. 2020, c. 2, s. 4(a).
Arbitration Act, 1991, S.O. 1991, c. 17, ss. 7(2), 17(2).
Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 71, 72(1), 183, 243.
Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36.
International Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 233, s. 2(1) "party".

Treaties and Other International Instruments

Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Can. T.S. 1986 No. 43, art. II(3).
 United Nations. Commission on International Trade Law. *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, U.N. Doc. A/40/17, Ann. I, June 21, 1985, arts. 8(1), 16.

Authors Cited

Bennett, Frank. *Bennett on Receiverships*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 2011.
 British Columbia. Legislative Assembly. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 16, No. 7, 4th Sess., 33rd Parl., April 21, 1986, p. 7865.
 Casey, J. Brian. *Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure*, 3rd ed. Huntington, N.Y.: Juris, 2017.
 Chan, Darius, and Sidharth Rajagopal. "To Stay or Not to Stay? A Clash of Arbitration and Insolvency Regimes" (2021), 38 *J. Int'l Arb.* 457.
 DaRe, Vern W., and Teodora Prpa. "Imagine One Restructuring Act in Canada" (2021), 36 *B.F.L.R.* 363.
 Esslinger, Heidi. "Creditors Over Contract: A Case Comment on *Chandos*", in Jill Corraini and D. Blair Nixon, eds., *Annual Review of Insolvency Law 2021*. Toronto: Thomson Reuters, 2022, 747.
 Fortier, L. Yves. "Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power: 'Beware, My Lord, of Jealousy'" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 143.
 Houlden, L. W., G. B. Morawetz and Janis Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, 4th ed. rev. Toronto: Thomson Reuters, 2022 (loose-leaf updated March 2022, release 3).
 Jackson, Georgina R., and Janis Sarra. "Selecting the Judicial Tool to get the Job Done: An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters", in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2007*. Toronto: Thomson Carswell, 2008, 41.
 Joseph, David. *Jurisdiction and Arbitration Agreements and Their Enforcement*, 2nd ed. London: Thomson Reuters, 2010.

Arbitration Act, S.B.C. 2020, c. 2, art. 4(a).
International Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 233, art. 2(1) « party ».
Loi de 1991 sur l'arbitrage, L.O. 1991, c. 17, art. 7(2), 17(2).
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 71, 72(1), 183, 243.
Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36.

Traités et autres instruments internationaux

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, R.T. Can. 1986 n° 43, art. II(3).
 Nations Unies. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, Doc. N.U. A/40/17, ann. I, 21 juin 1985, art. 8(1), 16.

Doctrine et autres documents cités

Bennett, Frank. *Bennett on Receiverships*, 3rd ed., Toronto: Carswell, 2011.
 Casey, J. Brian. *Arbitration Law of Canada : Practice and Procedure*, 3rd ed., Huntington (N.Y.), Juris, 2017.
 Chan, Darius, and Sidharth Rajagopal. « To Stay or Not to Stay? A Clash of Arbitration and Insolvency Regimes » (2021), 38 *J. Int'l Arb.* 457.
 Colombie-Britannique. Legislative Assembly. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 16, No. 7, 4th Sess., 33rd Parl., April 21, 1986, p. 7865.
 DaRe, Vern W., and Teodora Prpa. « Imagine One Restructuring Act in Canada » (2021), 36 *B.F.L.R.* 363.
 Esslinger, Heidi. « Creditors Over Contract : A Case Comment on *Chandos* », in Jill Corraini and D. Blair Nixon, eds., *Annual Review of Insolvency Law 2021*, Toronto, Thomson Reuters, 2022, 747.
 Fortier, L. Yves. « Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power : "Beware, My Lord, of Jealousy" » (2001), 80 *R. du B. can.* 143.
 Houlden, L. W., G. B. Morawetz and Janis Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, 4th ed. rev., Toronto, Thomson Reuters, 2022 (loose-leaf updated March 2022, release 3).
 Jackson, Georgina R., and Janis Sarra. « Selecting the Judicial Tool to get the Job Done : An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters », in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2007*, Toronto, Thomson Carswell, 2008, 41.
 Joseph, David. *Jurisdiction and Arbitration Agreements and Their Enforcement*, 2nd ed., London, Thomson Reuters, 2010.

- Kirgis, Paul F. “Arbitration, Bankruptcy, and Public Policy: A Contractarian Analysis” (2009), 17 *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* 503.
- Kröll, Stefan. “The ‘Incapable of Being Performed’ Exception in Article II(3) of the New York Convention”, in Emmanuel Gaillard, Domenico Di Pietro and Nanou Leleu-Knobil, eds., *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*. London: Cameron May, 2008, 323.
- Kühn, Wolfgang. “Arbitration and Insolvency” (2011), 5 *Disp. Res. Int’l* 203.
- Lamm, Carolyn B., and Jeremy K. Sharpe. “Inoperative Arbitration Agreements Under the New York Convention”, in Emmanuel Gaillard, Domenico Di Pietro and Nanou Leleu-Knobil, eds., *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*. London: Cameron May, 2008, 297.
- McElcheran, Kevin P. *Commercial Insolvency in Canada*, 4th ed. Toronto: LexisNexis, 2019.
- McEwan, J. Kenneth, and Ludmila B. Herbst. *Commercial Arbitration in Canada: A Guide to Domestic and International Arbitrations*. Toronto: Thomson Reuters, 2022 (loose-leaf updated February 2022, release 1).
- Meshel, Tamar. “*Petrowest v. Peace River Hydro*: The Revocability and Separability of Commercial Arbitration Agreements” (2022), 65 *Can. Bus. L.J.* 329.
- Pavlović, Marina, and Anthony Daimsis. “Arbitration”, in John C. Kleefeld et al., eds., *Dispute Resolution: Readings and Case Studies*, 4th ed. Toronto: Emond Montgomery, 2016, 483.
- Salzberg, Mark A., and Gary M. Zinkgraf. “When Worlds Collide: The Enforceability of Arbitration Agreements in Bankruptcy” (2007), 27 *Franchise L.J.* 37.
- Schramm, Dorothee, Elliott Geisinger and Philippe Pinsolle. “Article II”, in Herbert Kronke et al., eds., *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2010, 37.
- St. John Sutton, David, Judith Gill and Matthew Gearing. *Russell on Arbitration*, 24th ed. London: Thomson Reuters, 2015.
- Sullivan, Ruth. *The Construction of Statutes*, 7th ed. Toronto: LexisNexis, 2022.
- Swan, Angela, Jakub Adamski and Annie Y. Na. *Canadian Contract Law*, 4th ed. Toronto: LexisNexis, 2018.
- van den Berg, Albert Jan. *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*. Hingham, Mass.: Kluwer Law and Taxation, 1981.
- Kirgis, Paul F. « Arbitration, Bankruptcy, and Public Policy : A Contractarian Analysis » (2009), 17 *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* 503.
- Kröll, Stefan. « The “Incapable of Being Performed” Exception in Article II(3) of the New York Convention », in Emmanuel Gaillard, Domenico Di Pietro and Nanou Leleu-Knobil, eds., *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards : The New York Convention in Practice*, London, Cameron May, 2008, 323.
- Kühn, Wolfgang. « Arbitration and Insolvency » (2011), 5 *Disp. Res. Int’l* 203.
- Lamm, Carolyn B., and Jeremy K. Sharpe. « Inoperative Arbitration Agreements Under the New York Convention », in Emmanuel Gaillard, Domenico Di Pietro and Nanou Leleu-Knobil, eds., *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards : The New York Convention in Practice*, London, Cameron May, 2008, 297.
- McElcheran, Kevin P. *Commercial Insolvency in Canada*, 4th ed., Toronto, LexisNexis, 2019.
- McEwan, J. Kenneth, and Ludmila B. Herbst. *Commercial Arbitration in Canada : A Guide to Domestic and International Arbitrations*, Toronto, Thomson Reuters, 2022 (loose-leaf updated February 2022, release 1).
- Meshel, Tamar. « *Petrowest v. Peace River Hydro* : The Revocability and Separability of Commercial Arbitration Agreements » (2022), 65 *Rev. can. dr. comm.* 329.
- Pavlović, Marina, and Anthony Daimsis. « Arbitration », in John C. Kleefeld et al., eds., *Dispute Resolution : Readings and Case Studies*, 4th ed., Toronto, Emond Montgomery, 2016, 483.
- Salzberg, Mark A., and Gary M. Zinkgraf. « When Worlds Collide : The Enforceability of Arbitration Agreements in Bankruptcy » (2007), 27 *Franchise L.J.* 37.
- Schramm, Dorothee, Elliott Geisinger and Philippe Pinsolle. « Article II », in Herbert Kronke et al., eds., *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards : A Global Commentary on the New York Convention*, Alphen aan den Rijn (The Netherlands), Kluwer Law International, 2010, 37.
- St. John Sutton, David, Judith Gill and Matthew Gearing. *Russell on Arbitration*, 24th ed., London, Thomson Reuters, 2015.
- Sullivan, Ruth. *The Construction of Statutes*, 7th ed., Toronto, LexisNexis, 2022.
- Swan, Angela, Jakub Adamski and Annie Y. Na. *Canadian Contract Law*, 4th ed., Toronto, LexisNexis, 2018.
- van den Berg, Albert Jan. *The New York Arbitration Convention of 1958 : Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Hingham (Mass.), Kluwer Law and Taxation, 1981.

Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2015.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Bennett, Dickson and Grauer JJ.A.), 2020 BCCA 339, 43 B.C.L.R. (6th) 8, 452 D.L.R. (4th) 535, 5 C.L.R. (5th) 31, 84 C.B.R. (6th) 174, 9 B.L.R. (6th) 163, [2021] 7 W.W.R. 195, [2020] B.C.J. No. 1940 (QL), 2020 CarswellBC 3008 (WL), affirming a decision of Iyer J., 2019 BCSC 2221, 5 C.L.R. (5th) 14, 74 C.B.R. (6th) 53, 100 B.L.R. (5th) 128, [2019] B.C.J. No. 2489 (QL), 2019 CarswellBC 3819 (WL). Appeal dismissed.

David de Groot, Joanne Luu, Robert Martz and Alison Scott, for the appellants.

Kelsey Meyer, Ciara Mackey, Stephanie Clark and Paul Romaniuk, for the respondents.

Laurent Debrun and Charles Côté-De Lagrave, for the intervener the Canadian Commercial Arbitration Center.

Lisa C. Munro and Cynthia B. Kuehl, for the intervener Arbitration Place.

Christina Doria, Michael Nowina and Brendan O’Grady, for the intervener the Chartered Institute of Arbitrators (Canada) Inc.

Kibben Jackson, Tom Posyniak and Glen Nesbitt, for the intervener the Insolvency Institute of Canada.

Anthony Daimsis, for the intervener the Canadian Federation of Independent Business.

Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*, 2nd ed., Toronto: Irwin Law, 2015.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Bennett, Dickson et Grauer), 2020 BCCA 339, 43 B.C.L.R. (6th) 8, 452 D.L.R. (4th) 535, 5 C.L.R. (5th) 31, 84 C.B.R. (6th) 174, 9 B.L.R. (6th) 163, [2021] 7 W.W.R. 195, [2020] B.C.J. No. 1940 (QL), 2020 CarswellBC 3008 (WL), qui a confirmé une décision de la juge Iyer, 2019 BCSC 2221, 5 C.L.R. (5th) 14, 74 C.B.R. (6th) 53, 100 B.L.R. (5th) 128, [2019] B.C.J. No. 2489 (QL), 2019 CarswellBC 3819 (WL). Pourvoi rejeté.

David de Groot, Joanne Luu, Robert Martz et Alison Scott, pour les appelantes.

Kelsey Meyer, Ciara Mackey, Stephanie Clark et Paul Romaniuk, pour les intimées.

Laurent Debrun et Charles Côté-De Lagrave, pour l’intervenant le Centre canadien d’arbitrage commercial.

Lisa C. Munro et Cynthia B. Kuehl, pour l’intervenante Arbitration Place.

Christina Doria, Michael Nowina et Brendan O’Grady, pour l’intervenante Chartered Institute of Arbitrators (Canada) Inc.

Kibben Jackson, Tom Posyniak et Glen Nesbitt, pour l’intervenante Insolvency Institute of Canada.

Anthony Daimsis, pour l’intervenante la Fédération canadienne de l’entreprise indépendante.

The judgment of Wagner C.J. and Moldaver, Côté, Rowe and Kasirer JJ. was delivered by

CÔTÉ J. —

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Moldaver, Côté, Rowe et Kasirer rendu par

LA JUGE CÔTÉ —

TABLE OF CONTENTS

	Paragraph
I. <u>Overview</u>	1
II. <u>Background</u>	11
III. <u>Statutory Provisions</u>	18
IV. <u>Decisions Below</u>	19
A. <i>British Columbia Supreme Court, 2019 BCSC 2221, 100 B.L.R. (5th) 128 (Iyer J.)</i>	19
B. <i>British Columbia Court of Appeal, 2020 BCCA 339, 452 D.L.R. (4th) 535 (Bennett, Dickson and Grauer J.J.A.)</i>	28
V. <u>Issues</u>	32
VI. <u>Analysis</u>	37
A. <i>Competence-Competence Principle</i>	38
(1) <u>General Principle</u>	39
(2) <u>Exceptions to the Competence-Competence Principle</u>	42
(3) <u>Application of the Principle in This Case</u> ...	43
B. <i>Relationship Between Arbitration Law and Insolvency Law</i>	44
(1) <u>Dispute Resolution by Arbitration</u>	49
(2) <u>Dispute Resolution in Insolvency</u>	51
(3) <u>Commonalities Between Arbitration Law and Insolvency Law</u>	59

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. <u>Aperçu</u>	1
II. <u>Contexte</u>	11
III. <u>Dispositions statutaires</u>	18
IV. <u>Décisions des tribunaux d’instance inférieure</u>	19
A. <i>Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2019 BCSC 2221, 100 B.L.R. (5th) 128 (la juge Iyer)</i>	19
B. <i>Cour d’appel de la Colombie-Britannique, 2020 BCCA 339, 452 D.L.R. (4th) 535 (les juges Bennett, Dickson et Grauer)</i>	28
V. <u>Questions en litige</u>	32
VI. <u>Analyse</u>	37
A. <i>Principe de compétence-compétence</i>	38
(1) <u>Principe général</u>	39
(2) <u>Exceptions au principe de compétence-compétence</u>	42
(3) <u>Application du principe en l’espèce</u>	43
B. <i>Lien entre le droit de l’arbitrage et le droit de l’insolvabilité</i>	44
(1) <u>Règlement des différends par voie d’arbitrage</u>	49
(2) <u>Règlement des différends en cas d’insolvabilité</u>	51
(3) <u>Points communs entre le droit de l’arbitrage et le droit de l’insolvabilité</u>	59

C. <i>Two-Part Framework for Stays of Proceedings in Favour of Arbitration</i>76	C. <i>Cadre d'analyse en deux volets applicable aux suspensions d'instance en faveur de l'arbitrage</i>76
(1) <u>Technical Prerequisites</u>81	(1) <u>Conditions préliminaires</u>81
(2) <u>Statutory Exceptions</u>87	(2) <u>Exceptions prévues par la loi</u>87
D. <i>Section 15 of the Arbitration Act</i>91	D. <i>Article 15 de l'Arbitration Act</i>91
(1) <u>Text of Section 15</u>92	(1) <u>Libellé de l'art. 15</u>92
(2) <u>Proper Interpretation of Section 15</u>93	(2) <u>Interprétation appropriée de l'art. 15</u>93
E. <i>Application of Section 15 of the Arbitration Act</i>159	E. <i>Application de l'art. 15 de l'Arbitration Act</i>159
(1) <u>Technical Prerequisites: Section 15 Is Engaged</u>159	(1) <u>Conditions préliminaires : l'art. 15 entre en jeu</u>159
(2) <u>Statutory Exceptions: The Arbitration Agreements Are “Inoperative” Under Section 15(2)</u>172	(2) <u>Exceptions prévues par la loi : les Conventions d'arbitrage sont « inopérantes » aux termes du par. 15(2)</u>172
(3) <u>Conclusion on Section 15</u>186	(3) <u>Conclusion sur l'art. 15</u>186
VII. <u>Disposition</u>189	VII. <u>Dispositif</u>189
Appendix — Arbitration Agreements	Annexe — Conventions d'arbitrage

I. Overview

[1] This appeal calls upon our Court to clarify whether and in what circumstances a contractual agreement to arbitrate governed by the *Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 55 (“*Arbitration Act*”), should give way to the public interest in the orderly and efficient resolution of a court-ordered receivership under s. 243 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“*BIA*”).

[2] A construction dispute underlies this appeal. The appellant Peace River Hydro Partners is a partnership formed to build a hydroelectric dam in northeastern British Columbia. Two members of that partnership, and their parent corporations, are also appellants in this Court (collectively, “Peace River”). The respondent Petrowest Corporation (“Petrowest”) is an Alberta-based construction company. In December 2015, Peace River agreed to

I. Aperçu

[1] Le présent pourvoi requiert notre Cour de déterminer si, et dans quelles circonstances, une convention d'arbitrage régie par l'*Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 55 (« *Arbitration Act* »), devrait céder le pas à l'intérêt public à l'égard du règlement ordonné et efficace d'une mise sous séquestre ordonnée par le tribunal en vertu de l'art. 243 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3 (« *LFI* »).

[2] Ce pourvoi découle d'un différend relatif au domaine de la construction. L'appelante Peace River Hydro Partners est une société de personnes qui a été constituée en vue de la construction d'un barrage hydroélectrique dans le Nord-Est de la Colombie-Britannique. Deux membres de cette société de personnes, et leur société mère, sont aussi appelantes devant notre Cour (collectivement, « Peace River »). L'intimée Petrowest Corporation

subcontract certain work to Petrowest and its affiliates (“Petrowest Affiliates”), which are also respondents in this appeal. The parties executed several clauses providing that disputes arising from their relationship were to be resolved through arbitration (“Arbitration Agreements”).

[3] But Petrowest soon found itself in dire financial straits. The Alberta Court of Queen’s Bench ordered Petrowest and the Petrowest Affiliates into receivership pursuant to s. 243 of the *BIA*. The respondent Ernst & Young Inc. acts as their court-appointed receiver and manager (“Receiver”). The Receiver brought a civil claim in the Supreme Court of British Columbia seeking to collect accounts receivable allegedly owed to Petrowest and the Petrowest Affiliates by Peace River. The latter applied to stay the civil proceedings under s. 15 of the *Arbitration Act* on the ground that the Arbitration Agreements governed the dispute. The Receiver opposed the stay application on behalf of Petrowest and the Petrowest Affiliates, arguing that the *BIA* authorized the court to assert centralized judicial control over the matter rather than send the Receiver to multiple arbitral forums.

[4] The chambers judge agreed with the Receiver and dismissed the stay application. The Court of Appeal upheld the chambers judge’s ruling on the basis that the Receiver was not a “party” to the Arbitration Agreements within the meaning of s. 15(1) of the *Arbitration Act*. It held that the doctrine of separability allowed the Receiver to disclaim the Arbitration Agreements and sue on the underlying contracts to recover payment for past performance. Peace River now asks this Court to set aside both decisions below and stay the court proceedings in favour of arbitration.

[5] I would dismiss the appeal and affirm the dismissal of the stay application by the courts below. The civil claim brought by the Receiver on behalf of Petrowest and the Petrowest Affiliates may proceed. This conclusion flows from the following two-part

(« Petrowest ») est une entreprise de construction basée en Alberta. En décembre 2015, Peace River a accepté de sous-traiter certains travaux à Petrowest et à ses sociétés affiliées (« Sociétés affiliées »), lesquelles sont aussi intimées dans le présent pourvoi. Les parties ont prévu plusieurs clauses stipulant que les différends découlant de leur relation seraient réglés par voie d’arbitrage (« Conventions d’arbitrage »).

[3] Cependant, Petrowest s’est rapidement retrouvée dans une situation financière précaire. La Cour du Banc de la Reine de l’Alberta a ordonné la mise sous séquestre de Petrowest et des Sociétés affiliées en vertu de l’art. 243 de la *LFI*. L’intimée Ernst & Young Inc. agit comme leur séquestre et administratrice nommée par le tribunal (« Séquestre »). Le Séquestre a intenté une poursuite civile devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique en vue de recouvrer des créances qu’il estimait être dues à Petrowest et aux Sociétés affiliées par Peace River. Cette dernière a demandé la suspension de l’instance civile en vertu de l’art. 15 de l’*Arbitration Act* au motif que le différend était régi par les Conventions d’arbitrage. Le Séquestre, au nom de Petrowest et des Sociétés affiliées, s’est opposé à cette demande, faisant valoir que la *LFI* autorisait le tribunal à exercer un contrôle judiciaire centralisé sur l’affaire au lieu de référer le Séquestre devant de nombreux tribunaux arbitraux.

[4] La juge en chambre s’est dite d’accord avec le Séquestre et a rejeté la demande de suspension d’instance. La Cour d’appel a confirmé la décision de la juge en chambre au motif que le Séquestre n’était pas une [TRADUCTION] « partie » aux Conventions d’arbitrage au sens du par. 15(1) de l’*Arbitration Act*. Elle a conclu que la doctrine de la séparabilité permettait au Séquestre de renoncer aux Conventions d’arbitrage et d’intenter une poursuite fondée sur les contrats sous-jacents pour recouvrer le paiement pour une prestation antérieure. Peace River demande maintenant à notre Cour d’annuler ces deux décisions et de suspendre l’instance civile en faveur de l’arbitrage.

[5] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi et de confirmer le rejet de la demande de suspension d’instance par les tribunaux inférieurs. La poursuite civile intentée par le Séquestre au nom de Petrowest et des Sociétés affiliées peut suivre son cours. Cette conclusion

analysis, which is mandated by s. 15 of the *Arbitration Act* and outlined in further detail later in these reasons.

[6] First, the Court of Appeal erred in concluding that s. 15 was not engaged because the Receiver was not a “party” to the Arbitration Agreements. Permitting a court-appointed receiver to avoid arbitration on the basis that it is not a party to the debtor’s pre-existing agreement to arbitrate is inconsistent with a proper reading of s. 15, ordinary principles of contract law, party autonomy, and this Court’s longstanding jurisprudence with respect to arbitration. Nor can disclaimer or the doctrine of separability permit receivers to unilaterally render otherwise valid arbitration agreements “inoperative” or “incapable of being performed” within the meaning of s. 15. Only a court can make a finding that an arbitration agreement is inoperative or incapable of being performed.

[7] Second, although s. 15 is engaged, the chambers judge was entitled to refuse to grant a stay under s. 15(2). An otherwise valid arbitration agreement may, in some circumstances, be inoperative or incapable of being performed. For example, an arbitration agreement may be inoperative if enforcing it would compromise court-ordered receivership proceedings under s. 243 of the *BIA*. This may occur where the arbitration agreed to by the parties would preclude the orderly and efficient resolution of the receivership, contrary to the purposes of the *BIA*.

[8] To be clear, the fact that a party has entered receivership or insolvency proceedings or is financially impecunious is not, on its own, a sufficient basis for a court to find an arbitration agreement inoperative. The party seeking to avoid arbitration must establish, on a balance of probabilities, that a stay in favour of arbitration would compromise the integrity of the parallel insolvency proceedings. The following non-exhaustive list of factors, discussed further below, may assist in the court’s analysis: (a) the effect of arbitration on the integrity of the insolvency proceedings,

découle de l’analyse en deux volets qu’exige l’art. 15 de l’*Arbitration Act* et qui sera abordée en détail plus loin dans les présents motifs.

[6] Premièrement, la Cour d’appel a commis une erreur en concluant que l’art. 15 n’entrait pas en jeu parce que le Séquestre n’était pas une « partie » aux Conventions d’arbitrage. Permettre au séquestre nommé par le tribunal d’éviter l’arbitrage au motif qu’il n’est pas une partie à la convention d’arbitrage préexistante du débiteur est incompatible avec une interprétation adéquate de l’art. 15, les principes ordinaires du droit des contrats, l’autonomie des parties ainsi que la jurisprudence de longue date de notre Cour en matière d’arbitrage. La renonciation ou la doctrine de la séparabilité ne permettent pas non plus aux séquestres d’unilatéralement rendre des conventions d’arbitrage par ailleurs valides [TRADUCTION] « inopérante[s] » ou « non susceptible[s] d’être exécutée[s] » au sens de l’art. 15. Seul un tribunal peut conclure qu’une convention d’arbitrage est inopérante ou non susceptible d’être exécutée.

[7] Deuxièmement, bien que l’art. 15 soit en jeu, la juge en chambre pouvait refuser de suspendre l’instance en vertu du par. 15(2). Une convention d’arbitrage par ailleurs valide peut, dans certaines circonstances, être inopérante ou non susceptible d’être exécutée. Par exemple, une convention d’arbitrage peut être inopérante si le fait de l’exécuter compromettrait une procédure de mise sous séquestre ordonnée par le tribunal en vertu de l’art. 243 de la *LFI*. Cela peut se produire lorsque l’arbitrage convenu par les parties empêcherait le règlement ordonné et efficace de la mise sous séquestre, contrairement aux objectifs visés par la *LFI*.

[8] Pour être claire, le fait qu’une partie fasse l’objet d’une ordonnance de mise sous séquestre ou d’une procédure d’insolvabilité, ou qu’elle éprouve des difficultés financières, ne constitue pas, en soi, un motif suffisant pour qu’un tribunal puisse conclure à l’inopérabilité d’une convention d’arbitrage. La partie qui cherche à éviter l’arbitrage doit établir, selon la prépondérance des probabilités, qu’une suspension d’instance en faveur de l’arbitrage compromettrait l’intégrité de la procédure d’insolvabilité parallèle. La liste suivante, que j’examinerai davantage plus loin,

which are intended to minimize economic prejudice to creditors; (b) the relative prejudice to the parties to the arbitration agreement and the debtor's stakeholders; (c) the urgency of resolving the dispute; (d) the effect of a stay of proceedings arising from the bankruptcy or insolvency proceedings, if applicable; and (e) any other factors the court considers material in the circumstances.

[9] Applying the above factors, I find that the chambers judge correctly dismissed the stay application. The Arbitration Agreements are inoperative within the meaning of s. 15(2) of the *Arbitration Act*. Sections 243 and 183 of the *BIA* authorize courts to do what practicality demands in the context of a receivership. In this case, practicality demands that the Arbitration Agreements not be enforced, in the interest of an orderly and efficient resolution of the receivership. In short, the chaotic nature of the arbitral proceedings bargained for by the parties would compromise the integrity of the receivership, to the detriment of affected creditors and contrary to the purposes of the *BIA*.

[10] I stress that this result is context-specific. The unique facts of this case, which pit the public policy objectives underlying the *BIA* against freedom of contract and party autonomy, justify departing from the legislative and judicial preference for holding parties to their arbitration agreements. Contrary to conventional wisdom, however, arbitration law and insolvency law need not always exist at “polar extremes”. They have much in common, including an emphasis on efficiency and expediency, procedural flexibility, and expert decision-making. These shared interests often converge through arbitration, such that granting a stay in favour of arbitration will promote the objectives of both provincial arbitration legislation and federal insolvency legislation. It is for this reason that courts should generally hold parties to their agreements to arbitrate, even if one of them has become insolvent. To do otherwise would not only threaten the important public policy served by enforcing arbitration agreements and thus Canada's

comporte des facteurs pouvant éclairer le tribunal dans l'analyse : a) l'effet de l'arbitrage sur l'intégrité de la procédure d'insolvabilité, laquelle vise à minimiser le préjudice économique que peuvent subir les créanciers; b) le préjudice relatif pour les parties à la convention d'arbitrage et les parties prenantes du débiteur; c) l'urgence de régler le différend; d) l'effet d'une suspension d'instance découlant de la procédure de faillite ou d'insolvabilité, s'il y a lieu; et e) tout autre facteur que le tribunal estime significatif dans les circonstances.

[9] Appliquant les facteurs énoncés ci-dessus, je conclus que la juge en chambre a à bon droit rejeté la demande de suspension d'instance. Les Conventions d'arbitrage sont inopérantes au sens du par. 15(2) de l'*Arbitration Act*. Les articles 243 et 183 de la *LFI* autorisent les tribunaux à répondre aux considérations pratiques qui surviennent dans le contexte d'une mise sous séquestre. En l'espèce, ces considérations exigent que les Conventions d'arbitrage ne soient pas exécutées, et ce, afin de favoriser le règlement ordonné et efficace de la mise sous séquestre. En bref, la nature chaotique de la procédure arbitrale négociée par les parties compromettrait l'intégrité de la mise sous séquestre, au détriment des créanciers touchés et contrairement aux objectifs visés par la *LFI*.

[10] Je souligne que ce résultat est tributaire du contexte. Les faits particuliers de la présente affaire, qui opposent les objectifs de politique publique sous-tendant la *LFI*, d'une part, et la liberté contractuelle et l'autonomie des parties, d'autre part, justifient de s'écarter de la préférence législative et judiciaire qui consiste à obliger les parties à respecter leurs conventions d'arbitrage. Cependant, contrairement à ce que l'on peut penser à première vue, le droit de l'arbitrage et le droit de l'insolvabilité ne se situent pas toujours nécessairement à « des pôles extrêmes ». Ils présentent beaucoup de points communs, par exemple l'accent mis sur l'efficacité et la célérité, la souplesse procédurale et la prise de décision par des experts. Ces intérêts communs convergent souvent grâce à l'arbitrage, de sorte que l'octroi d'une suspension d'instance en faveur de l'arbitrage favorisera l'atteinte des objectifs à la fois de la loi provinciale en matière d'arbitrage et de la loi fédérale en matière d'insolvabilité. C'est pour cette raison que les tribunaux

position as a leader in commercial arbitration, but also jeopardize the public interest in the expeditious, efficient, and economical clean-up of the aftermath of a financial collapse.

II. Background

[11] Peace River was formed to design and construct works at the Site C Project, a major dam and hydroelectric generating station on the Peace River in northeastern British Columbia. The partnership includes the appellants Acciona Infrastructure Canada Inc. and Samsung C&T Canada Ltd., which are the Canadian subsidiaries of the appellants Acciona Infraestructuras S.A. and Samsung C&T Corporation.

[12] Petrowest is the third member of the partnership. The following agreements between the parties are relevant to this appeal (collectively, “Main Agreements”):

- a general partnership agreement dated December 17, 2015, between Acciona Infrastructure Canada Inc., Samsung C&T Canada Ltd., and Petrowest, creating Peace River (“Partnership Agreement”);
- a guarantee and cross-indemnity agreement dated December 17, 2015, between Acciona Infraestructuras S.A., Samsung C&T Corporation, and Petrowest, guaranteeing the obligations of the subsidiary partners to the Partnership Agreement (“Guarantee”);
- purchase orders under which Peace River subcontracted certain work to Petrowest and the Petrowest Affiliates (“Purchase Orders”); and
- a subcontract dated June 1, 2016, between a Petrowest Affiliate and Peace River, awarding further subcontracted work.

devraient habituellement obliger les parties à respecter leurs conventions d’arbitrage, même si l’une d’entre elles est devenue insolvable. Conclure autrement non seulement menacerait la politique publique importante que sert l’exécution des conventions d’arbitrage, mais également mettrait en péril l’intérêt public dans la gestion expéditive, efficace et économique des conséquences d’un effondrement financier, et, partant, la position du Canada en tant que chef de file en matière d’arbitrage commercial.

II. Contexte

[11] La société de personnes Peace River a été constituée en vue de la conception et de la construction d’installations pour le projet du site C, un barrage et une centrale hydroélectrique de grande envergure sur la rivière de la Paix dans le Nord-Est de la Colombie-Britannique. Elle comprend les appelantes Acciona Infrastructure Canada Inc. et Samsung C&T Canada Ltd., soit les filiales canadiennes des appelantes Acciona Infraestructuras S.A. et Samsung C&T Corporation.

[12] Petrowest est la troisième membre de cette société. Les ententes suivantes entre les parties sont pertinentes en l’espèce (collectivement, « Ententes principales ») :

- un contrat d’association, daté du 17 décembre 2015, entre Acciona Infrastructure Canada Inc., Samsung C&T Canada Ltd. et Petrowest, créant Peace River (« Contrat de société »);
- une entente de garantie et d’indemnisation réciproque, datée du 17 décembre 2015, entre Acciona Infraestructuras S.A., Samsung C&T Corporation et Petrowest, garantissant les obligations des filiales associées envers le Contrat de société (« Garantie »);
- des bons de commande en vertu desquels Peace River a sous-traité certains travaux à Petrowest et aux Sociétés affiliées (« Bons de commande »); et
- un contrat de sous-traitance, daté du 1^{er} juin 2016, entre une société affiliée à Petrowest et Peace River, attribuant d’autres travaux en sous-traitance.

[13] The Main Agreements contain the Arbitration Agreements in which the parties agree to refer disputes to arbitration. It should be noted, however, that the wording of each Arbitration Agreement differs.¹ Each applies to a different set of potential disputes and provides for different arbitration procedures. And some of the Purchase Orders do not contain arbitration clauses.

[14] Less than two years into the partnership, Petrowest encountered financial difficulties. It entered receivership on August 15, 2017. The Alberta Court of Queen’s Bench granted a receivership order pursuant to s. 243(1) of the *BIA* (“Receivership Order”). The Receivership Order appointed the Receiver to manage the assets and property of the debtors, Petrowest and the Petrowest Affiliates. It authorized the Receiver to do the following, among other things: (a) disclaim, abandon or renounce the debtors’ interest in property; (b) initiate the prosecution of “any and all proceedings” with respect to the debtors and their property; (c) assign the debtors into bankruptcy, become their trustee in bankruptcy, and take all steps reasonably required to carry out its role as trustee in bankruptcy; (d) “cease to perform any contracts of the Debtors”; and (e) “receive and collect all monies and accounts” owing to the debtors (A.R., vol. XI, at pp. 2900-2903).

[15] On April 3, 2018, the Receiver assigned the Petrowest Affiliates into bankruptcy and became their trustee in bankruptcy. It is important to note that Petrowest itself is not bankrupt.

[16] On August 29, 2018, the Receiver brought a civil claim against Peace River in the Supreme Court of British Columbia on behalf of Petrowest and the Petrowest Affiliates. The Receiver sought to collect funds allegedly owing to Petrowest and the Petrowest Affiliates for performance of work subcontracted under the Main Agreements.

¹ The Arbitration Agreements are reproduced in an appendix to these reasons.

[13] Les Ententes principales comportent les Conventions d’arbitrage pour les lesquelles les parties s’engagent à soumettre leurs différends à l’arbitrage. Il convient cependant de noter que le libellé des Conventions d’arbitrage diffère d’une entente à l’autre¹. Chacune d’elles s’applique à un ensemble différent de conflits éventuels et prévoit des procédures arbitrales différentes. De plus, certains des Bons de commande ne contiennent pas de clause d’arbitrage.

[14] Moins de deux ans après son entrée dans le contrat d’association, Petrowest a rencontré des difficultés financières. Elle a été mise sous séquestre le 15 août 2017. La Cour du Banc de la Reine de l’Alberta a prononcé une ordonnance de mise sous séquestre en vertu du par. 243(1) de la *LFI* (« Ordonnance de mise sous séquestre »). L’Ordonnance de mise sous séquestre a nommé le Séquestre afin qu’il gère les actifs et les biens des débitrices, soit Petrowest et les Sociétés affiliées. Elle autorisait notamment le Séquestre : a) à abandonner l’intérêt des débitrices dans un bien ou à y renoncer; b) à intenter [TRADUCTION] « toute procédure » relativement aux débitrices et à leurs biens; c) à céder les biens des débitrices au profit des créanciers, à devenir leur syndic de faillite et à prendre toutes les mesures raisonnablement requises pour s’acquitter de son rôle de syndic de faillite; d) à « cesser d’exécuter tout contrat des débitrices »; et e) à « recevoir et recouvrer toute somme et créance » dues aux débitrices (d.a., vol. XI, p. 2900-2903).

[15] Le 3 avril 2018, le Séquestre a cédé les biens des Sociétés affiliées au profit des créanciers et est devenu leur syndic de faillite. Il importe de souligner que Petrowest n’est pas elle-même en faillite.

[16] Le 29 août 2018, le Séquestre a, au nom de Petrowest et des Sociétés affiliées, intenté une poursuite civile contre Peace River devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Le Séquestre a tenté de recouvrer des fonds qu’il estimait être dus à Petrowest et aux Sociétés affiliées pour des travaux exécutés en sous-traitance en vertu des Ententes principales.

¹ Les Conventions d’arbitrage sont reproduites en annexe des présents motifs.

[17] On August 30, 2018, Peace River was served with the notice of civil claim. In a letter dated September 28, 2018, counsel for Peace River undertook to file a defence. Instead, Peace River ultimately applied under s. 15 of the *Arbitration Act* for a stay of proceedings on the ground that the Arbitration Agreements governed the dispute. The Receiver resisted the application on behalf of Petrowest and the Petrowest Affiliates.

III. Statutory Provisions

[18] This appeal concerns the interplay between two statutes: the *Arbitration Act* and the *BIA*. The key sections of these two statutes are set out below.

Arbitration Act

Definitions

1 In this Act:

...

“**arbitration agreement**” means a written or oral term of an agreement between 2 or more persons to submit present or future disputes between them to arbitration, whether or not an arbitrator is named, but does not include an agreement to which the *International Commercial Arbitration Act* applies;

...

Stay of proceedings

15 (1) If a party to an arbitration agreement commences legal proceedings in a court against another party to the agreement in respect of a matter agreed to be submitted to arbitration, a party to the legal proceedings may apply, before filing a response to civil claim or a response to family claim or taking any other step in the proceedings, to that court to stay the legal proceedings.

(2) In an application under subsection (1), the court must make an order staying the legal proceedings unless it determines that the arbitration agreement is void, inoperative or incapable of being performed.

[17] Le 30 août 2018, Peace River a reçu signification de l’avis de poursuite civile. Dans une lettre datée du 28 septembre 2018, l’avocat de Peace River s’est engagé à produire une défense. Au lieu de cela, Peace River a présenté une demande de suspension de l’instance en vertu de l’art. 15 de l’*Arbitration Act* au motif que les Conventions d’arbitrage régissaient le différend. Le Séquestre s’est opposé à la demande, au nom de Petrowest et des Sociétés affiliées.

III. Dispositions statutaires

[18] Le présent pourvoi porte sur l’interaction entre deux lois : l’*Arbitration Act* et la *LFI*. Les dispositions clés de ces deux lois sont reproduites ci-après.

Arbitration Act

[TRANSLATION]

Définitions

1 Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi :

...

« **convention d’arbitrage** » Condition écrite ou orale d’une entente conclue entre deux ou plusieurs personnes visant à soumettre à l’arbitrage un différend né ou à naître, qu’un arbitre soit désigné ou non, à l’exclusion d’une entente à laquelle l’*International Commercial Arbitration Act* s’applique;

...

Suspension d’instance

15 (1) Si une partie à une convention d’arbitrage intente contre une autre partie à la convention une action relative à une question qui, suivant cette convention, devait être soumise à l’arbitrage, une partie à l’instance peut, avant d’avoir déposé une réponse à la poursuite civile ou à la poursuite en droit familial ou d’avoir autrement agi dans l’instance, demander au tribunal de suspendre l’instance.

(2) Le tribunal saisi de la demande visée au paragraphe (1) suspend l’instance à moins qu’il ne constate que la convention d’arbitrage est nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée.

BIA

General Provisions

Application of other substantive law

72 (1) The provisions of this Act shall not be deemed to abrogate or supersede the substantive provisions of any other law or statute relating to property and civil rights that are not in conflict with this Act, and the trustee is entitled to avail himself of all rights and remedies provided by that law or statute as supplementary to and in addition to the rights and remedies provided by this Act.

...

Jurisdiction of Courts

Courts vested with jurisdiction

183 (1) The following courts are invested with such jurisdiction at law and in equity as will enable them to exercise original, auxiliary and ancillary jurisdiction in bankruptcy and in other proceedings authorized by this Act during their respective terms, as they are now, or may be hereafter, held, and in vacation and in chambers:

...

(c) in the Provinces of Nova Scotia and British Columbia, the Supreme Court;

...

Secured Creditors and Receivers

Court may appoint receiver

243 (1) Subject to subsection (1.1), on application by a secured creditor, a court may appoint a receiver to do any or all of the following if it considers it to be just or convenient to do so:

(a) take possession of all or substantially all of the inventory, accounts receivable or other property of an insolvent person or bankrupt that was acquired for or used in relation to a business carried on by the insolvent person or bankrupt;

LFI

Dispositions générales

Application d'autres lois positives

72 (1) La présente loi n'a pas pour effet d'abroger ou de remplacer les dispositions de droit substantif d'une autre loi ou règle de droit concernant la propriété et les droits civils, non incompatibles avec la présente loi, et le syndic est autorisé à se prévaloir de tous les droits et recours prévus par cette autre loi ou règle de droit, qui sont supplémentaires et additionnels aux droits et recours prévus par la présente loi.

...

Compétence des tribunaux

Tribunaux compétents

183 (1) Les tribunaux suivants possèdent la compétence en droit et en equity qui doit leur permettre d'exercer la juridiction de première instance, auxiliaire et subordonnée en matière de faillite et en d'autres procédures autorisées par la présente loi durant leurs termes respectifs, tels que ces termes sont maintenant ou peuvent par la suite être tenus, pendant une vacance judiciaire et en chambre :

...

c) dans les provinces de la Nouvelle-Écosse et de la Colombie-Britannique, la Cour suprême;

...

Créanciers garantis et séquestres

Nomination d'un séquestre

243 (1) Sous réserve du paragraphe (1.1), sur demande d'un créancier garanti, le tribunal peut, s'il est convaincu que cela est juste ou opportun, nommer un séquestre qu'il habilite :

a) à prendre possession de la totalité ou de la quasi-totalité des biens — notamment des stocks et comptes à recevoir — qu'une personne insolvable ou un failli a acquis ou utilisés dans le cadre de ses affaires;

(b) exercise any control that the court considers advisable over that property and over the insolvent person's or bankrupt's business; or

(c) take any other action that the court considers advisable.

b) à exercer sur ces biens ainsi que sur les affaires de la personne insolvable ou du failli le degré de prise en charge qu'il estime indiqué;

c) à prendre toute autre mesure qu'il estime indiquée.

IV. Decisions Below

A. *British Columbia Supreme Court, 2019 BCSC 2221, 100 B.L.R. (5th) 128 (Iyer J.)*

[19] The first issue before the chambers judge was whether s. 15 of the *Arbitration Act* was engaged. If so, the second issue was whether the court had jurisdiction to decline a stay notwithstanding the application of s. 15(1) of the *Arbitration Act*. Under s. 15(2), the court would be required to stay the proceedings in favour of arbitration unless it found the Arbitration Agreements “void, inoperative or incapable of being performed”.

[20] On the first issue, the chambers judge held that s. 15 was engaged. She analyzed the four requirements for a mandatory stay contemplated in s. 15.

[21] First, the chambers judge found that the Receiver was a “party to an arbitration agreement” within the meaning of s. 15(1). She stated that the Receiver was “the trustee in bankruptcy of Petrowest and the Petrowest Affiliates”, such that it had acquired their contractual rights to sue on the Main Agreements pursuant to s. 71 of the *BIA* (paras. 16-17). She concluded that by suing on the Main Agreements “in its own name as the trustee”, the Receiver became a party to the Arbitration Agreements within the meaning of s. 15(1) (para. 19).

[22] Second, the chambers judge rejected the argument that Peace River had taken a “step in the proceedings” before bringing its stay application. She held that undertaking to file a defence without invoking the rules of court did not constitute a step in the proceedings (*Commonwealth Insurance Co.*

IV. Décisions des tribunaux d'instance inférieure

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2019 BCSC 2221, 100 B.L.R. (5th) 128 (la juge Iyer)*

[19] La première question que devait trancher la juge en chambre était de savoir si l'art. 15 de l'*Arbitration Act* était en jeu. Dans l'affirmative, la deuxième question était de savoir si le tribunal avait compétence pour refuser une suspension d'instance malgré l'application du par. 15(1) de l'*Arbitration Act*. Selon le par. 15(2), le tribunal est tenu de suspendre l'instance en faveur de l'arbitrage, à moins de conclure que les Conventions d'arbitrage sont « nulle[s], inopérante[s] ou non susceptible[s] d'être exécutée[s] ».

[20] En ce qui a trait à la première question, la juge en chambre a conclu que l'art. 15 était en jeu. Elle a analysé les quatre conditions de la suspension d'instance obligatoire prévue à l'art. 15.

[21] Premièrement, la juge en chambre a statué que le Séquestre était une « partie à une convention d'arbitrage » au sens du par. 15(1). Elle a déclaré qu'il était [TRADUCTION] « le syndic de faillite de Petrowest et des Sociétés affiliées », de sorte qu'il avait acquis leurs droits contractuels d'intenter une poursuite fondée sur les Ententes principales en application de l'art. 71 de la *LFI* (par. 16-17). Elle a conclu qu'en intentant une poursuite fondée sur les Ententes principales [TRADUCTION] « en son propre nom à titre de syndic », le Séquestre était devenu une partie aux Conventions d'arbitrage au sens du par. 15(1) (par. 19).

[22] Deuxièmement, la juge en chambre a rejeté l'argument selon lequel Peace River avait « agi dans l'instance » avant de présenter sa demande de suspension d'instance. Elle a conclu que le fait de s'être engagée à produire une défense sans invoquer les règles de procédure de la cour ne revenait pas à

v. Larc Developments Ltd., 2010 BCCA 18, 315 D.L.R. (4th) 242).

[23] Third, the chambers judge concluded that at least some of the contractual claims advanced by the Receiver were captured under the broadly worded Arbitration Agreements.

[24] Finally, the chambers judge was “prepared to assume” that at least some of the Arbitration Agreements at issue were not void, inoperative, or incapable of performance within the meaning of s. 15(2) (para. 33).

[25] On the second issue before her, the chambers judge concluded that the court had “inherent jurisdiction”, flowing from s. 183 of the *BIA*, to override arbitration agreements governed by s. 15 of the *Arbitration Act*. She noted that the exercise of this power could function in one of two ways: (a) it could render an arbitration clause incapable of being performed or inoperative within the meaning of s. 15(2); or (b) if s. 15(2) did not admit of that interpretation, s. 183 of the *BIA* could prevail over s. 15 of the *Arbitration Act* based on the principle of paramountcy. The chambers judge did not address this question because it had not been argued before her (para. 42).

[26] The chambers judge went on to exercise her “inherent jurisdiction” to dismiss the stay application. She found that s. 183 of the *BIA* empowers superior courts to disrupt private contractual rights where doing so is necessary to achieve fairness in the bankruptcy or insolvency process and to promote the underlying objectives of the *BIA*, such as the proper administration and protection of a bankrupt’s estate.

[27] The chambers judge noted that enforcing the Arbitration Agreements would entail multiple overlapping arbitrations and potential litigation, resulting in “significant cost and delay” when compared with a single judicial proceeding (para. 60). She emphasized that the parties agreed that overriding the Arbitration Agreements “would promote the efficient

avoir agi dans l’instance (*Commonwealth Insurance Co. c. Larc Developments Ltd.*, 2010 BCCA 18, 315 D.L.R. (4th) 242).

[23] Troisièmement, la juge en chambre a statué que certaines des réclamations contractuelles présentées par le Séquestre étaient visées par le large libellé des Conventions d’arbitrage.

[24] Enfin, la juge en chambre était [TRADUCTION] « disposée à supposer » qu’au moins certaines des conventions d’arbitrage en cause n’étaient pas nulles, inopérantes ou non susceptibles d’être exécutées au sens du par. 15(2) (par. 33).

[25] Quant à la deuxième question dont elle était saisie, la juge en chambre a conclu que le tribunal avait une [TRADUCTION] « compétence inhérente », découlant de l’art. 183 de la *LFI*, pour écarter des conventions d’arbitrage régies par l’art. 15 de l’*Arbitration Act*. Elle a fait remarquer que l’exercice de ce pouvoir pouvait s’opérer de deux manières : a) il pouvait rendre une clause d’arbitrage non susceptible d’être exécutée ou inopérante au sens du par. 15(2); ou b) si le par. 15(2) ne permettait pas cette interprétation, l’art. 183 de la *LFI* pouvait l’emporter sur l’art. 15 de l’*Arbitration Act* en raison du principe de la prépondérance. La juge en chambre n’a pas statué sur cette question, celle-ci n’ayant pas été débattue devant elle (par. 42).

[26] La juge en chambre a ensuite rejeté la demande de suspension d’instance en exerçant sa « compétence inhérente ». Elle a conclu que l’art. 183 de la *LFI* habilite les cours supérieures à intervenir dans l’exercice de droits contractuels privés lorsqu’il est nécessaire de le faire pour assurer l’équité dans le processus de faillite ou d’insolvabilité et pour promouvoir les objectifs sous-tendant la *LFI*, tels que l’administration et la protection adéquates de l’actif du failli.

[27] La juge en chambre a noté que l’exécution des Conventions d’arbitrage entraînerait de nombreuses procédures arbitrales se chevauchant et des litiges éventuels, ce qui donnerait lieu à [TRADUCTION] « [d]es coûts et [d]es délais importants » comparativement aux coûts et aux délais d’une seule et unique procédure judiciaire (par. 60). Elle a souligné

and inexpensive resolution of their dispute” (para. 56). On this basis, the chambers judge concluded that granting a stay would “significantly compromise achievement of the objectives of the *BIA*” (para. 61). She dismissed Peace River’s stay application and allowed the civil claim to proceed.

B. *British Columbia Court of Appeal, 2020 BCCA 339, 452 D.L.R. (4th) 535 (Bennett, Dickson and Grauer J.J.A.)*

[28] Peace River appealed the chambers judge’s decision, primarily on the basis that courts do not have inherent jurisdiction under s. 183 of the *BIA* to decline a stay mandated by s. 15 of the *Arbitration Act*.

[29] The Court of Appeal dismissed the appeal but did not endorse the chambers judge’s reasoning. It cautioned that inherent jurisdiction should be invoked only rarely and cannot be used to negate an unambiguous expression of legislative will (*Ontario v. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *Residential Warranty Co. of Canada Inc. (Re)*, 2006 ABCA 293, 275 D.L.R. (4th) 498; *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re*, 2000 BCCA 146, 16 C.B.R. (4th) 141). However, the Court of Appeal found it unnecessary to consider whether the chambers judge had discretion under the *BIA* to refuse to grant a stay notwithstanding the application of s. 15 of the *Arbitration Act*.

[30] The Court of Appeal relied on the doctrine of separability in arbitration law, which permits an arbitration clause to be treated as a “self-contained contract collateral to the containing contract” (*Harbour Assurance Co. (U.K.) Ltd. v. Kansa General International Insurance Co. Ltd.*, [1993] 3 W.L.R. 42 (C.A.), at p. 49; see also *Uber Technologies Inc. v. Heller*, 2020 SCC 16, [2020] 2 S.C.R. 118, at paras. 221-25, per Côté J., dissenting, but not on this point). According to the Court of Appeal, separability

que les parties ont convenu que le fait d’écarter les Conventions d’arbitrage [TRADUCTION] « favoriserait le règlement efficace et peu coûteux de leur différend » (par. 56). Sur cette base, la juge a conclu que suspendre l’instance [TRADUCTION] « compromettrait grandement l’atteinte des objectifs de la *LFI* » (par. 61). Elle a rejeté la demande de suspension d’instance de Peace River afin de permettre à la poursuite civile de suivre son cours.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique, 2020 BCCA 339, 452 D.L.R. (4th) 535 (les juges Bennett, Dickson et Grauer)*

[28] Peace River a interjeté appel de la décision de la juge en chambre, principalement au motif que les tribunaux ne disposent pas, en vertu de l’art. 183 de la *LFI*, d’une compétence inhérente leur permettant de refuser la suspension d’instance prévue à l’art. 15 de l’*Arbitration Act*.

[29] La Cour d’appel a rejeté l’appel, mais n’a pas souscrit au raisonnement de la juge en chambre. Elle a fait la mise en garde portant que la compétence inhérente ne devrait que rarement être invoquée et qu’elle ne peut servir pour passer outre à la volonté clairement exprimée du législateur (*Ontario c. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *Residential Warranty Co. of Canada Inc. (Re)*, 2006 ABCA 293, 275 D.L.R. (4th) 498; *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re*, 2000 BCCA 146, 16 C.B.R. (4th) 141). Cependant, la Cour d’appel n’a pas jugé nécessaire de statuer sur la question de savoir si la juge en chambre disposait du pouvoir discrétionnaire, en vertu de la *LFI*, de refuser de suspendre l’instance malgré l’application de l’art. 15 de l’*Arbitration Act*.

[30] La Cour d’appel s’est fondée sur la doctrine de la séparabilité en droit de l’arbitrage, selon laquelle une clause d’arbitrage est un [TRADUCTION] « contrat indépendant collatéral au contrat dans lequel elle figure » (*Harbour Assurance Co. (U.K.) Ltd. c. Kansa General International Insurance Co. Ltd.*, [1993] 3 W.L.R. 42 (C.A.), p. 49; voir aussi *Uber Technologies Inc. c. Heller*, 2020 CSC 16, [2020] 2 R.C.S. 118, par. 221-225, la juge Côté, dissidente, mais non sur ce point). Selon la Cour d’appel, la séparabilité permet

allows a receiver, as a court-appointed fiduciary, to disclaim an otherwise valid arbitration agreement even though it has adopted the containing contract for the purpose of suing on it (para. 55).

[31] Applying the doctrine of separability, the Court of Appeal found that the Receiver had disclaimed the Arbitration Agreements by bringing the civil claim on behalf of Petrowest and the Petrowest Affiliates. Accordingly, the Receiver was not a party to those agreements and s. 15 of the *Arbitration Act* did not apply. In any event, if the Receiver was a party, its disclaimer rendered the Arbitration Agreements inoperative or incapable of being performed within the meaning of s. 15(2) (para. 56). Accordingly, the Court of Appeal dismissed the appeal, upholding the chambers judge's decision to refuse to grant a stay in favour of arbitration.

V. Issues

[32] This appeal raises the following question:

- In what circumstances is an otherwise valid arbitration agreement unenforceable under s. 15(2) of the *Arbitration Act* in the context of a court-ordered receivership under the *BIA*?

[33] This question raises the following sub-questions:

- (a) Did the Court of Appeal err in concluding that s. 15 of the *Arbitration Act* is not engaged?
- (b) If s. 15 is engaged, did the chambers judge err in finding that a court nevertheless has jurisdiction to refuse a stay of proceedings in the context of a court-ordered receivership under the *BIA*?
- (c) If a court has jurisdiction to refuse to grant a stay in the context of a court-ordered receivership, how should this jurisdiction be exercised in this case?

à un séquestre, à titre de fiduciaire nommé par le tribunal, de renoncer à une convention d'arbitrage par ailleurs valide, malgré le fait qu'il ait ratifié le contrat dans lequel elle figure afin d'intenter une poursuite sur la base de celui-ci (par. 55).

[31] Appliquant la doctrine de la séparabilité, la Cour d'appel a conclu que le Séquestre avait renoncé aux Conventions d'arbitrage en intentant la poursuite civile au nom de Petrowest et des Sociétés affiliées. Ainsi, le Séquestre n'était pas une partie à ces ententes et l'art. 15 de l'*Arbitration Act* ne s'appliquait pas. À tout événement, si le Séquestre était partie aux ententes, sa renonciation a rendu les Conventions d'arbitrage inopérantes ou non susceptibles d'être exécutées au sens du par. 15(2) (par. 56). Par conséquent, la Cour d'appel a rejeté l'appel et a confirmé la décision de la juge en chambre de refuser de suspendre l'instance en faveur de l'arbitrage.

V. Questions en litige

[32] Le présent pourvoi soulève la question suivante :

- Dans quelles circonstances une convention d'arbitrage par ailleurs valide est-elle inexécutoire en vertu du par. 15(2) de l'*Arbitration Act* dans le contexte d'une mise sous séquestre ordonnée par le tribunal en vertu de la *LFI*?

[33] Cette question soulève les sous-questions suivantes :

- a) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que l'art. 15 de l'*Arbitration Act* n'est pas en jeu?
- b) Si l'art. 15 est en jeu, la juge en chambre a-t-elle commis une erreur en statuant que le tribunal a néanmoins compétence pour refuser une suspension d'instance dans le contexte d'une mise sous séquestre ordonnée par le tribunal en vertu de la *LFI*?
- c) Si le tribunal a compétence pour refuser d'accorder une suspension d'instance dans le contexte d'une mise sous séquestre ordonnée par le tribunal, comment cette compétence devrait-elle être exercée en l'espèce?

[34] In brief, I conclude that s. 15 of the *Arbitration Act* does not require a court, in every case, to stay a civil claim brought by a court-appointed receiver where the claim is subject to a valid arbitration agreement. A court may decline to grant a stay where the party seeking to avoid arbitration establishes that the arbitration agreement at issue is “void, inoperative or incapable of being performed” within the meaning of s. 15(2). In the context of a court-ordered receivership, an arbitration agreement may be inoperative if enforcing it would compromise the orderly and efficient resolution of the receivership. This analysis necessarily turns on the particular factual scenario before the court.

[35] Applying the foregoing, I find that the Receiver, on behalf of Petrowest and the Petrowest Affiliates, has established that the Arbitration Agreements are inoperative. I see no basis on which to interfere with the chambers judge’s finding that a single judicial process “will be faster and less expensive” than the multiple overlapping proceedings required by the Arbitration Agreements (para. 56). The parties agreed before the chambers judge that proceeding through the courts, rather than by arbitration, “would promote the efficient and inexpensive resolution of their dispute” (para. 56). On this basis, I conclude that arbitration would compromise the orderly and efficient resolution of the receivership, contrary to the objectives of the *BIA*.

[36] Therefore, the chambers judge was entitled to refuse Peace River’s request for a stay in favour of arbitration under s. 15(2) of the *Arbitration Act*. I would accordingly dismiss the appeal.

VI. Analysis

[37] My analysis below proceeds as follows. First, I explain and apply the “competence-competence” principle. Second, I discuss the relationship between arbitration law and insolvency law, including key commonalities between these bodies of law. Third, I outline the general two-part framework applicable

[34] En bref, je conclus que l’art. 15 de l’*Arbitration Act* n’exige pas, dans tous les cas, que le tribunal suspende une poursuite civile intentée par un séquestre nommé par le tribunal lorsque la réclamation est visée par une convention d’arbitrage valide. Le tribunal peut refuser d’accorder une suspension d’instance lorsque la partie qui cherche à éviter l’arbitrage démontre que la convention d’arbitrage en cause est « nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée » au sens du par. 15(2). Dans le contexte d’une mise sous séquestre ordonnée par le tribunal, une convention d’arbitrage peut être inopérante si le fait de l’exécuter compromettrait le règlement ordonné et efficace de la mise sous séquestre. L’analyse dépend nécessairement du contexte factuel présenté au tribunal.

[35] Appliquant ce qui précède au présent pourvoi, je conclus que le Séquestre, au nom de Petrowest et des Sociétés affiliées, a démontré que les Conventions d’arbitrage sont inopérantes. Je ne vois aucune raison de modifier la conclusion de la juge en chambre selon laquelle une seule et unique procédure judiciaire [TRADUCTION] « sera plus rapide et moins coûteuse » que les nombreuses procédures arbitrales se chevauchant résultant des Conventions d’arbitrage (par. 56). Les parties ont convenu devant la juge en chambre que le fait de procéder par voie judiciaire, plutôt que par voie d’arbitrage, [TRADUCTION] « favoriserait le règlement efficace et peu coûteux de leur différend » (par. 56). Pour cette raison, je conclus que l’arbitrage compromettrait le règlement ordonné et efficace de la mise sous séquestre, contrairement aux objectifs visés par la *LFI*.

[36] Par conséquent, la juge en chambre pouvait, en vertu du par. 15(2) de l’*Arbitration Act*, refuser la demande de suspension d’instance en faveur de l’arbitrage présentée par Peace River. Je rejetterais donc le pourvoi.

VI. Analyse

[37] Mon analyse procède comme suit. Premièrement, j’explique et j’applique le principe de « compétence-compétence ». Deuxièmement, j’analyse le lien entre le droit de l’arbitrage et le droit de l’insolvabilité, notamment les principaux points communs qui unissent ces deux ensembles de règles

on stay applications brought under domestic arbitration legislation in Canada. Fourth, I interpret s. 15 of the *Arbitration Act* and resolve the four interpretive issues raised. Finally, I apply the two-part s. 15 stay framework to this case.

A. *Competence-Competence Principle*

[38] I begin with a discussion of the competence-competence principle in Canadian arbitration law, as it is germane to the issues in this appeal.

(1) General Principle

[39] Competence-competence is a principle that gives precedence to the arbitration process. It holds that, generally speaking, “arbitrators should be allowed to exercise their power to rule first on their own jurisdiction” (*Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801, at para. 70). This preference for arbitration is a departure from the traditional approach in Canada, which favoured an interventionist judicial role (*Dell*, at para. 69). Historically, judges took a dim view of arbitration, “treating it as a ‘second-class method of dispute resolution’” (*TELUS Communications Inc. v. Wellman*, 2019 SCC 19, [2019] 2 S.C.R. 144, at para. 48; *Seidel v. TELUS Communications Inc.*, 2011 SCC 15, [2011] 1 S.C.R. 531, at para. 96).

[40] However, in 1986, Canada acceded to the United Nations *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, Can. T.S. 1986 No. 43 (“New York Convention”), which established a single, uniform set of rules for international commercial arbitration that applied worldwide. Canada also adopted the *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, U.N. Doc. A/40/17, Ann. I, June 21, 1985 (“Model Law”), prepared by the United Nations Commission on International Trade Law. The Model Law was intended to guide legislative development in jurisdictions seeking to establish a modern legal framework in order

de droit. Troisièmement, je décris le cadre d’analyse général en deux volets applicable aux demandes de suspension d’instance présentées en vertu de dispositions législatives sur l’arbitrage interne au Canada. Quatrièmement, j’interprète l’art. 15 de l’*Arbitration Act* et je tranche les quatre questions d’interprétation soulevées. Enfin, j’applique le cadre d’analyse en deux volets prescrit par l’art. 15 au présent pourvoi.

A. *Principe de compétence-compétence*

[38] J’analyse d’abord le principe de compétence-compétence en droit canadien de l’arbitrage, car il est pertinent à l’égard des questions soulevées dans le présent pourvoi.

(1) Principe général

[39] Le principe de compétence-compétence donne préséance au processus arbitral. De façon générale, ce principe « favorise l’exercice par l’arbitre de son pouvoir de se prononcer en premier lieu sur sa propre compétence » (*Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801, par. 70). Cette préférence pour l’arbitrage s’écarte de l’approche traditionnelle au Canada, laquelle favorisait un rôle judiciaire interventionniste (*Dell*, par. 69). Dans le passé, les juges voyaient d’un mauvais œil l’arbitrage, « qu’ils considéraient comme “un mécanisme de résolution des différends de deuxième ordre” » (*TELUS Communications Inc. c. Wellman*, 2019 CSC 19, [2019] 2 R.C.S. 144, par. 48; *Seidel c. TELUS Communications Inc.*, 2011 CSC 15, [2011] 1 R.C.S. 531, par. 96).

[40] Cependant, en 1986, le Canada a adhéré à la convention des Nations Unies intitulée *Convention pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères*, R.T. Can. 1986 n° 43 (« Convention de New York »), laquelle a établi un seul ensemble de règles uniformes relatives à l’arbitrage commercial international qui s’appliquaient à l’échelle mondiale. Le Canada a également adopté la *Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage commercial international*, Doc. N.U. A/40/17, ann. I, 21 juin 1985 (« Loi type »), préparée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. La Loi type visait à guider l’évolution en matière législative dans les pays

to encourage commercial arbitration (J. K. McEwan and L. B. Herbst, *Commercial Arbitration in Canada: A Guide to Domestic and International Arbitrations* (loose-leaf), at § 1:4). Article 16 of the Model Law articulates the competence-competence principle. British Columbia adopted the principle, as set out in the Model Law, through s. 22 of the *Arbitration Act* (*Seidel*, at para. 28).

[41] In light of the foregoing, it is well established in Canada that a challenge to an arbitrator's jurisdiction should generally be decided at first instance by the arbitrator (see *Uber*, at paras. 31-34; *Seidel*; *Dell*; *Rogers Wireless Inc. v. Muroff*, 2007 SCC 35, [2007] 2 S.C.R. 921). This reflects the presumption that arbitrators have fact-finding expertise comparable to that of courts, and that the parties intended an arbitrator to determine the validity and scope of their agreement (McEwan and Herbst, at § 5:10).

(2) Exceptions to the Competence-Competence Principle

[42] The competence-competence principle is not absolute, however. A court may resolve a challenge to an arbitrator's jurisdiction if the challenge involves pure questions of law, or questions of mixed fact and law requiring only superficial consideration of the evidentiary record (*Uber*, at para. 32; *Dell*, at paras. 84-85). This exception is justified by the particular expertise that courts have in deciding such questions. Further, it allows a legal argument relating to the arbitrator's jurisdiction "to be resolved once and for all, and also allows the parties to avoid duplication of a strictly legal debate" (*Dell*, at para. 84).

(3) Application of the Principle in This Case

[43] The questions in this appeal are of mixed fact and law. In the circumstances of this case, all that is required is the interpretation of arbitration and insolvency legislation and a superficial consideration of the evidentiary record. Accordingly, a court is entitled to

cherchant à établir un cadre législatif moderne afin d'encourager l'arbitrage commercial (J. K. McEwan et L. B. Herbst, *Commercial Arbitration in Canada : A Guide to Domestic and International Arbitrations* (feuilles mobiles), § 1:4). L'article 16 de la Loi type reconnaît clairement le principe de compétence-compétence. La Colombie-Britannique a adopté le principe, tel qu'il est énoncé dans la Loi type, au moyen de l'art. 22 de l'*Arbitration Act* (*Seidel*, par. 28).

[41] Compte tenu de ce qui précède, il est bien établi qu'au Canada, la règle générale veut que toute contestation de la compétence d'un arbitre doive d'abord être tranchée par ce dernier (voir *Uber*, par. 31-34; *Seidel*; *Dell*; *Rogers Sans-fil inc. c. Muroff*, 2007 CSC 35, [2007] 2 R.C.S. 921). Cette règle repose sur la présomption voulant que les arbitres possèdent une expertise en matière d'appréciation des faits comparable à celle des tribunaux, et que les parties entendaient qu'un arbitre détermine la validité et la portée de leur entente (McEwan et Herbst, § 5:10).

(2) Exceptions au principe de compétence-compétence

[42] Le principe de compétence-compétence n'est toutefois pas absolu. Un tribunal peut trancher une contestation de la compétence d'un arbitre si la contestation repose uniquement sur des questions de droit, ou repose sur des questions mixtes de fait et de droit qui ne requièrent qu'un examen superficiel de la preuve documentaire (*Uber*, par. 32; *Dell*, par. 84-85). Cette exception découle de l'expertise particulière dont jouissent les tribunaux sur de telles questions. De plus, elle permet qu'un argument de droit relatif à la compétence de l'arbitre soit « tranché une fois pour toutes, évitant aux parties le dédoublement d'un débat strictement juridique » (*Dell*, par. 84).

(3) Application du principe en l'espèce

[43] Les questions soulevées dans le présent pourvoi sont des questions mixtes de fait et de droit. Dans les circonstances de l'espèce, il suffit d'interpréter des dispositions législatives en matière d'arbitrage et d'insolvabilité et de procéder à un examen superficiel

resolve the question of arbitral jurisdiction without offending the competence-competence principle.

B. Relationship Between Arbitration Law and Insolvency Law

[44] To decide this appeal, I must determine the effect, if any, that the receivership of Petrowest and the Petrowest Affiliates under the federal *BIA* has on the Arbitration Agreements, which are governed by British Columbia’s *Arbitration Act*. Before I do so, it is helpful to explain the interaction between arbitration law and insolvency law more generally.

[45] Arbitration law and insolvency law have long been understood to embody “opposing interests” (see, e.g., W. Kühn, “Arbitration and Insolvency” (2011), 5 *Disp. Res. Int’l* 203, at p. 203; M. A. Salzberg and G. M. Zinkgraf, “When Worlds Collide: The Enforceability of Arbitration Agreements in Bankruptcy” (2007), 27 *Franchise L.J.* 37; P. F. Kirgis, “Arbitration, Bankruptcy, and Public Policy: A Contractarian Analysis” (2009), 17 *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* 503; D. Chan and S. Rajagopal, “To Stay or Not to Stay? A Clash of Arbitration and Insolvency Regimes” (2021), 38 *J. Int’l Arb.* 457). In an oft-cited passage, the United States Court of Appeals for the Second Circuit described the interaction between arbitration law and insolvency law as “a conflict of near polar extremes: bankruptcy policy exerts an inexorable pull towards centralization while arbitration policy advocates a decentralized approach towards dispute resolution” (*In re U.S. Lines, Inc.*, 197 F.3d 631 (1999), at p. 640; see also *Societe Nationale Algerienne v. Distrigas Corp.*, 80 B.R. 606 (D. Mass. 1987), at p. 610).

[46] Recently, two trends have thrown this tension into sharp relief. First, arbitration has become an increasingly popular mechanism for resolving commercial disputes, both in Canada and abroad (*Wellman*, at para. 54; *Seidel*, at para. 23). Today, parties and counsel alike recognize the potential strategic and

de la preuve documentaire. Par conséquent, le tribunal peut trancher la question portant sur la compétence arbitrale sans contrevenir au principe de compétence-compétence.

B. Lien entre le droit de l’arbitrage et le droit de l’insolvabilité

[44] Pour trancher le présent pourvoi, je dois déterminer l’effet, s’il en est, qu’a la mise sous séquestre, en vertu de la *LFI* fédérale, de Petrowest et des Sociétés affiliées sur les Conventions d’arbitrage, qui sont régies par l’*Arbitration Act* de la Colombie-Britannique. Avant de poursuivre, il est utile d’expliquer l’interaction entre le droit de l’arbitrage et le droit de l’insolvabilité de manière générale.

[45] Le droit de l’arbitrage et le droit de l’insolvabilité sont depuis longtemps considérés comme englobant des [TRADUCTION] « intérêts opposés » (voir, p. ex., W. Kühn, « Arbitration and Insolvency » (2011), 5 *Disp. Res. Int’l* 203, p. 203; M. A. Salzberg et G. M. Zinkgraf, « When Worlds Collide : The Enforceability of Arbitration Agreements in Bankruptcy » (2007), 27 *Franchise L.J.* 37; P. F. Kirgis, « Arbitration, Bankruptcy, and Public Policy : A Contractarian Analysis » (2009), 17 *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* 503; D. Chan et S. Rajagopal, « To Stay or Not to Stay? A Clash of Arbitration and Insolvency Regimes » (2021), 38 *J. Int’l Arb.* 457). Dans un passage souvent cité, la Cour d’appel des États-Unis pour le deuxième circuit a décrit l’interaction entre le droit de l’arbitrage et le droit de l’insolvabilité comme [TRADUCTION] « un conflit entre deux pôles extrêmes : la politique sur la faillite milite inexorablement en faveur d’une centralisation, alors que la politique sur l’arbitrage prône une approche décentralisée à l’égard du règlement des différends » (*In re U.S. Lines, Inc.*, 197 F.3d 631 (1999), p. 640; voir aussi *Societe Nationale Algerienne c. Distrigas Corp.*, 80 B.R. 606 (D. Mass. 1987), p. 610).

[46] Récemment, deux tendances ont mis clairement cette tension en évidence. Premièrement, l’arbitrage est devenu un mécanisme de règlement des différends commerciaux de plus en plus populaire, et ce, tant au Canada qu’à l’étranger (*Wellman*, par. 54; *Seidel*, par. 23). De nos jours, les parties comme les avocats

tactical advantages of arbitration as compared to traditional litigation. These may include privacy and confidentiality, efficiency and timeliness, relaxed rules of evidence, freedom to determine procedural rules and select decision makers with relevant expertise, and cross-border enforceability of awards (J. B. Casey, *Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure* (3rd ed. 2017), at ch. 1.6).

[47] Second, economic shocks, including the 2008 financial crisis and the disruptions resulting from the COVID-19 pandemic, have placed increased demands on our insolvency laws (L. W. Houlden, G. B. Morawetz and J. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (4th ed. rev. (loose-leaf)), at § 1:6; H. Esslinger, “Creditors Over Contract: A Case Comment on *Chandos*”, in J. Corraini and D. B. Nixon, eds., *Annual Review of Insolvency Law 2021* (2022), 747; V. W. DaRe and T. Prpa, “Imagine One Restructuring Act in Canada” (2021), 36 *B.F.L.R.* 363, at p. 364).

[48] It is thus not unusual now for a commercial party to find itself in a dispute governed by an arbitration agreement with an insolvent or bankrupt counterparty. In this scenario, there is a tension between arbitration law and insolvency law as regards the forum in which the dispute is to be resolved. To understand this tension, it is necessary to briefly outline the characteristics of arbitration and insolvency proceedings. Despite clear differences, these two bodies of law have much in common. Accordingly, as I will explain, courts must assess the enforceability of arbitration agreements in the context of parallel insolvency proceedings on a case-by-case basis. Below, I provide guidance in this regard.

(1) Dispute Resolution by Arbitration

[49] The modern view expressed in Canadian arbitration legislation is that parties should be held to their contractual agreements to arbitrate. This gives effect to the concept of “party autonomy”, according to which parties are free to “charter a private tribunal”

reconnaissent les avantages stratégiques et tactiques qu’offre l’arbitrage comparativement au litige traditionnel. Ces avantages peuvent comprendre le respect de la vie privée et la confidentialité, l’efficacité et la rapidité, la souplesse des règles de preuve, la liberté de déterminer les règles de procédure et de choisir les décideurs possédant une expertise pertinente, ainsi que le caractère exécutoire transfrontalier des sentences (J. B. Casey, *Arbitration Law of Canada : Practice and Procedure* (3^e éd. 2017), c. 1.6).

[47] Deuxièmement, les chocs économiques, dont la crise financière de 2008 et les perturbations résultant de la pandémie de COVID-19, ont imposé des exigences accrues sur nos lois en matière d’insolvabilité (L. W. Houlden, G. B. Morawetz et J. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (4^e éd. rév. (feuilles mobiles)), § 1:6; H. Esslinger, « Creditors Over Contract : A Case Comment on *Chandos* », dans J. Corraini et D. B. Nixon, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2021* (2022), 747; V. W. DaRe et T. Prpa, « Imagine One Restructuring Act in Canada » (2021), 36 *B.F.L.R.* 363, p. 364).

[48] Il n’est donc plus inhabituel qu’une partie commerciale se trouve impliquée dans un différend régi par une convention d’arbitrage avec une partie cocontractante insolvable ou en faillite. Dans cette hypothèse, il existe une tension entre le droit de l’arbitrage et le droit de l’insolvabilité quant à l’instance devant laquelle le différend doit être réglé. Pour comprendre cette tension, il est nécessaire de décrire brièvement les caractéristiques des procédures d’arbitrage et d’insolvabilité. Malgré des différences évidentes, ces deux ensembles de règles de droit ont beaucoup en commun. Par conséquent, comme je l’explique, les tribunaux doivent évaluer au cas par cas le caractère exécutoire de conventions d’arbitrage en présence de procédures d’insolvabilité parallèles. J’offre ci-après des directives à cet égard.

(1) Règlement des différends par voie d’arbitrage

[49] Selon la conception moderne exprimée dans la législation canadienne en matière d’arbitrage, les parties sont tenues de respecter leurs conventions d’arbitrage. Cela donne effet au concept de l’« autonomie des parties », selon lequel les parties

to resolve their disputes (*Wellman*, at para. 52, citing *Astoria Medical Group v. Health Insurance Plan of Greater New York*, 182 N.E.2d 85 (N.Y. 1962), at p. 87; M. Pavlović and A. Daimsis, “Arbitration”, in J. C. Kleefeld et al., eds., *Dispute Resolution: Readings and Case Studies* (4th ed. 2016), 483, at p. 485). Party autonomy is closely related to freedom of contract (*Hofer v. Hofer*, [1970] S.C.R. 958, at p. 963). Modern arbitration legislation is premised on these principles, which inform the policy choices embodied in provincial arbitration statutes like the *Arbitration Act* (*Wellman*, at para. 52).

[50] Party autonomy and freedom of contract go hand in hand with the principle of limited court intervention in arbitral proceedings. This latter principle is “fundamental” to modern arbitration law and “finds expression throughout modern Canadian arbitration legislation” (*Wellman*, at paras. 52-55; McEwan and Herbst, at § 10:2; Casey, at ch. 7.1). For instance, s. 4(a) of British Columbia’s new *Arbitration Act*, S.B.C. 2020, c. 2, provides that “[i]n matters governed by this Act, a court must not intervene unless so provided in this Act”. Similar expressions of principle are found in provincial arbitration legislation across the country. It follows that, generally speaking, judicial intervention in commercial disputes governed by a valid arbitration clause should be the exception, not the rule.

(2) Dispute Resolution in Insolvency

[51] On the other hand, insolvency proceedings are creatures of statute subject to close judicial oversight.

[52] Insolvency engages broad public interests. It “affects all of the stakeholders of the insolvent business enterprise”, including creditors, employees, landlords, suppliers, shareholders, and customers (K. P. McElcheran, *Commercial Insolvency in Canada* (4th ed. 2019), at ¶1.1). In the case of very large companies, an insolvency may even “threaten the existence of whole communities” (¶1.1). Canadian

sont libres de [TRADUCTION] « charge[r] [. . .] un tribunal privé » de régler leurs différends (*Wellman*, par. 52, citant *Astoria Medical Group c. Health Insurance Plan of Greater New York*, 182 N.E.2d 85 (N.Y. 1962), p. 87; M. Pavlović et A. Daimsis, « Arbitration », dans J. C. Kleefeld et autres, dir., *Dispute Resolution : Readings and Case Studies* (4^e éd. 2016), 483, p. 485). L’autonomie des parties est étroitement liée à la liberté contractuelle (*Hofer c. Hofer*, [1970] R.C.S. 958, p. 963). La législation moderne en matière d’arbitrage est fondée sur ces principes, lesquels sous-tendent les choix de politique enchâssés dans les lois provinciales sur l’arbitrage comme l’*Arbitration Act* (*Wellman*, par. 52).

[50] L’autonomie des parties et la liberté contractuelle vont de pair avec le principe de l’intervention limitée des tribunaux dans les procédures arbitrales. Ce principe est « fondamental » au droit moderne de l’arbitrage et « est exprimé à maintes reprises dans la législation canadienne moderne en matière d’arbitrage » (*Wellman*, par. 52-55; McEwan et Herbst, § 10:2; Casey, c. 7.1). Par exemple, l’al. 4(a) du nouveau *Arbitration Act*, S.B.C. 2020, c. 2, de la Colombie-Britannique indique que [TRADUCTION] « [p]our toutes les questions régies par la présente loi, le tribunal ne peut intervenir que dans les cas où celle-ci le prévoit ». Des énoncés de principe semblables se retrouvent dans les lois provinciales en matière d’arbitrage partout au pays. Il s’ensuit que, de façon générale, l’intervention des tribunaux dans les différends commerciaux régis par une clause d’arbitrage valide devrait être l’exception, et non la règle.

(2) Règlement des différends en cas d’insolvabilité

[51] Par ailleurs, les procédures d’insolvabilité sont d’origine législative et soumises à une surveillance judiciaire étroite.

[52] L’insolvabilité met en cause de larges intérêts publics. Elle [TRADUCTION] « touche toutes les parties prenantes de l’entreprise commerciale insolvable », y compris les créanciers, les employés, les locataires, les fournisseurs, les actionnaires et les clients (K. P. McElcheran, *Commercial Insolvency in Canada* (4^e éd. 2019), ¶1.1). Dans le cas de très grandes entreprises, une situation d’insolvabilité peut

legislation therefore offers stakeholders a wide range of judicial procedures to resolve problems presented by an insolvency (§§1.1-1.12).

[53] This procedural flexibility has allowed Canadian courts to become instrumental in (a) providing a forum for the orderly resolution of the competing rights and objectives of individual stakeholders of insolvent business enterprises, and (b) creating mechanisms for the preservation of the value of the insolvent business or its assets for the benefit of all stakeholders (*Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, at paras. 2 and 22; McElcheran, at §§1.1-1.14). I elaborate on these two points below.

(a) *Single Proceeding Model*

[54] The central role of courts in ensuring the equitable and orderly resolution of insolvency disputes is reflected in the “single proceeding model”.

[55] This model favours the enforcement of stakeholder rights through a centralized judicial process. The legislative policy in favour of “single control” is reflected in Canadian bankruptcy, insolvency, and winding-up legislation (*Century Services*, at paras. 22-23). The single proceeding model is intended to mitigate the inefficiency and chaos that would result if each stakeholder in an insolvency initiated a separate claim to enforce its rights. In other words, the single proceeding model protects the clear “public interest in the expeditious, efficient and economical clean-up of the aftermath of a financial collapse” (*Sam Lévy & Associés Inc. v. Azco Mining Inc.*, 2001 SCC 92, [2001] 3 S.C.R. 978, at para. 27, citing *Stewart v. LePage* (1916), 53 S.C.R. 337). This Court has held that s. 183(1) of the *BIA* confers a “broad scope of authority” on superior courts to deal with most bankruptcy disputes, as “[a]nything less would unnecessarily complicate and undermine the economical and expeditious winding up of the bankrupt’s affairs” (*Sam Lévy*, at para. 38).

même [TRADUCTION] « menacer l’existence de communautés entières » (§1.1). La législation canadienne offre donc aux parties prenantes un vaste éventail de procédures judiciaires pour régler les problèmes qui interviennent en raison de l’insolvabilité (§1.1-1.12).

[53] Cette souplesse procédurale a permis aux tribunaux canadiens de jouer un rôle important a) en offrant une instance où régler de manière ordonnée les questions relatives aux droits et objectifs concurrents de chacune des parties prenantes d’entreprises commerciales insolubles, et b) en créant des mécanismes permettant de préserver la valeur de l’entreprise insolvable ou de ses actifs au profit de toutes les parties prenantes (*Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, par. 2 et 22; McElcheran, §1.1-1.14). J’examine ces deux points ci-après.

a) *Modèle de la procédure unique*

[54] Le rôle central que jouent les tribunaux dans le règlement équitable et ordonné des différends en matière d’insolvabilité se reflète dans le « modèle de la procédure unique ».

[55] Ce modèle favorise la protection des droits des parties prenantes dans le cadre d’un processus judiciaire centralisé. La politique législative favorable au « contrôle unique » se reflète dans la législation canadienne en matière de faillite, d’insolvabilité et de liquidation (*Century Services*, par. 22-23). Le modèle de la procédure unique vise à atténuer l’inefficacité et le chaos qu’il y aurait si chaque partie prenante dans un cas d’insolvabilité présentait une réclamation distincte pour faire valoir ses droits. Autrement dit, ce modèle protège l’« intérêt public [manifeste] à la gestion expéditive, efficace et économique des retombées d’un effondrement financier » (*Sam Lévy & Associés Inc. c. Azco Mining Inc.*, 2001 CSC 92, [2001] 3 R.C.S. 978, par. 27, citant *Stewart c. LePage* (1916), 53 R.C.S. 337). Notre Cour a conclu que le par. 183(1) de la *LFI* confère une « vaste compétence » aux cours supérieures pour trancher la plupart des litiges en matière de faillite, car toute compétence moindre « compliquerait et entraverait inutilement la liquidation économique et expéditive de l’actif du failli » (*Sam Lévy*, par. 38).

(b) *Court-Ordered Receiverships Under the BIA*

[56] Court-ordered receiverships under s. 243 of the *BIA*, like the receivership in the present case, are one available tool for enhancing the judicial oversight and flexibility underlying Canadian insolvency law. Section 243(1) of the *BIA* confers broad authority on a court to appoint a receiver if the court “considers it to be just or convenient to do so”. Under s. 243(1), a court may appoint a receiver to do any of the following, with a view to enhancing and facilitating the preservation and realization of the debtor’s assets for the benefit of all creditors: (a) take possession of all or substantially all of the debtor’s inventory, accounts receivable or other property that was acquired for or used in relation to a business carried on by the debtor; (b) exercise any control that the court considers advisable over that property and over the debtor’s business; or (c) take “any other action that the court considers advisable” (R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2nd ed. 2015), at pp. 553-54).

[57] Given the breadth of their powers, court-appointed receivers are necessarily subject to close judicial oversight. Receivers represent neither a security holder nor the debtor; they are officers of the court whose “sole authority is derived from . . . Court appointment and from the directions given [to them] by the Court” (*Ostrander v. Niagara Helicopters Ltd.* (1973), 1 O.R. (2d) 281 (H.C.), at p. 286). In most cases, including the one at bar, a court order under s. 243 of the *BIA* gives a receiver wide-ranging powers.

[58] Despite this flexibility, court-appointed receivers have a fiduciary duty to act honestly and in the best interests of *all* interested parties. For example, a receiver is generally not permitted to terminate existing contracts between third parties and the debtor, but must apply to the court to discharge onerous contracts, such as those which would be unduly costly to perform (F. Bennett, *Bennett on Receiverships* (3rd ed. 2011), at p. 42; *Parsons v. Sovereign Bank of Canada*, [1913] A.C. 160 (P.C.), per Viscount Haldane L.C.).

b) *Mise sous séquestre ordonnée par le tribunal en vertu de la LFI*

[56] La mise sous séquestre ordonnée par le tribunal en vertu de l’art. 243 de la *LFI*, comme la mise sous séquestre en l’espèce, est l’un des outils disponibles pour accroître la surveillance et la souplesse judiciaires qui sous-tendent le droit de l’insolvabilité au Canada. Le paragraphe 243(1) de la *LFI* confère au tribunal un vaste pouvoir de nommer un séquestre si le tribunal « est convaincu que cela est juste ou opportun ». En vertu du par. 243(1), le tribunal peut, dans le but de favoriser et de faciliter la protection et la réalisation de l’actif du débiteur au profit de tous les créanciers, nommer un séquestre qu’il habilite : a) à prendre possession de la totalité ou de la quasi-totalité des biens — notamment des stocks et comptes à recevoir — que le débiteur a acquis ou utilisés dans le cadre de ses affaires; b) à exercer sur ces biens ainsi que sur les affaires du débiteur le degré de prise en charge qu’il estime indiqué; c) à prendre « toute autre mesure qu’il estime indiquée » (R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2^e éd. 2015), p. 553-554).

[57] Vu l’étendue de ses pouvoirs, le séquestre nommé par le tribunal fait nécessairement l’objet d’une surveillance judiciaire étroite. Il ne représente ni un détenteur de garantie ni le débiteur; il est un officier de justice dont [TRADUCTION] « le pouvoir exclusif provient de [sa] nomination par la Cour et des directives que celle-ci lui donne » (*Ostrander c. Niagara Helicopters Ltd.* (1973), 1 O.R. (2d) 281 (H.C.), p. 286). Dans la plupart des cas, y compris en l’espèce, une ordonnance judiciaire fondée sur l’art. 243 de la *LFI* confère au séquestre de vastes pouvoirs.

[58] Malgré cette souplesse, le séquestre nommé par le tribunal a une obligation fiduciaire d’agir avec intégrité et aux mieux des intérêts de *toutes* les parties intéressées. Par exemple, il n’est généralement pas autorisé à mettre fin à des contrats existants entre des tiers et le débiteur. Pour ce faire, il doit demander au tribunal la décharge de contrats à titre onéreux, tels que ceux dont l’exécution serait trop coûteuse (F. Bennett, *Bennett on Receiverships* (3^e éd. 2011), p. 42; *Parsons c. Sovereign Bank of Canada*, [1913]

This demonstrates the key supervisory role that courts play in receivership proceedings.

(3) Commonalities Between Arbitration Law and Insolvency Law

[59] Notwithstanding the differences just described, arbitration law and insolvency law also have much in common. Below, I address three commonalities that are particularly relevant to this appeal.

(a) *Efficiency and Expediency*

[60] First and foremost, arbitration law and insolvency law each prioritize efficiency and expediency.

[61] Commercial arbitration is a “process designed to enable parties to deal with disputes efficiently, effectively and economically” (McEwan and Herbst, at § 2:1, citing *Hayes Forest Services Ltd. v. Weyerhaeuser Co.*, 2008 BCCA 31, 289 D.L.R. (4th) 230, at para. 1). As such, it is expected to be “less formal, more expeditious and therefore faster than a court determination of issues” (*Rosenberg v. Minster*, 2014 ONSC 845, 119 O.R. (3d) 27, at para. 58).

[62] Likewise, the *raison d’être* of the single proceeding model in Canadian insolvency law is the “expeditious, efficient and economical clean-up of the aftermath of a financial collapse”. To maximize global recovery for creditors, this model avoids “inefficiencies and chaos” by “favouring an orderly collective process” (*Alberta (Attorney General) v. Moloney*, 2015 SCC 51, [2015] 3 S.C.R. 327, at para. 33; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, at para. 7).

[63] As noted, the single proceeding model applies to proceedings under the *BIA*, the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“*CCAA*”), and other insolvency legislation. For example, s. 243 of the *BIA* authorizes a court to appoint a receiver with

A.C. 160 (C.P.), le vicomte Haldane, lord chancelier). Ceci démontre le rôle de surveillance essentiel que jouent les tribunaux dans le cadre des procédures de mise sous séquestre.

(3) Points communs entre le droit de l’arbitrage et le droit de l’insolvabilité

[59] Malgré les différences décrites ci-haut, le droit de l’arbitrage et le droit de l’insolvabilité ont plusieurs points en commun. J’examine ci-après trois points communs qui sont particulièrement pertinents en l’espèce.

a) *Efficacité et célérité*

[60] D’abord et avant tout, le droit de l’arbitrage et le droit de l’insolvabilité priorisent tous deux l’efficacité et la célérité.

[61] L’arbitrage commercial est un [TRADUCTION] « processus conçu pour permettre aux parties de régler leurs différends de manière efficace et économique » (McEwan et Herbst, § 2:1, citant *Hayes Forest Services Ltd. c. Weyerhaeuser Co.*, 2008 BCCA 31, 289 D.L.R. (4th) 230, par. 1). Ainsi, il est [TRADUCTION] « moins formel, plus expéditif et donc plus rapide qu’un règlement judiciaire des questions en litige » (*Rosenberg c. Minster*, 2014 ONSC 845, 119 O.R. (3d) 27, par. 58).

[62] De même, la raison d’être du modèle de la procédure unique en droit canadien de l’insolvabilité est la « gestion expéditive, efficace et économique des retombées d’un effondrement financier ». Pour maximiser le recouvrement global au profit des créanciers, ce modèle fait échec « à l’inefficacité et au chaos » en « favoris[ant] un processus collectif ordonné » (*Alberta (Procureur général) c. Moloney*, 2015 CSC 51, [2015] 3 R.C.S. 327, par. 33; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, par. 7).

[63] Comme je l’ai déjà mentionné, le modèle de la procédure unique s’applique aux procédures intentées sous le régime de la *LFI*, de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36 (« *LACC* »), et d’autres lois en

the power to act nationally. This promotes efficiency “by removing the need to have a receiver appointed in each jurisdiction in which the debtor’s assets are located” (Houlden, Morawetz and Sarra, at § 12:3).

(b) *Procedural Flexibility*

[64] Further, procedural flexibility is a hallmark of both arbitration law and insolvency law.

[65] Chief among the reputed advantages of arbitration is the freedom of parties to choose their own procedural rules rather than being bound by rules of court (*Seidel*, at para. 22; *Wellman*, at paras. 48-56; L. Y. Fortier, “Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power: ‘Beware, My Lord, of Jealousy’” (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 143). This enhances expediency and cost-effectiveness in arbitral proceedings, where discovery procedures can be curtailed, written submissions can be used instead of witness testimony, and strict evidentiary rules can be relaxed (McEwan and Herbst, at §§ 2:1 and 7:12).

[66] Flexibility is likewise a characteristic of Canadian insolvency law. But in the insolvency context, both the court *and* the parties can tailor proceedings to fit a particular case. Indeed, the *BIA* and the *CCAA* both accord broad judicial discretion to, among other things, authorize the assignment and disclaimer of contracts and the sale of assets, impose and lift stays of proceedings, grant extensions of time, terminate proceedings, and approve creditor proposals (Wood, at pp. 432-33). Much like arbitration law does for arbitrating parties, Canadian insolvency law thus allows debtors, creditors, and courts “to design a process and [an] outcome that is appropriate for individual . . . cases” (McElcheran, at ¶¶5.11-5.12).

matière d’insolvabilité. Par exemple, l’art. 243 de la *LFI* autorise le tribunal à nommer un séquestre pouvant agir dans l’ensemble du pays, ce qui favorise l’efficacité [TRADUCTION] « puisque l’on supprime la nécessité de nommer un séquestre dans chacun des ressorts où se trouvent les biens du débiteur » (Houlden, Morawetz et Sarra, § 12:3).

b) *Souplesse procédurale*

[64] De plus, la souplesse procédurale est une caractéristique commune au droit de l’arbitrage et au droit de l’insolvabilité.

[65] Parmi les avantages reconnus de l’arbitrage figure, au premier chef, la liberté qu’ont les parties de choisir leurs propres règles de procédure plutôt que d’être liées par celles du tribunal (*Seidel*, par. 22; *Wellman*, par. 48-56; L. Y. Fortier, « Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power : “Beware, My Lord, of Jealousy” » (2001), 80 *R. du B. can.* 143). Cela accroît la célérité et la rentabilité des procédures arbitrales, où les procédures de communication préalable peuvent être simplifiées, où l’on peut utiliser des observations écrites plutôt que des témoignages et où des règles de preuve strictes peuvent être assouplies (McEwan et Herbst, § 2:1 et 7:12).

[66] La souplesse est également une caractéristique du droit canadien de l’insolvabilité. Cependant, dans le contexte de l’insolvabilité, le tribunal *et* les parties peuvent adapter la procédure judiciaire à un cas donné. En effet, la *LFI* et la *LACC* confèrent aux tribunaux un vaste pouvoir discrétionnaire leur permettant entre autres d’autoriser la cession de contrats, la renonciation à des contrats et la vente d’actifs, d’imposer ou de lever la suspension d’une instance, d’accorder des prorogations de délai, de mettre fin à une instance, et d’approuver des propositions de créanciers (Wood, p. 432-433). À l’instar de ce que le droit de l’arbitrage permet aux parties à un arbitrage de faire, le droit canadien de l’insolvabilité permet donc aux débiteurs, aux créanciers et aux tribunaux [TRADUCTION] « de concevoir un processus et un résultat [. . .] qui convient à chaque affaire » (McElcheran, ¶¶5.11-5.12).

(c) *Decision Makers With Specialized Expertise*

[67] Finally, both arbitration law and insolvency law often rely on specialized decision makers to achieve their respective objectives.

[68] One “great merit” of arbitration is that parties are able to select a decision maker with “special expertise in the field of their dispute” (*3GS Inc. v. Altus Group Ltd.*, 2011 ONSC 5755, 96 B.L.R. (4th) 268, at para. 19; *McEwan and Herbst*, at § 4:1).

[69] Similarly, specialized judicial expertise is essential to meet the challenges of complex restructuring and insolvency proceedings, often called the “hothouse of real-time litigation” (*Century Services*, at para. 58, quoting R. B. Jones, “The Evolution of Canadian Restructuring: Challenges for the Rule of Law”, in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2005* (2006), 481, at p. 484).

[70] The interests of expediency and procedural flexibility inform the need for judicial specialization in the realm of bankruptcy and insolvency. Indeed, in many provinces, there are specialist judges who take carriage of restructuring proceedings and all related issues. Their expertise and “file knowledge” allow them to find the right balance of procedural formality while meeting the need for timely resolution of disputes within the overall restructuring process (*McElcheran*, at ¶5.85).

[71] In sum, reliance on a decision maker with expertise in the relevant field is a core feature of both arbitration law and insolvency law, and for good reason. Specialized expertise can assist in capitalizing on other attributes that are also common to both bodies of law, such as expediency and procedural flexibility.

c) *Décideurs possédant une expertise spécialisée*

[67] Enfin, le droit de l’arbitrage et le droit de l’insolvabilité comptent souvent sur des décideurs spécialisés pour atteindre leurs objectifs respectifs.

[68] L’un des [TRADUCTION] « grands avantages » de l’arbitrage est que les parties peuvent choisir un décideur possédant « une expertise particulière dans le domaine de leur différend » (*3GS Inc. c. Altus Group Ltd.*, 2011 ONSC 5755, 96 B.L.R. (4th) 268, par. 19; *McEwan et Herbst*, § 4:1).

[69] De même, posséder une expertise judiciaire spécialisée est essentiel pour relever les défis liés aux procédures complexes de restructuration et d’insolvabilité, souvent appelées le [TRADUCTION] « foyer du contentieux en temps réel » (*Century Services*, par. 58, citant R. B. Jones, « The Evolution of Canadian Restructuring : Challenges for the Rule of Law », dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2005* (2006), 481, p. 484).

[70] Les intérêts relatifs à la célérité et à la souplesse procédurale sont à la base de la nécessité de la spécialisation judiciaire dans le domaine de la faillite et de l’insolvabilité. En effet, dans de nombreuses provinces, des juges spécialisés se chargent des procédures de restructuration et de toutes les questions connexes. Leur expertise et leur [TRADUCTION] « connaissance du dossier » leur permettent d’atteindre un bon équilibre entre le maintien de la formalité procédurale et la nécessité de régler rapidement les différends dans le cadre du processus global de restructuration (*McElcheran*, ¶5.85).

[71] En résumé, le fait de recourir à un décideur possédant une expertise dans le domaine pertinent constitue une caractéristique essentielle tant du droit de l’arbitrage que du droit de l’insolvabilité, et ce, pour une bonne raison. Une expertise spécialisée peut aider à tirer profit d’autres attributs qui sont aussi communs aux deux ensembles de règles de droit, telles la célérité et la souplesse procédurale.

(d) *Conclusion on the Interplay Between Arbitration Law and Insolvency Law*

[72] In many cases, the shared interests in expediency, procedural flexibility, and specialized expertise will converge through arbitration. In such a scenario, the parties should be held to their agreement to arbitrate notwithstanding ongoing insolvency proceedings. In other words, the court should grant a stay of legal proceedings in favour of arbitration, and any dispute as to the scope of the arbitration agreement or the arbitrator's jurisdiction should be left to the arbitrator to resolve. As is evident from the foregoing, valid arbitration agreements are generally to be respected. This presumption in favour of arbitral jurisdiction is supported by this Court's longstanding jurisprudence, the pro-arbitration stance adopted in provincial and territorial legislation nationwide, and the foundational principle that contracting parties are free to structure their affairs as they see fit.

[73] However, in certain insolvency matters, it may be necessary to preclude arbitration in favour of a centralized judicial process. This may occur when arbitration would compromise the orderly and efficient conduct of a court-ordered receivership. In such a scenario, a court may assert control over the proceedings, both to ensure the timely resolution of the parties' dispute and to protect the public interest in the orderly restructuring or dissolution of the debtor and the equal treatment of its creditors. This authority arises from the statutory jurisdiction conferred on superior courts under ss. 243(1) and 183(1) of the *BIA*.

[74] This exercise is necessarily a highly factual one. It requires the court to carefully review the particular statutory regimes and arbitration agreements in play, having regard to the principles of party autonomy and freedom of contract as well as the policy imperatives underpinning bankruptcy and insolvency law.

d) *Conclusion sur l'interaction entre le droit de l'arbitrage et le droit de l'insolvabilité*

[72] Bien souvent, les intérêts communs de célérité, de souplesse procédurale et d'expertise spécialisée convergeront grâce à l'arbitrage. Dans un tel cas, les parties devraient être tenues de respecter leur convention d'arbitrage, malgré une procédure d'insolvabilité en cours. Autrement dit, le tribunal devrait suspendre l'instance en faveur de l'arbitrage, et tout différend concernant la portée de la convention d'arbitrage ou la compétence de l'arbitre devrait être réglé par l'arbitre. Comme il ressort de ce qui précède, les conventions d'arbitrage valides doivent généralement être respectées. Cette présomption en faveur de la compétence arbitrale trouve appui dans la jurisprudence de longue date de notre Cour, la position favorable à l'arbitrage adoptée dans les lois provinciales et territoriales partout au pays ainsi que le principe fondamental selon lequel les parties contractantes sont libres de structurer leurs affaires comme bon leur semble.

[73] Cependant, dans certaines affaires d'insolvabilité, il peut s'avérer nécessaire d'écarter l'arbitrage en faveur d'un processus judiciaire centralisé. Cela peut se produire lorsque l'arbitrage compromettrait le déroulement ordonné et efficace d'une mise sous séquestre ordonnée par le tribunal. Dans un tel cas, le tribunal peut exercer un contrôle sur la procédure, tant pour veiller au règlement rapide du différend entre les parties que pour protéger l'intérêt public dans la restructuration ou la liquidation ordonnées du débiteur et le traitement égal de ses créanciers. Ce pouvoir découle de la compétence que les par. 243(1) et 183(1) de la *LFI* confèrent aux cours supérieures.

[74] Cet exercice est nécessairement hautement factuel. Il oblige le tribunal à examiner attentivement les régimes législatifs et les conventions d'arbitrage en cause en tenant compte des principes de l'autonomie des parties et de la liberté contractuelle ainsi que des choix de politique générale sous-tendant le droit de la faillite et de l'insolvabilité.

[75] To guide this exercise, I will briefly summarize the two-part stay framework that is implicit in provincial arbitration legislation like the *Arbitration Act*.

C. Two-Part Framework for Stays of Proceedings in Favour of Arbitration

[76] There are two general components to the stay provisions in provincial arbitration legislation across the country. As the framework is similar across jurisdictions, it will be useful to provide a general overview before turning to the interpretation of s. 15 of the *Arbitration Act* itself. The two components are as follows:

- (a) the technical prerequisites for a mandatory stay of court proceedings; and
- (b) the statutory exceptions to a mandatory stay of court proceedings.

[77] Though interrelated, these two components ought to remain analytically distinct. This distinction is necessary because the burden of proof shifts between the first component and the second.

[78] Under the first component, the applicant for a stay in favour of arbitration must establish the technical prerequisites on the applicable standard of proof (McEwan and Herbst, at § 3:43; *Hosting Metro Inc. v. Poornam Info Vision Pvt, Ltd.*, 2016 BCSC 2371, at paras. 29-30 (CanLII)).

[79] If the applicant discharges this burden, then under the second component, the party seeking to avoid arbitration must show that one of the statutory exceptions applies, such that a stay should be refused (McEwan and Herbst, at § 3:43; Casey, at ch. 3.4). Otherwise, the court must grant a stay and cede jurisdiction to the arbitral tribunal.

[80] I will briefly elaborate on each component and its respective standard of proof.

[75] Pour guider cet exercice, je résume brièvement le cadre d'analyse en deux volets applicable aux suspensions d'instance qui est implicite dans les lois provinciales en matière d'arbitrage comme l'*Arbitration Act*.

C. Cadre d'analyse en deux volets applicable aux suspensions d'instance en faveur de l'arbitrage

[76] Les dispositions relatives à la suspension d'instance dans les lois provinciales en matière d'arbitrage partout au pays comportent deux volets généraux. Comme le cadre d'analyse est semblable d'une province à l'autre, il est utile de présenter un aperçu général avant de s'attarder à l'interprétation de l'art. 15 de l'*Arbitration Act*. Les deux volets sont :

- a) les conditions préliminaires à la suspension obligatoire d'une instance judiciaire; et
- b) les exceptions statutaires à la suspension obligatoire d'une instance judiciaire.

[77] Bien qu'ils soient interreliés, ces deux volets doivent demeurer distincts sur le plan analytique. Cette distinction est nécessaire, car il y a inversion du fardeau de la preuve entre le premier et le second volet.

[78] Sous le premier volet, la partie qui requiert la suspension d'une instance en faveur de l'arbitrage doit établir que les conditions préliminaires sont remplies selon la norme de preuve applicable (McEwan et Herbst, § 3:43; *Hosting Metro Inc. c. Poornam Info Vision Pvt, Ltd.*, 2016 BCSC 2371, par. 29-30 (CanLII)).

[79] Si le requérant s'acquitte de ce fardeau, la partie qui cherche à se soustraire à l'arbitrage doit, sous le second volet, démontrer que l'une des exceptions prévues par la loi s'applique, de sorte que la suspension devrait être refusée (McEwan et Herbst, § 3:43; Casey, c. 3.4). Sinon, le tribunal doit suspendre l'instance et laisser la procédure d'arbitrage suivre son cours.

[80] J'examine brièvement chaque volet et la norme de preuve applicable à chacun d'eux.

(1) Technical Prerequisites

[81] The first component is concerned with whether the applicant for a stay has established that the arbitration agreement at issue engages the mandatory stay provision in the applicable provincial arbitration statute.

[82] Considerations at this stage may differ depending on the jurisdiction and the nature of the arbitration (i.e., whether it relates to domestic or international arbitration). Broadly speaking, however, this threshold inquiry requires the court to determine whether the party seeking to rely on the arbitration agreement has established the technical prerequisites for a stay in favour of arbitration.

[83] There are typically four technical prerequisites relevant at this stage:

- (a) an arbitration agreement exists;
- (b) court proceedings have been commenced by a “party” to the arbitration agreement;
- (c) the court proceedings are in respect of a matter that the parties agreed to submit to arbitration; and
- (d) the party applying for a stay in favour of arbitration does so before taking any “step” in the court proceedings.

If all the technical prerequisites are met, the mandatory stay provision is engaged and the court should move on to the second component of the analysis.

[84] It is important to note that the standard of proof applicable at the first stage is lower than the usual civil standard. To satisfy the first component, the applicant must only establish an “arguable case” that the technical prerequisites are met (McEwan and Herbst, at § 3:47; *Sum Trade Corp. v. Agricom International Inc.*, 2018 BCCA 379, 18 B.C.L.R. (6th) 322, at paras. 26 and 32, citing *Gulf Canada Resources Ltd. v. Arochem International Ltd.* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113 (C.A.), at paras. 39-40).

(1) Conditions préliminaires

[81] Le premier volet porte sur la question de savoir si la partie qui demande la suspension d’instance a établi que la convention d’arbitrage en cause fait intervenir la disposition relative à la suspension obligatoire figurant dans la loi provinciale applicable en matière d’arbitrage.

[82] À cette étape, les considérations peuvent différer selon la loi provinciale et la nature de l’arbitrage (c.-à-d., selon qu’elle porte sur l’arbitrage national ou international). Toutefois, de façon générale, cet examen préliminaire exige que le tribunal détermine si la partie qui cherche à invoquer la convention d’arbitrage a établi les conditions préliminaires à une suspension d’instance en faveur de l’arbitrage.

[83] En règle générale, quatre conditions préliminaires sont pertinentes à cette étape :

- a) l’existence d’une convention d’arbitrage;
- b) une « partie » à la convention d’arbitrage a intenté une procédure judiciaire;
- c) l’instance porte sur une question que les parties ont convenu de soumettre à l’arbitrage; et
- d) la partie qui demande une suspension d’instance en faveur de l’arbitrage le fait avant « d’agi[r] » dans l’instance.

Si toutes les conditions préliminaires sont remplies, la disposition relative à la suspension obligatoire entre en jeu et le tribunal passe au second volet de l’analyse.

[84] Il importe de souligner que la norme de preuve applicable à la première étape est moins exigeante que la norme habituellement applicable en matière civile. Pour satisfaire au premier volet, le demandeur doit uniquement établir sur le fondement d’une [TRANSCRIPTION] « cause défendable » que les conditions préliminaires sont remplies (McEwan et Herbst, § 3:47; *Sum Trade Corp. c. Agricom International Inc.*, 2018 BCCA 379, 18 B.C.L.R. (6th) 322, par. 26 et 32, citant *Gulf Canada Resources Ltd. c. Arochem International Ltd.* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113 (C.A.), par. 39-40).

[85] I acknowledge that, in *Dell*, this Court characterized the applicable standard of proof as that of proof on a “*prima facie*” basis (para. 82). However, as the Court of Appeal for British Columbia has noted, there is no substantive difference between the arguable case test in *Gulf Canada Resources* and the *prima facie* test in *Dell*:

The significance of both standards is that there is room for a judge to dismiss a stay application when there is no nexus between the claims and the matters reserved for arbitration, while referring to the arbitrator any legitimate question of the scope of the arbitration jurisdiction. This avoids duplication and respects the competence-competence principle.

(*Clayworth v. Octaform Systems Inc.*, 2020 BCCA 117, 446 D.L.R. (4th) 626, at para. 30)

[86] Notwithstanding this less onerous standard of proof, court proceedings are not automatically stayed in favour of arbitration where the technical prerequisites are met. Rather, the court must move on to the second component and assess whether any of the statutory exceptions apply (*Dell*, at para. 87; *Clayworth*, at paras. 31-32).

(2) Statutory Exceptions

[87] Certain exceptions, such as whether the arbitration clause is “void, inoperative or incapable of being performed”, arise from the Model Law and the New York Convention and appear in several provincial arbitration statutes, including the *Arbitration Act*. I will discuss these particular exceptions in the context of this appeal in further detail below. Other statutory exceptions may also be relevant, depending on the jurisdiction (see, e.g., *Arbitration Act*, 1991, S.O. 1991, c. 17, s. 7(2)).

[88] At this second stage, the key question is whether, even though the technical requirements for a stay are met, the party seeking to avoid arbitration has shown on a balance of probabilities that one or

[85] Je reconnais que, dans l’arrêt *Dell*, notre Cour a qualifié la norme de preuve applicable de norme de preuve fondée sur une « analyse sommaire » (appelée aussi analyse *prima facie*) (par. 82). Cependant, comme l’a fait remarquer la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, il n’existe pas de différence substantielle entre le test de la cause défendable dans l’arrêt *Gulf Canada Resources* et le test de l’analyse sommaire dans l’arrêt *Dell* :

[TRADUCTION] Le fait qu’il existe deux normes signifie que le juge peut rejeter une demande de suspension d’instance lorsqu’il n’existe aucun lien entre les réclamations et les matières réservées à l’arbitrage, tout en renvoyant à l’arbitre toute question légitime relevant de la compétence arbitrale. Ainsi, il n’y a aucun chevauchement et le principe de compétence-compétence est respecté.

(*Clayworth c. Octaform Systems Inc.*, 2020 BCCA 117, 446 D.L.R. (4th) 626, par. 30)

[86] Malgré cette norme de preuve moins exigeante, une instance judiciaire n’est pas automatiquement suspendue en faveur d’un arbitrage lorsque les conditions préliminaires sont remplies. Le tribunal doit plutôt passer au second volet de l’analyse qui consiste à déterminer si l’une des exceptions prévues par la loi s’applique (*Dell*, par. 87; *Clayworth*, par. 31-32).

(2) Exceptions prévues par la loi

[87] Certaines exceptions, incluant celle qui consiste à établir si la clause d’arbitrage est « nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée », découlent de la Loi type et de la Convention de New York et figurent dans plusieurs lois provinciales en matière d’arbitrage, dont l’*Arbitration Act*. J’analyse ces exceptions particulières dans le contexte du présent pourvoi plus détail ci-dessous. D’autres exceptions prévues par la loi peuvent également être pertinentes, selon la loi provinciale en cause (voir, p. ex., la *Loi de 1991 sur l’arbitrage*, L.O. 1991, c. 17, par. 7(2)).

[88] Sous le second volet, la question clé est de savoir si, bien que les conditions préliminaires à une suspension d’instance soient remplies, la partie qui cherche à éviter l’arbitrage a démontré suivant la

more of the statutory exceptions apply. If not, the court *must* grant a stay. The mandatory nature of stay provisions across jurisdictions in Canada reflects the presumptive validity of arbitration clauses and the principle of party autonomy.

[89] It follows that a court should dismiss a stay application on the basis of a statutory exception only in a “clear” case (McEwan and Herbst, at § 3:55; A. J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), at p. 155). A clear case is, for example, one in which the party seeking to avoid arbitration has established on a balance of probabilities that the arbitration agreement is void, inoperative, or incapable of being performed. Where the invalidity or unenforceability of the arbitration agreement is not clear (but merely arguable), the matter should be resolved by the arbitrator. Such an approach accords due respect to arbitral jurisdiction, in light of the competence-competence principle, as well as to the parties’ intention to refer their disputes to arbitration (McEwan and Herbst, at § 3:55; *Dalimpex Ltd. v. Janicki* (2000), 137 O.A.C. 390 (S.C.J.), at paras. 3-5, *aff’d* (2003), 228 D.L.R. (4th) 179 (C.A.)).

[90] As I have indicated, the application of the above two-part framework in a particular case must begin with a proper interpretation of the governing stay provision. This brings me to the focal point of this appeal: s. 15 of the *Arbitration Act*.

D. Section 15 of the *Arbitration Act*

[91] The modern approach to statutory interpretation requires us to read the words of s. 15 in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme and object of the *Arbitration Act* and the intention of the legislature.

prépondérance des probabilités qu’une ou plusieurs des exceptions prévues par la loi s’appliquent. Dans la négative, le tribunal *doit* suspendre l’instance. Le caractère obligatoire des dispositions relatives à la suspension d’instance dans l’ensemble des provinces et territoires au Canada reflète la présomption de validité des clauses d’arbitrage ainsi que le principe de l’autonomie des parties.

[89] Il s’ensuit que le tribunal ne devrait rejeter une demande de suspension d’instance sur le fondement d’une exception prévue par la loi que dans un cas [TRADUCTION] « manifeste » (McEwan et Herbst, § 3:55; A. J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958 : Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), p. 155). Un cas manifeste est, par exemple, un cas où la partie qui cherche à éviter l’arbitrage a établi selon la prépondérance des probabilités que la convention d’arbitrage est nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée. Lorsque l’invalidité ou le caractère inexécutoire de la convention d’arbitrage n’est pas manifeste (mais seulement défendable), la question doit être tranchée par l’arbitre. Une telle approche fait preuve de déférence à l’égard de la compétence arbitrale, compte tenu du principe de compétence-compétence et de l’intention des parties de soumettre leurs différends à l’arbitrage (McEwan et Herbst, § 3:55; *Dalimpex Ltd. c. Janicki* (2000), 137 O.A.C. 390 (C.S.J.), par. 3-5, *conf. par* (2003), 228 D.L.R. (4th) 179 (C.A.)).

[90] Comme je l’ai mentionné, l’application du cadre d’analyse en deux volets décrit précédemment à un cas donné doit commencer par une interprétation appropriée de la disposition applicable relative à la suspension d’instance. J’en viens maintenant au cœur du présent pourvoi : l’art. 15 de l’*Arbitration Act*.

D. Article 15 de l’*Arbitration Act*

[91] Selon la méthode moderne d’interprétation législative, il faut lire les termes de l’art. 15 dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de l’*Arbitration Act*, son objet et l’intention du législateur.

(1) Text of Section 15

[92] The text of s. 15(1) and (2) of the *Arbitration Act* mirrors the two-part analytical framework just described. The sections read as follows:

- 15** (1) If a party to an arbitration agreement commences legal proceedings in a court against another party to the agreement in respect of a matter agreed to be submitted to arbitration, a party to the legal proceedings may apply, before filing a response to civil claim or a response to family claim or taking any other step in the proceedings, to that court to stay the legal proceedings [the *technical prerequisites*].
- (2) In an application under subsection (1), the court must make an order staying the legal proceedings unless it determines that the arbitration agreement is void, inoperative or incapable of being performed [the *statutory exceptions*].

(2) Proper Interpretation of Section 15

[93] The parties disagree on four issues of statutory interpretation regarding s. 15 of the *Arbitration Act*. Two relate to the technical prerequisites set out in s. 15(1):

- (a) whether undertaking to file a defence constitutes a “step in the proceedings”; and
- (b) whether a court-appointed receiver may be a “party” to a debtor’s arbitration agreement.

[94] The other two relate to the statutory exceptions provided for in s. 15(2):

- (c) whether a receiver’s purported disclaimer of an arbitration agreement renders it “void, inoperative or incapable of being performed”; and
- (d) whether the *Arbitration Act* permits a court to find an arbitration agreement “inoperative” or “incapable of being performed” due to a receivership.

(1) Libellé de l’art. 15

[92] Le libellé des par. 15(1) et (2) de l’*Arbitration Act* reflète le cadre d’analyse en deux volets décrit précédemment. Les dispositions sont rédigées en ces termes :

- 15** (1) Si une partie à une convention d’arbitrage intente contre une autre partie à la convention une action relative à une question qui, suivant cette convention, devait être soumise à l’arbitrage, une partie à l’instance peut, avant d’avoir déposé une réponse à la poursuite civile ou à la poursuite en droit familial ou d’avoir autrement agi dans l’instance, demander au tribunal de suspendre l’instance [les *conditions préliminaires*].
- (2) Le tribunal saisi de la demande visée au paragraphe (1) suspend l’instance à moins qu’il ne constate que la convention d’arbitrage est nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée [les *exceptions prévues par la loi*].

(2) Interprétation appropriée de l’art. 15

[93] Les parties ne s’entendent pas sur quatre questions d’interprétation législative ayant trait à l’art. 15 de l’*Arbitration Act*. Deux d’entre elles concernent les conditions préliminaires énoncées au par. 15(1) :

- a) Le fait de s’être engagé à produire une défense revient-il à avoir « agi dans l’instance »?
- b) Le séquestre nommé par le tribunal peut-il être considéré comme une « partie » à la convention d’arbitrage du débiteur?

[94] Les deux autres concernent les exceptions prévues au par. 15(2) :

- c) La prétendue renonciation à une convention d’arbitrage par un séquestre rend-elle cette convention « nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée »?
- d) L’*Arbitration Act* permet-elle au tribunal de conclure qu’une convention d’arbitrage est « inopérante » ou « non susceptible d’être exécutée » en raison d’une mise sous séquestre?

[95] All four interpretive issues must be resolved before s. 15 is applied to the case at bar.

(a) *Section 15(1) — Undertaking to File a Defence Is Not a “Step in the Proceedings”*

[96] First, the Receiver resurrects its submission before the chambers judge that undertaking to file a defence may constitute a “step in the proceedings” within the meaning of s. 15(1). This proposed interpretation was explicitly rejected by the chambers judge and not pursued before the Court of Appeal.

[97] Determining whether a step in the proceedings has been taken requires an objective approach. The court must ask itself whether, on the facts, the party should be held impliedly to have affirmed the correctness of the proceedings and its willingness to go along with a determination by a court of law instead of arbitration (McEwan and Herbst, at § 3:27). A step in the proceedings means “something in the nature of an application to the Court, and not mere talk between solicitors . . . nor the writing of letters” (*Larc Developments*, at para. 15, citing *Ives & Barker v. Willans*, [1894] 2 Ch. 478 (C.A.), at p. 484).

[98] I acknowledge that the Receiver now argues in this Court, for the first time, that requesting the other party’s consent to an *extension of time* to file a defence constitutes a step in the proceedings. Assuming, without deciding, that this submission is properly before our Court, I reject it. In my view, requesting an extension of time cannot be considered a “step”. In the context of s. 15(1), the very purpose of such a request is to decide whether or not to take a step, and there is no election to proceed with the action (McEwan and Herbst, at § 3:31). Indeed, the result of an extension “might well be quite to the contrary, and have the effect of removing [the action] entirely from the Court” (*Central Investments & Development Corp. v. Miller* (1982), 133 D.L.R. (3d) 440 (P.E.I.S.C.), at p. 442).

[95] Il faut trancher les quatre questions d’interprétation avant d’appliquer l’art. 15 à la présente affaire.

a) *Paragraphe 15(1) — Le fait de s’être engagé à produire une défense ne revient pas à avoir « agi dans l’instance »*

[96] Tout d’abord, le Séquestre ravive l’argument qu’il a fait valoir devant la juge en chambre selon lequel le fait de s’être engagé à produire une défense peut revenir à avoir « agi dans l’instance » au sens du par. 15(1). Cette interprétation a été explicitement rejetée par la juge en chambre et n’a pas été avancée devant la Cour d’appel.

[97] Pour déterminer si une partie a agi dans l’instance, il faut adopter une approche objective. Le tribunal doit se demander si, eu égard aux faits, la partie devrait être considérée comme ayant implicitement confirmé le bien-fondé de l’instance et sa volonté d’accepter le jugement d’une cour de justice plutôt que celui d’un arbitre (McEwan et Herbst, § 3:27). Agir dans l’instance signifie [TRADUCTION] « faire quelque chose de la nature d’une demande à la Cour, et non pas de simples discussions entre avocats [. . .] ni rédiger des lettres » (*Larc Developments*, par. 15, citant *Ives & Barker c. Willans*, [1894] 2 Ch. 478 (C.A.), p. 484).

[98] Je reconnais que le Séquestre soutient maintenant pour la première fois devant notre Cour que le fait de demander à l’autre partie de consentir à une *prorogation du délai* pour produire une défense revient à agir dans l’instance. À supposer, sans en décider, que notre Cour soit dûment saisie de cet argument, je le rejette. À mon avis, solliciter une prorogation de délai ne saurait être considéré comme tel. Dans le contexte du par. 15(1), l’objectif même d’une telle demande est de décider s’il convient ou non d’agir; il n’y a pas de choix en vue de poursuivre l’action (McEwan et Herbst, § 3:31). En effet, le résultat d’une prorogation de délai [TRADUCTION] « pourrait fort bien être le contraire et avoir pour effet de dessaisir entièrement la Cour de [l’action] » (*Central Investments & Development Corp. c. Miller* (1982), 133 D.L.R. (3d) 440 (C.S. Î.-P.-É.), p. 442).

[99] In sum, I see no merit in the interpretation of the words “step in the proceedings” proposed by the Receiver.

(b) *Section 15(1) — A Court-Appointed Receiver May Be a “Party” to an Arbitration Agreement*

[100] The second interpretive issue concerns the term “party” in s. 15(1) of the *Arbitration Act*. Can a court-appointed receiver be a party to the debtor’s pre-existing arbitration agreement?

[101] The Receiver says no. It agrees with the Court of Appeal that a court-appointed receiver cannot be a party because it is a legal entity separate from the debtor with a fiduciary duty to the appointing court.

[102] Peace River disagrees. It says that a court-appointed receiver, like other non-signatories, may be a party to the debtor’s pre-receivership arbitration agreement through the operation of ordinary contract law.

[103] I agree with Peace River. I say this for three reasons.

(i) Ordinary Contractual Principles Indicate That a Receiver May Be a “Party” to an Arbitration Agreement

[104] First, the Receiver’s narrow interpretation of the term “party” conflicts with basic principles of contract law. It says that a receiver may advance claims only *through* the debtor in exercising its power to institute proceedings for the benefit of all stakeholders in an insolvent corporation. It further says that s. 15(1) of the *Arbitration Act* must be interpreted in light of the fact that in 1986 the reference to a person claiming “through” a party to an arbitration agreement was removed from the stay provision in the province’s domestic arbitration legislation. The provision — now s. 15(1) of the *Arbitration Act* — thus differs from s. 2(1) of the province’s *International Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 233 (“ICAA”),

[99] En résumé, j’estime que l’interprétation proposée par le Séquestre des termes « agi dans l’instance » est non fondée.

b) *Paragraphe 15(1) — Un séquestre nommé par le tribunal peut être une « partie » à une convention d’arbitrage*

[100] La deuxième question d’interprétation porte sur le terme « partie » figurant au par. 15(1) de l’*Arbitration Act*. Le séquestre nommé par le tribunal peut-il être considéré comme une partie à la convention d’arbitrage du débiteur à laquelle il n’est pas signataire?

[101] Le Séquestre soutient que non. À l’instar de la Cour d’appel, il estime que le séquestre nommé par le tribunal ne peut être une partie, car il est une entité juridique distincte du débiteur et a une obligation fiduciaire envers le tribunal qui l’a nommé.

[102] Peace River n’est pas de cet avis. Elle affirme que tout comme d’autres non-signataires, le séquestre nommé par le tribunal peut, par l’effet du droit commun des contrats, être une partie à la convention d’arbitrage conclue par le débiteur avant la mise sous séquestre.

[103] Je suis d’accord avec Peace River, et ce, pour trois raisons.

(i) Selon les principes ordinaires en matière contractuelle, un séquestre peut être une « partie » à une convention d’arbitrage

[104] Premièrement, l’interprétation restrictive que propose le Séquestre quant au terme « partie » va à l’encontre des principes fondamentaux du droit des contrats. À son avis, un séquestre ne peut présenter de réclamations que *par l’entremise* du débiteur dans l’exercice de son pouvoir d’intenter une procédure au profit de toutes les parties prenantes d’une compagnie insolvable. Il ajoute qu’il faut interpréter le par. 15(1) de l’*Arbitration Act* en tenant compte du fait qu’en 1986, la référence à une personne qui fait une réclamation [TRADUCTION] « par l’entremise » d’une partie à une convention d’arbitrage a été supprimée de la disposition relative à la suspension d’instance figurant dans la loi provinciale sur l’arbitrage

which defines “party” as including “a person claiming through or under a party” to an arbitration agreement. The Receiver asks this Court to give effect to the “narrower wording” in the *Arbitration Act* and the “important textual distinction” between the *Arbitration Act* and the *ICAA* (R.F., at paras. 89-90).

[105] I disagree. The interpretation of the term “party” under arbitration legislation falls to be “determined in accordance with the ordinary principles for construction of a contract” (McEwan and Herbst, at § 2:28; Casey, at ch. 3.5.1). It is well established that an entity connected with a signatory to a contract containing an arbitration agreement may become bound as a “party” by operation of law. Such associated entities may include “subsidiaries, assignees, trustees and others claiming through or under the named party to the arbitration agreement” (McEwan and Herbst, at § 2:37 (emphasis added)). These entities, although non-signatories, “may have all of the rights and obligations under the arbitration agreement by operation of law” (Casey, at ch. 3.5.1).

[106] Two examples are instructive here. The first is assignment. It is a “fundamental” and “universal commercial legal principle” that an assignor may not assign contractual rights in such a way as to “convey the benefits and nullify the burdens”. Stated differently, a party seeking to enforce assigned rights under an agreement “can only do so subject to the terms and conditions therein”, including the condition that disputes are to be resolved by arbitration (*ABN Amro Bank Canada v. Krupp Mak Maschinenbau GmbH* (1996), 135 D.L.R. (4th) 130 (Ont. C.J. (Gen. Div.)); see also Casey, at ch. 3.5.1; *Petro-Canada v. 366084 Ontario Ltd.* (1995), 25 B.L.R. (2d) 19 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), at para. 55).

interne. La disposition — maintenant le par. 15(1) de l'*Arbitration Act* — diffère donc du par. 2(1) de l'*International Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 233 (« *ICAA* »), de la province, dans lequel le terme [TRADUCTION] « partie » est défini de manière à inclure « une personne qui fait une réclamation par l'entremise ou au nom d'une partie » à une convention d'arbitrage. Le Séquestre demande à notre Cour de s'en tenir au [TRADUCTION] « libellé plus restrictif » de l'*Arbitration Act* et de reconnaître l'« importante distinction textuelle » entre l'*Arbitration Act* et l'*ICAA* (m.i., par. 89-90).

[105] Je ne suis pas d'accord. L'interprétation du terme « partie » dans la législation en matière d'arbitrage doit être [TRADUCTION] « déterminée conformément aux principes ordinaires d'interprétation contractuelle » (McEwan et Herbst, § 2:28; Casey, c. 3.5.1). Il est bien établi qu'une entité ayant des liens avec une partie signataire d'un contrat comportant une convention d'arbitrage peut devenir liée en tant que « partie » par l'effet de la loi. De telles entités associées peuvent notamment être [TRADUCTION] « des filiales, des cessionnaires, des syndics et d'autres entités qui font une réclamation par l'entremise ou au nom de la partie nommée à la convention d'arbitrage » (McEwan et Herbst, § 2:37 (je souligne)). Ces entités, bien qu'elles ne soient pas signataires, « peuvent, par l'effet de la loi, avoir l'ensemble des droits et des obligations prévus dans la convention d'arbitrage » (Casey, c. 3.5.1).

[106] Deux exemples sont instructifs ici. Le premier est la cession. Selon un [TRADUCTION] « principe juridique commercial universel » et « fondamental », le cédant ne peut pas céder des droits contractuels de manière à « transférer les avantages et à se soustraire à ses obligations ». Autrement dit, la partie qui cherche à faire valoir les droits qui lui sont cédés par une entente [TRADUCTION] « ne peut le faire que sous réserve des conditions prévues à l'entente », dont celle que les différends soient réglés par voie d'arbitrage (*ABN Amro Bank Canada v. Krupp Mak Maschinenbau GmbH* (1996), 135 D.L.R. (4th) 130 (C.J. Ont. (Div. gén.)); voir aussi Casey, c. 3.5.1; *Petro-Canada v. 366084 Ontario Ltd.* (1995), 25 B.L.R. (2d) 19 (C.J. Ont. (Div. gén.)), par. 55).

[107] The second example is trusteeship in bankruptcy. When a trustee in bankruptcy adopts a contract containing an arbitration clause and a dispute later arises, “the arbitration agreement is enforceable by or against the trustee in the same manner as any other commercial contract adopted by the trustee” (Casey, at ch. 3.8.2).

[108] In both of these scenarios, a non-signatory “steps into the shoes of the original contracting party” and thereby becomes “bound by the terms of the contract to which he or she has succeeded as a trustee in bankruptcy . . . or assignee” (A. Swan, J. Adamski and A. Y. Na, *Canadian Contract Law* (4th ed. 2018), at §3.10).

[109] I see no principled reason why the foregoing should not apply, *mutatis mutandis*, to a court-appointed receiver claiming through a debtor under a contract containing an arbitration agreement. I agree with the Receiver that it “advances claims through [Petrowest and] the Petrowest [Affiliates]” (R.F., at para. 59 (emphasis added)). Indeed, a court-appointed receiver, by initiating legal proceedings on behalf of a debtor, “steps into the shoes” of the debtor as the original contracting party, much like an assignee or a trustee in bankruptcy does. While a court-appointed receiver may have the power to sue on the debtor’s behalf, “the receiver acquires no cause of action in its own name” and therefore “must . . . sue in the debtor’s name to recover accounts receivable” (Bennett, at p. 257). In short, a court-appointed receiver has no independent cause of action to assert. It may only rely on the *debtor’s* rights to recover, for example, accounts receivable owed by a third party. It would violate basic principles of contract law to permit a receiver to enforce a contract on the debtor’s behalf while avoiding the debtor’s burdens, including the obligation to arbitrate contractual disputes.

[107] Le deuxième exemple est l’administration d’une faillite par un syndic. Lorsqu’un syndic de faillite adopte un contrat comportant une clause d’arbitrage et qu’un différend survient ultérieurement, [TRADUCTION] « la convention d’arbitrage est exécutoire par ou contre le syndic de la même manière que tout autre contrat commercial adopté par le syndic » (Casey, c. 3.8.2).

[108] Dans ces deux hypothèses, une partie non signataire [TRADUCTION] « succède à la partie contractante d’origine » et devient ainsi « liée par les conditions du contrat auquel elle a succédé en tant que syndic de faillite [. . .] ou cessionnaire » (A. Swan, J. Adamski et A. Y. Na, *Canadian Contract Law* (4^e éd. 2018), §3.10).

[109] Je ne vois aucune raison de principe pour laquelle ce qui précède ne devrait pas s’appliquer *mutatis mutandis* au séquestre nommé par le tribunal qui fait une réclamation par l’entremise du débiteur en vertu d’un contrat comportant une convention d’arbitrage. Je conviens avec le Séquestre que ce dernier [TRADUCTION] « présente des réclamations par l’entremise [de Petrowest et] des [Sociétés affiliées] » (m.i., par. 59 (je souligne)). En effet, le séquestre nommé par le tribunal, en intentant une procédure judiciaire au nom du débiteur, [TRADUCTION] « succède » au débiteur en tant que partie contractante d’origine, tout comme le fait le cessionnaire ou le syndic de faillite. Bien que le séquestre nommé par le tribunal puisse avoir le pouvoir d’intenter une poursuite au nom du débiteur, [TRADUCTION] « le séquestre n’acquiert aucune cause d’action en son propre nom » et, partant, « doit [. . .] poursuivre au nom du débiteur pour recouvrer des créances » (Bennett, p. 257). En bref, le séquestre nommé par le tribunal n’a pas de cause d’action indépendante à faire valoir. Il ne peut s’appuyer que sur les droits du *débiteur* pour recouvrer, par exemple, des créances dues par un tiers. Il serait contraire aux principes fondamentaux du droit des contrats de permettre au séquestre d’exécuter un contrat au nom du débiteur tout en évitant les obligations incombant à ce dernier, notamment celle de soumettre les différends contractuels à l’arbitrage.

[110] Nor am I persuaded that a receiver's duty as an officer of the court precludes it from being considered a party to an arbitration agreement within the meaning of s. 15(1) of the *Arbitration Act*. To the contrary, a court-appointed receiver owes a fiduciary duty to "all interested parties involving the debtor's assets, property, and undertaking" (Bennett, at p. 38 (emphasis added)). For this reason, the receiver may not "arbitrarily" break contracts entered into by the debtor with third parties prior to the receivership. Rather, the receiver must exercise "proper discretion in doing so", including by seeking "leave of the court" to terminate such contracts (Bennett, at p. 434). This supports my view that a receiver's court-appointed role cannot insulate it from being considered a party under s. 15(1) where the contractual principles outlined above apply.

(ii) Interpretive Principles Confirm That a Receiver May Be a "Party" to an Arbitration Agreement

[111] Second, I reject the Receiver's argument that, by not referring in s. 15(1) of the *Arbitration Act* to a person claiming through or under a party to an arbitration agreement, the legislature intended to preclude non-signatories like receivers from being considered parties under that section. This interpretation would be inconsistent with two applicable principles of statutory interpretation.

[112] The first principle is that where legislation does not fully address a matter relating to its subject, courts may look to the common law to interpret the statutory language (R. Sullivan, *The Construction of Statutes* (7th ed. 2022), at § 17.02). In such a scenario, the common law is presumed to apply, absent persuasive evidence that the legislature intended to change or displace it by enacting the statute at issue (Sullivan, at § 17.02).

[110] Je ne suis pas non plus convaincue que la fonction d'officier de justice qu'occupe le séquestre l'empêche d'être considéré comme une partie à une convention d'arbitrage au sens du par. 15(1) de l'*Arbitration Act*. Au contraire, le séquestre nommé par le tribunal a une obligation fiduciaire envers [TRA-DUCTION] « toutes les parties intéressées à l'égard des actifs, des biens et de l'entreprise du débiteur » (Bennett, p. 38 (je souligne)). Pour cette raison, le séquestre ne peut pas rompre [TRADUCTION] « arbitrairement » des contrats conclus par le débiteur avec des tiers avant la mise sous séquestre. Il doit plutôt exercer [TRADUCTION] « un pouvoir discrétionnaire approprié lorsqu'il le fait », notamment en demandant « l'autorisation du tribunal » pour résilier de tels contrats (Bennett, p. 434). Cela appuie ma conclusion selon laquelle le rôle du séquestre nommé par le tribunal ne peut l'empêcher d'être considéré comme une partie au sens du par. 15(1) eu égard aux principes contractuels exposés ci-haut.

(ii) Les principes d'interprétation confirment qu'un séquestre peut être une « partie » à une convention d'arbitrage

[111] Deuxièmement, je rejette l'argument du Séquestre selon lequel le législateur entendait, en retirant la mention au par. 15(1) de l'*Arbitration Act* d'une personne qui fait une réclamation par l'entremise ou au nom d'une partie à une convention d'arbitrage, empêcher les non-signataires comme les séquestres d'être considérés comme des parties au sens de cette disposition. Cette interprétation est incompatible avec deux principes applicables en matière d'interprétation législative.

[112] Selon le premier principe, lorsqu'une loi ne traite pas entièrement d'une question relative à son objet, les tribunaux peuvent se tourner vers la common law pour interpréter son contenu (R. Sullivan, *The Construction of Statutes* (7^e éd. 2022), § 17.02). Dans un tel cas, la common law est présumée s'appliquer, en l'absence d'une preuve convaincante démontrant que le législateur a voulu modifier ou écarter celle-ci en adoptant la loi en question (Sullivan, § 17.02).

[113] The *Arbitration Act* does not define the term “party”. I acknowledge that the reference to a person claiming through a party to an arbitration agreement was removed from the stay provision in domestic arbitration legislation. But if this Court accepted the Receiver’s proposed interpretation, no non-signatory could ever be a party to an arbitration agreement under the *Arbitration Act*. This is because *all* non-signatories, whether they are agents, trustees in bankruptcy, receivers, or assignees, may claim *only* through or under a signatory, upon stepping into its contractual shoes. Such an interpretation would plainly undermine these foundational contractual doctrines. I see nothing in the legislative record or the text of the *Arbitration Act* to indicate that the legislature intended to change or displace the common law in such a radical manner.

[114] The second principle is that statutes such as the *Arbitration Act* and the *ICAA* must be interpreted harmoniously. As Gonthier J. held in *Therrien (Re)*, 2001 SCC 35, [2001] 2 S.C.R. 3, “[i]nterpretations favouring harmony between the various statutes enacted by the same government should indeed prevail. This presumption is even stronger when the statutes relate to the same subject matter” (para. 121; see also Sullivan, at § 13.04).

[115] This presumption further undermines the Receiver’s proposed interpretation of the term “party”. I do not accept that the removal of the reference to a person claiming through a party to an arbitration agreement from the stay provision in domestic arbitration legislation reflects a legislative intent to exclude all entities claiming through or under a party. The *ICAA* was passed concurrently with the *Arbitration Act* by the same legislature to deal with the same subject matter. The *ICAA* thus provides useful interpretive guidance in ascertaining the scope of the term “party” in the *Arbitration Act*. The term should be interpreted harmoniously under both statutes. In other words, a “party” under s. 15(1) of the *Arbitration Act* includes “a person claiming through or under a party”, in accordance with the definition in

[113] L’*Arbitration Act* ne définit pas le terme « partie ». Je reconnais que la mention d’une personne faisant une réclamation par l’entremise d’une partie à une convention d’arbitrage a été supprimée de la disposition relative à la suspension d’instance dans la loi sur l’arbitrage interne. Cependant, si notre Cour souscrivait à l’interprétation proposée par le Séquestre, aucun non-signataire ne serait considéré comme étant partie à une convention d’arbitrage en vertu de l’*Arbitration Act*. Il en est ainsi parce que *tous* les non-signataires, qu’ils soient mandataires, syndics de faillite, séquestres ou cessionnaires, peuvent faire une réclamation *uniquement* par l’entremise ou au nom d’un signataire lorsqu’ils succèdent au débiteur sur le plan contractuel. Une telle interprétation contredit manifestement ces principes fondamentaux en matière contractuelle. Je ne vois rien dans le dossier législatif ou le texte de l’*Arbitration Act* qui indique que le législateur a voulu modifier ou écarter la common law de manière aussi radicale.

[114] Suivant le deuxième principe, des lois telles que l’*Arbitration Act* et l’*ICAA* doivent être interprétées de façon harmonieuse. Comme l’a affirmé le juge Gonthier dans l’arrêt *Therrien (Re)*, 2001 CSC 35, [2001] 2 R.C.S. 3, « [l]’interprète des lois doit en effet favoriser l’harmonie des divers textes législatifs qui émanent d’une même autorité. Cette présomption se trouve renforcée lorsqu’on est en présence de lois qui portent sur la même matière » (par. 121; voir aussi Sullivan, § 13.04).

[115] Cette présomption vient miner davantage l’interprétation proposée par le Séquestre du terme « partie ». Je n’accepte pas que le fait que la mention d’une personne faisant une réclamation par l’entremise d’une partie à une convention d’arbitrage ait été supprimée de la disposition relative à la suspension d’instance dans la loi sur l’arbitrage interne reflète l’intention législative d’exclure toutes les entités qui font une réclamation par l’entremise ou au nom d’une partie. L’*ICAA* a été adoptée en même temps que l’*Arbitration Act* par la même législature afin de traiter de la même matière. Elle fournit donc des indices interprétatifs utiles pour déterminer la portée du terme « partie » dans l’*Arbitration Act*. Ce mot devrait être interprété de façon harmonieuse dans les deux lois. Autrement dit, une « partie » au sens du

s. 2(1) of the *ICAA*. As I explained above, this may include a court-appointed receiver claiming through or under a debtor.

(iii) Interpreting the Term “Party” as Including a Court-Appointed Receiver Claiming Through or Under a Debtor Is Consistent With a Central Purpose of the *Arbitration Act*

[116] Finally, accepting the Receiver’s interpretation would be inconsistent with a central purpose of the *Arbitration Act*: ensuring that parties abide by valid arbitration agreements.

[117] Indeed, the interpretation urged on us by the Receiver could effectively prevent arbitration of *any* dispute as soon as one of the contracting parties entered receivership. This would subvert the core arbitral principles of party autonomy, limited court intervention, and competence-competence. Most notably, commercial parties seeking to mitigate risk through arbitration agreements would be deprived of the dispute resolution mechanism they bargained for when they arguably need it the most: when their counterparty cannot meet its obligations due to insolvency. I decline to make such a wide-ranging finding.

[118] Accordingly, I conclude that a court-appointed receiver may be a party within the meaning of s. 15(1) of the *Arbitration Act* by claiming through or under a party to a valid arbitration agreement. In short, a receiver, like other non-signatories, may become bound by an arbitration agreement in accordance with ordinary principles of contract law.

par. 15(1) de l’*Arbitration Act* inclut « une personne qui fait une réclamation par l’entremise ou au nom d’une partie », conformément à la définition prévue au par. 2(1) de l’*ICAA*. Comme je l’ai déjà expliqué, cela comprend un séquestre nommé par le tribunal qui fait une réclamation par l’entremise ou au nom d’un débiteur.

(iii) Interpréter le terme « partie » de manière à inclure le séquestre nommé par le tribunal qui fait une réclamation par l’entremise ou au nom du débiteur est compatible avec l’objectif principal de l’*Arbitration Act*

[116] Troisièmement, retenir l’interprétation du Séquestre est incompatible avec l’objectif principal de l’*Arbitration Act* : veiller à ce que les parties respectent les conventions d’arbitrage valides.

[117] En fait, l’interprétation que le Séquestre nous demande d’adopter serait susceptible d’empêcher l’arbitrage de *tout* différend aussitôt que l’une des parties contractantes est mise sous séquestre. Cela ébranlerait les pierres angulaires de l’arbitrage que sont l’autonomie des parties, l’intervention limitée des tribunaux et le principe de compétence-compétence. Plus particulièrement, les parties commerciales cherchant à atténuer les risques au moyen de conventions d’arbitrage seraient privées du mécanisme de règlement des différends qu’elles ont négocié au moment où elles en ont sans doute le plus besoin, c’est-à-dire lorsqu’un cocontractant ne peut honorer ses obligations pour cause d’insolvabilité. Je refuse de tirer une conclusion d’une portée aussi large.

[118] Par conséquent, je conclus que le séquestre nommé par le tribunal peut être considéré comme une partie au sens du par. 15(1) de l’*Arbitration Act* lorsqu’il fait une réclamation par l’entremise ou au nom d’une partie à une convention d’arbitrage valide. En somme, conformément aux principes ordinaires du droit des contrats, un séquestre, tout comme d’autres non-signataires, peut se voir lié par une convention d’arbitrage.

(c) *Section 15(2) — Disclaimer Cannot Render an Arbitration Agreement “Void, Inoperative or Incapable of Being Performed”*

[119] The third interpretive issue flows from the second. If a court-appointed receiver can be a party to a debtor’s pre-existing arbitration agreement, can it nevertheless avoid the obligation to arbitrate by initiating court proceedings under the main contract? In other words, can a receiver unilaterally disclaim an arbitration agreement, thereby rendering it “void, inoperative or incapable of being performed” within the meaning of s. 15(2) of the *Arbitration Act*?

[120] The Court of Appeal appeared to answer this question in the affirmative. It concluded that, even if a court-appointed receiver could be a party to a debtor’s arbitration agreement, it would have the power to disclaim that agreement by commencing court proceedings and thereby render an otherwise valid arbitration agreement void, inoperative, or incapable of being performed within the meaning of s. 15(2). The Receiver endorses the Court of Appeal’s reasoning.

[121] In my respectful view, the Court of Appeal erred in its interpretation of s. 15(2), for two reasons.

[122] First, the Court of Appeal’s analysis rested on a palpable and overriding error. The Receiver conceded before the Court of Appeal, as it does in this Court, that it “has not expressly disclaimed” the Arbitration Agreements (R.F., at para. 102; A.F., Appendix B, at paras. 3 and 13). During the oral hearing before this Court, counsel for the Receiver reiterated this concession. Thus, the Receiver has not disclaimed the Arbitration Agreements by commencing court proceedings. Therefore, the Court of Appeal’s interpretation of s. 15(2) cannot stand.

[123] Second, and even setting the Court of Appeal’s factual error aside, I agree with Peace River that a receiver’s unilateral disclaimer cannot render an arbitration agreement void, inoperative, or incapable of being performed. In *Seidel*, LeBel and Deschamps JJ.

c) *Paragraphe 15(2) — La renonciation ne peut rendre une convention d’arbitrage « nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée »*

[119] La troisième question d’interprétation découle de la deuxième. Si le séquestre nommé par le tribunal peut être considéré comme étant partie à la convention d’arbitrage du débiteur, peut-il néanmoins échapper à l’obligation d’arbitrage en intentant une procédure judiciaire fondée sur le contrat principal? Autrement dit, un séquestre peut-il renoncer unilatéralement à une convention d’arbitrage, la rendant ainsi « nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée » au sens du par. 15(2) de l’*Arbitration Act*?

[120] La Cour d’appel semble avoir répondu à cette question par l’affirmative. Elle a conclu que, même si le séquestre nommé par le tribunal pouvait être considéré comme étant partie à la convention d’arbitrage du débiteur, il aurait le pouvoir de renoncer à cette convention en intentant une procédure judiciaire, rendant ainsi nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée au sens du par. 15(2) une convention d’arbitrage par ailleurs valide. Le Séquestre souscrit au raisonnement de la Cour d’appel.

[121] À mon humble avis, la Cour d’appel a commis une erreur dans son interprétation du par. 15(2), et ce, pour deux raisons.

[122] Premièrement, la conclusion de la Cour d’appel repose sur une erreur manifeste et déterminante. Le Séquestre a concédé devant la Cour d’appel, comme il le fait devant notre Cour, qu’il [TRADUCTION] « n’a pas expressément renoncé » aux Conventions d’arbitrage (m.i., par. 102; m.a., annexe B, par. 3 et 13). Pendant l’audience tenue devant notre Cour, l’avocate du Séquestre a réitéré cette concession. Le Séquestre n’a donc pas renoncé aux Conventions d’arbitrage en introduisant une procédure judiciaire. Par conséquent, l’interprétation donnée par la Cour d’appel au par. 15(2) ne peut être retenue.

[123] Deuxièmement, et même en mettant de côté l’erreur factuelle commise par la Cour d’appel, je conviens avec Peace River que la renonciation unilatérale par un séquestre ne peut rendre une convention d’arbitrage nulle, inopérante ou non susceptible

(dissenting, but not on this point) held that the terms “void”, “inoperative”, and “incapable of being performed” in s. 15(2) should be interpreted “narrowly” to prevent parties from avoiding arbitration in favour of what they view as a “preferable procedure” (paras. 117-18). I agree with the Chartered Institute of Arbitrators (Canada) Inc. that allowing a receiver to avoid arbitration by unilaterally disclaiming a debtor’s pre-existing arbitration agreement conflicts with the text and intent of s. 15 and “diminishes the presumptive enforceability and overall predictability of arbitration agreements, which was the purpose for Canada ratifying the New York Convention and for British Columbia adopting the Model Law” (I.F., at para. 9).

[124] As s. 15(2) makes plain, the sole basis upon which a party may sue to enforce a contract and yet avoid the obligation to arbitrate is that the arbitration agreement has been found by a court to be void, inoperative, or incapable of being performed. Preferably, court-appointed receivers should seek such a judicial determination by bringing a motion for directions before the supervising court (see, e.g., *Canada (Attorney General) v. Reliance Insurance Co.* (2007), 87 O.R. (3d) 42 (S.C.J.), at paras. 7, 9 and 21). I note that the Receiver did not bring such a motion before the Alberta Court of Queen’s Bench, the supervising court with carriage of this matter. Instead, it filed a civil claim in the Supreme Court of British Columbia. Contrary to the Court of Appeal’s reasoning, I do not accept that the bare act of filing suit in a court unfamiliar with the insolvency proceedings is a sufficient basis on which to find an arbitration agreement unenforceable under s. 15(2). Given the clear expression of legislative will in favour of arbitral jurisdiction embodied in the *Arbitration Act*, the enforceability of an otherwise valid arbitration agreement should not be subject to the whims of any single party, even a court-appointed receiver.

d’être exécutée. Dans l’arrêt *Seidel*, les juges LeBel et Deschamps (dissidents, mais non sur ce point) ont conclu que les termes « nulle », « inopérante » et « non susceptible d’être exécutée » figurant au par. 15(2) devraient être interprétés « de façon restrictive » pour empêcher les parties d’éviter l’arbitrage en faveur de ce qu’elles considèrent comme une « meilleure procédure » (par. 117-118). Je conviens avec la Chartered Institute of Arbitrators (Canada) Inc. que permettre à un séquestre d’éviter l’arbitrage en renonçant unilatéralement à la convention d’arbitrage préexistante du débiteur est incompatible avec le libellé et l’objet de l’art. 15. Qui plus est, un tel résultat aurait pour effet de [TRADUCTION] « diminuer le caractère exécutoire présumé et la prévisibilité globale des conventions d’arbitrage, ce qui était l’objectif du Canada en ratifiant la Convention de New York et de la Colombie-Britannique en adoptant la Loi type » (m. interv., par. 9).

[124] Comme l’indique clairement le par. 15(2), une partie ne peut tenter une poursuite en vue de faire exécuter un contrat et échapper à l’obligation d’arbitrage que si un tribunal conclut que la convention d’arbitrage est nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée. Il serait préférable que les séquestres nommés par le tribunal sollicitent une telle décision judiciaire en présentant une requête pour directives devant le tribunal de surveillance (voir, p. ex., *Canada (Attorney General) c. Reliance Insurance Co.* (2007), 87 O.R. (3d) 42 (C.S.J.), par. 7, 9 et 21). Je souligne que le Séquestre n’a pas présenté pareille requête devant la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta, le tribunal de surveillance chargé de la présente affaire. Il a plutôt déposé une poursuite civile devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Contrairement à la Cour d’appel, je n’accepte pas que le simple fait de déposer une poursuite devant un tribunal qui est peu familier avec les procédures d’insolvabilité constitue un motif suffisant pour conclure qu’une convention d’arbitrage est inexécutoire en vertu du par. 15(2). Compte tenu du choix législatif clairement favorable à la compétence arbitrale qui est consacré par l’*Arbitration Act*, le caractère exécutoire d’une convention d’arbitrage par ailleurs valide ne devrait pas être sujet aux caprices d’une partie, pas même à ceux d’un séquestre nommé par le tribunal.

[125] Rather, where a court-appointed receiver attempts to initiate court proceedings without prior judicial approval in a dispute covered by a valid arbitration agreement, the court must decide whether to exercise its jurisdiction arising from the *BIA* to decline to enforce the arbitration agreement under s. 15 of the *Arbitration Act*. This requires a proper reading of the words “void, inoperative or incapable of being performed” in accordance with the modern approach to statutory interpretation and in light of the relevant insolvency policy interests. The Court of Appeal did not set out its reasoning in this regard. Accordingly, I turn now to this interpretive exercise.

(d) *Section 15(2) — A Court May Find an Arbitration Agreement “Inoperative” Due to a Receivership*

[126] The final interpretive issue lies at the heart of this appeal. It boils down to the following question: Where the technical prerequisites in s. 15(1) of the *Arbitration Act* are met, does s. 15(2) give a court the power to refuse a stay under s. 15(2) by finding that an arbitration agreement has become “inoperative” or “incapable of being performed” because of court-ordered receivership proceedings?

[127] According to Peace River, the answer is no. It accepts that s. 15(2) requires a court to assess whether an arbitration agreement is “void, inoperative or incapable of being performed”. However, it argues that these terms must be narrowly interpreted and that courts do not have the power to “simply render” otherwise valid arbitration agreements inoperative or incapable of being performed, whether by virtue of their statutory jurisdiction over receiverships under s. 243 of the *BIA* or by virtue of the inherent jurisdiction to oversee bankruptcy and insolvency proceedings preserved in s. 183 of the *BIA*. Peace River says that even if such a power existed under the *BIA*, it would conflict with s. 15 of the *Arbitration Act*, thus creating a paramountcy conflict between

[125] Lorsque le séquestre nommé par le tribunal cherche à intenter une action sans autorisation judiciaire préalable dans un différend visé par une convention d'arbitrage valide, le tribunal doit plutôt décider s'il doit exercer sa compétence découlant de la *LFI* de refuser d'exécuter la convention d'arbitrage en application de l'art. 15 de l'*Arbitration Act*. Il faut alors bien interpréter les mots « nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée » conformément à la méthode moderne d'interprétation législative et à la lumière des principes pertinents en matière d'insolvabilité. La Cour d'appel n'a pas exposé son raisonnement à cet égard. J'entreprends donc maintenant cet exercice d'interprétation.

d) *Paragraphe 15(2) — Le tribunal peut conclure qu'une convention d'arbitrage est « inopérante » en raison d'une mise sous séquestre*

[126] La dernière question d'interprétation est au cœur du présent pourvoi. Elle se résume ainsi : lorsque les conditions préliminaires énoncées au par. 15(1) de l'*Arbitration Act* sont remplies, le par. 15(2) confère-t-il au tribunal le pouvoir de refuser la suspension d'instance prévue au par. 15(2) en concluant que la convention d'arbitrage est devenue « inopérante » ou « non susceptible d'être exécutée » en raison d'une procédure de mise sous séquestre ordonnée par le tribunal?

[127] Selon Peace River, la réponse est non. Elle reconnaît que le par. 15(2) exige que le tribunal évalue si la convention d'arbitrage est « nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée ». Cependant, elle soutient que ces termes doivent être interprétés de façon restrictive et que les tribunaux n'ont pas le pouvoir de [TRADUCTION] « simplement rendre » inopérantes ou non susceptibles d'être exécutées des conventions d'arbitrage par ailleurs valides, que ce soit dans l'exercice de leur compétence en matière de mise sous séquestre conférée par l'art. 243 de la *LFI* ou dans l'exercice de la compétence inhérente de surveiller les procédures de faillite et d'insolvabilité énoncée à l'art. 183 de la *LFI*. Peace River affirme que, même si un tel pouvoir existait sous le régime de

federal legislation and provincial legislation, which the Receiver fails to address.

[128] The Receiver takes a more nuanced view. It agrees with Peace River that there was no need for the chambers judge to rely on inherent jurisdiction. Instead, it argues that s. 15(2) of the *Arbitration Act* grants a court the authority, in certain circumstances, to find an otherwise valid arbitration clause inoperative or incapable of being performed in the context of bankruptcy or insolvency proceedings. It says that this power is “also founded” in a court’s statutory jurisdiction pursuant to ss. 183(1) and 243 of the *BIA* (R.F., at para. 118). Since s. 15 expressly authorizes a court to decline a stay in favour of arbitration on the basis that an arbitration agreement is inoperative or incapable of being performed, there is no conflict between federal law and provincial law to be resolved through the doctrine of federal paramountcy. This submission was endorsed by several interveners in this appeal, including the Chartered Institute of Arbitrators and the Insolvency Institute of Canada.

[129] I agree with the Receiver and the above-noted interveners. A court may find an arbitration agreement inoperative where arbitration would compromise the orderly and efficient resolution of a receivership. Accordingly, there is no conflict between the provincial *Arbitration Act* and the federal *BIA* giving rise to paramountcy concerns.

[130] As I will explain, this interpretation is supported by (a) the text, scheme, and purposes of the *Arbitration Act*; (b) the judicial and academic treatment of the term “inoperative”; and (c) the broad statutory jurisdiction conferred on superior courts in bankruptcy and insolvency matters, such as court-ordered receiverships under s. 243 of the *BIA*. I will then conclude by outlining several non-exhaustive factors to guide courts in determining whether an

la *LFI*, celui-ci serait incompatible avec l’art. 15 de l’*Arbitration Act*, ce qui entraînerait un conflit entre une loi fédérale et une loi provinciale au sens de la doctrine de la prépondérance fédérale. Cette question n’a pas été abordée par le Séquestre.

[128] Le Séquestre adopte une position plus nuancée. Il convient avec Peace River qu’il n’était pas nécessaire pour la juge en chambre de s’appuyer sur la compétence inhérente du tribunal. Il soutient plutôt que le par. 15(2) de l’*Arbitration Act* confère au tribunal le pouvoir, dans certaines circonstances, de conclure qu’une clause d’arbitrage par ailleurs valide est inopérante ou non susceptible d’être exécutée dans le contexte d’une procédure de faillite ou d’insolvabilité. Il affirme que ce pouvoir [TRADUCTION] « découle également » de la compétence du tribunal prévue au par. 183(1) et à l’art. 243 de la *LFI* (m.i., par. 118). Comme l’art. 15 autorise expressément le tribunal à refuser de suspendre l’instance en faveur de l’arbitrage au motif que la convention d’arbitrage est inopérante ou non susceptible d’être exécutée, il n’existe aucun conflit entre une loi fédérale et une loi provinciale au sens de la doctrine de la prépondérance fédérale. Plusieurs intervenants dans le présent pourvoi, notamment la Chartered Institute of Arbitrators et l’Insolvency Institute of Canada, partagent cet avis.

[129] Je suis d’accord avec le Séquestre et les intervenants nommés ci-haut. Le tribunal peut conclure qu’une convention d’arbitrage est inopérante lorsque l’arbitrage compromettrait le règlement ordonné et efficace de la mise sous séquestre. Par conséquent, il n’existe aucun conflit entre l’*Arbitration Act* provinciale et la *LFI* fédérale soulevant des questions de prépondérance fédérale.

[130] Comme je l’expliquerai plus loin, cette interprétation s’appuie sur a) le texte, l’économie et les objectifs de l’*Arbitration Act*; b) le traitement par les tribunaux et la doctrine du terme « inopérante »; et c) les vastes pouvoirs conférés par la loi aux cours supérieures dans les procédures de faillite et d’insolvabilité, incluant les mises sous séquestre ordonnées par le tribunal en vertu de l’art. 243 de la *LFI*. Je conclurai ensuite en exposant plusieurs facteurs non

arbitration agreement is inoperative due to parallel bankruptcy or insolvency proceedings.

- (i) The Text, Scheme, and Purposes of the Arbitration Act Permit Courts to Find Arbitration Agreements “Inoperative” in the Insolvency Context

[131] When the modern approach to statutory interpretation is applied, it is clear that courts have the power to decline a stay in favour of arbitration under s. 15(2) of the *Arbitration Act* even where all the technical prerequisites in s. 15(1) are met.

[132] Both Peace River and the Receiver agree that, plainly read, s. 15(2) requires a court to assess whether an arbitration agreement is “void, inoperative or incapable of being performed” before granting a stay in favour of arbitration. This language is drawn from the Model Law, art. 8(1) of which states that a court “shall” refer the parties to arbitration unless it finds that the arbitration agreement is “null and void, inoperative or incapable of being performed”. Similar language is also found in art. II(3) of the New York Convention. This language is commonly understood as requiring the court to pronounce upon the validity and enforceability of the arbitration agreement before referring the dispute to the arbitrator (McEwan and Herbst, at § 3:55, citing *Heyman v. Darwins, Ltd.*, [1942] A.C. 356 (H.L.); *Kaverit Steel and Crane Ltd. v. Kone Corp.* (1992), 87 D.L.R. (4th) 129 (Alta. C.A.)).

[133] That said, courts must be careful not to overstep their role on a stay application under s. 15. They must bear in mind the competence-competence principle, the intention of the parties to refer their disputes to arbitration, and the legislative purposes underlying the *Arbitration Act*. As I have noted, the text and scheme of s. 15 make it *mandatory* for a court to defer to arbitral jurisdiction where the technical prerequisites in s. 15(1) are met, subject only

exhaustifs devant guider les tribunaux lorsqu’ils sont appelés à décider si une convention d’arbitrage est inopérante en raison d’une procédure de faillite ou d’insolvabilité parallèle.

- (i) Le texte, l’économie et les objectifs de l’Arbitration Act permettent aux tribunaux de conclure que des conventions d’arbitrage sont « inopérantes » dans le contexte d’une insolvabilité

[131] En appliquant la méthode moderne d’interprétation législative, il est clair que les tribunaux ont le pouvoir de refuser une suspension d’instance en faveur de l’arbitrage en vertu du par. 15(2) de l’*Arbitration Act*, même lorsque toutes les conditions préliminaires prévues au par. 15(1) sont remplies.

[132] Peace River et le Séquestre sont tous deux d’accord pour dire que le libellé du par. 15(2) exige que le tribunal évalue si la convention d’arbitrage est « nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée » avant de suspendre l’instance en faveur de l’arbitrage. Le libellé du par. 15(2) est tiré de l’art. 8(1) de la Loi type, qui prévoit que le tribunal « renverra » (« *shall refer* » dans la version anglaise) les parties à l’arbitrage à moins de constater que la convention d’arbitrage est « caduque, inopérante ou non susceptible d’être exécutée ». Un libellé semblable se trouve à l’art. II(3) de la Convention de New York. Le libellé en question est généralement interprété de manière à exiger que le tribunal se prononce sur la validité et le caractère exécutoire de la convention d’arbitrage avant de renvoyer le différend à l’arbitre (McEwan et Herbst, § 3:55, citant *Heyman c. Darwins, Ltd.*, [1942] A.C. 356 (H.L.); *Kaverit Steel and Crane Ltd. c. Kone Corp.* (1992), 87 D.L.R. (4th) 129 (C.A. Alb.)).

[133] Cela dit, les tribunaux doivent prendre garde de ne pas outrepasser leur rôle dans le cadre d’une demande de suspension d’instance fondée sur l’art. 15. Ils ne doivent pas perdre de vue le principe de compétence-compétence, l’intention des parties de soumettre leurs différends à l’arbitrage et les objectifs législatifs qui sous-tendent l’*Arbitration Act*. Comme je l’ai souligné, le texte et l’économie de l’art. 15 *obligent* le tribunal à faire montre de déférence à l’endroit de

to the narrow statutory exceptions in s. 15(2). This deferential approach accords with the purposes of the *Arbitration Act*, which were identified by the enacting legislature as follows: (a) providing a “simpler, faster, less expensive and less formal process” for resolving disputes, thereby minimizing costly and time-consuming court procedures; and (b) limiting judicial review in respect of disputes that parties have agreed to resolve by arbitration (British Columbia, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 16, No. 7, 4th Sess., 33rd Parl., April 21, 1986, at p. 7865 (Hon. Brian Smith, Attorney General)).

[134] In the typical case, both legislative objectives will be served by holding the parties to their agreement to arbitrate. Indeed, a narrow interpretation of the words “void, inoperative or incapable of being performed” promotes the enforcement of arbitration agreements, which generally leads to streamlined dispute resolution with minimal judicial intervention (see *Seidel*, at para. 117; S. Kröll, “The ‘Incapable of Being Performed’ Exception in Article II(3) of the New York Convention”, in E. Gaillard, D. Di Pietro and N. Leleu-Knobil, eds., *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (2008), 323, at p. 324).

[135] But when do these narrow statutory exceptions apply? The terms “void”, “inoperative”, and “incapable of being performed” are not defined in the *Arbitration Act*, nor in the Model Law or the New York Convention from which they originate. It is therefore necessary to briefly define each term.

1. “Void”

[136] The meaning of the term “void” is relatively settled. An arbitration agreement will be considered void only in the rare circumstances where it is “intrinsically defective” (and therefore void *ab initio*) according to the usual rules of contract law, including when it is undermined by fraud, undue

la compétence arbitrale lorsque les conditions préliminaires du par. 15(1) sont remplies, sous réserve uniquement des exceptions restreintes prévues au par. 15(2). Cette approche empreinte de déférence s’accorde avec les objectifs visés par l’*Arbitration Act*, lesquels ont ainsi été décrits par la législature qui l’a édictée : a) fournir un [TRADUCTION] « processus plus simple, plus rapide, moins coûteux et moins formel » pour régler les différends, ce qui permet de réduire les procédures judiciaires coûteuses et longues; et b) limiter le contrôle judiciaire à l’égard des différends que les parties ont convenu de régler par voie d’arbitrage (Colombie-Britannique, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 16, n° 7, 4^e sess., 33^e lég., 21 avril 1986, p. 7865 (l’hon. Brian Smith, procureur général)).

[134] En règle générale, les deux objectifs législatifs seront servis en obligeant les parties à respecter leur convention d’arbitrage. En effet, une interprétation restrictive des termes « nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée » favorise l’exécution des conventions d’arbitrage, ce qui mène généralement à la résolution simplifiée des différends avec une intervention judiciaire minimale (voir *Seidel*, par. 117; S. Kröll, « The “Incapable of Being Performed” Exception in Article II(3) of the New York Convention », dans E. Gaillard, D. Di Pietro et N. Leleu-Knobil, dir., *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards : The New York Convention in Practice* (2008), 323, p. 324).

[135] Mais dans quels cas ces exceptions statutaires restreintes s’appliquent-elles? Les mots « nulle », « inopérante » et « non susceptible d’être exécutée » ne sont pas définis dans l’*Arbitration Act*, ni dans la Loi type ou dans la Convention de New York d’où ils émanent. Il est donc nécessaire de définir brièvement chacun de ces termes.

1. « Nulle »

[136] Le sens du terme « nulle » est relativement établi. Une convention d’arbitrage ne sera considérée nulle que dans les rares circonstances où elle est [TRADUCTION] « intrinsèquement défectueuse » (et donc nulle *ab initio*) conformément aux règles habituelles du droit des contrats, notamment lorsqu’elle

influence, unconscionability, duress, mistake, or misrepresentation (C. B. Lamm and J. K. Sharpe, “Inoperative Arbitration Agreements Under the New York Convention”, in E. Gaillard, D. Di Pietro and N. Leleu-Knobil, eds., *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (2008), 297, at p. 300; McEwan and Herbst, at § 3:56; Casey, at ch. 3.7.1). The Supreme Court of British Columbia has confirmed that the term “void” in s. 15(2) of the *Arbitration Act* provides a court with a narrow discretion to decline a stay where there are “sufficient materials before the court on which to base a summary determination that the arbitration agreement itself is void” on one or more of the recognized grounds (*James v. Thow*, 2005 BCSC 809, 5 B.L.R. (4th) 315, at para. 99). There is no dispute that the Arbitration Agreements in the present case are not void within the meaning of s. 15(2).

2. “Inoperative”

[137] Less settled — and more significant to the case at bar — is the proper interpretation of the terms “inoperative” and “incapable of being performed”, particularly in the context of a bankruptcy or insolvency. I turn first to the meaning of “inoperative”.

[138] The term “inoperative” has no universal common law definition (*Prince George (City) v. McElhanney Engineering Services Ltd.* (1995), 9 B.C.L.R. (3d) 368 (C.A.), at para. 33, citing M. J. Mustill and S. C. Boyd, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England* (2nd ed. 1989), at pp. 464-65). In arbitration law, however, the term has been used to describe arbitration agreements which, although not void *ab initio*, “have ceased for some reason to have future effect” or “have become inapplicable to the parties and their dispute” (McEwan and Herbst, at § 3:57; Lamm and Sharpe, at p. 301; see also Casey, at ch. 3.7.2).

est minée par la fraude, l’abus d’influence, l’iniquité, la contrainte, l’erreur ou la fausse représentation (C. B. Lamm et J. K. Sharpe, « Inoperative Arbitration Agreements Under the New York Convention », dans E. Gaillard, D. Di Pietro et N. Leleu-Knobil, dir., *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards : The New York Convention in Practice* (2008), 297, p. 300; McEwan et Herbst, § 3:56; Casey, c. 3.7.1). La Cour suprême de la Colombie-Britannique a confirmé que le mot « nulle » figurant au par. 15(2) de l’*Arbitration Act* confère au tribunal un pouvoir discrétionnaire limité qui lui permet de refuser une suspension d’instance quand il [TRADUCTION] « dispose de suffisamment de preuve pour rendre un jugement sommaire selon lequel la convention d’arbitrage est en soi nulle » pour un ou plusieurs des motifs reconnus (*James c. Thow*, 2005 BCSC 809, 5 B.L.R. (4th) 315, par. 99). Nul ne conteste que les Conventions d’arbitrage en l’espèce ne sont pas nulles au sens du par. 15(2).

2. « Inopérante »

[137] Ce qui est moins évident — et ce qui est plus important en l’espèce — se rapporte à l’interprétation qu’il convient de donner aux termes « inopérante » et « non susceptible d’être exécutée », en particulier dans le contexte d’une faillite ou d’une insolvabilité. Je me penche d’abord sur le sens à donner au mot « inopérante ».

[138] Le terme « inopérante » n’a aucune définition universelle en common law (*Prince George (City) c. McElhanney Engineering Services Ltd.* (1995), 9 B.C.L.R. (3d) 368 (C.A.), par. 33, citant M. J. Mustill et S. C. Boyd, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England* (2^e éd. 1989), p. 464-465). Cependant, en droit de l’arbitrage, le terme est employé pour décrire les conventions d’arbitrage qui, bien qu’elles ne soient pas nulles *ab initio*, [TRADUCTION] « ont cessé, pour une raison quelconque, de produire leurs effets dans le futur » ou « sont devenues inapplicables aux parties et à leur différend » (McEwan et Herbst, § 3:57; Lamm et Sharpe, p. 301; voir aussi Casey, c. 3.7.2).

[139] Possible reasons for finding an arbitration agreement inoperative include frustration, discharge by breach, waiver, or a subsequent agreement between the parties. The cases interpreting s. 15(2) of the *Arbitration Act* make it clear that matters such as inconvenience, multiple parties, intertwining of issues with non-arbitrable disputes, possible increased cost, and potential delay generally will not, standing alone, be grounds to find an arbitration agreement inoperative (*Prince George*, at para. 37; *MacKinnon v. National Money Mart Co.*, 2004 BCCA 473, 50 B.L.R. (3d) 291, at para. 34). Indeed, like all the statutory exceptions, the exception for an inoperative arbitration agreement is to be narrowly interpreted, with the party seeking to avoid arbitration bearing the heavy onus of showing that it applies. This serves “the interests of freedom of contract, international comity and expected efficiency and cost-savings” from enforcing otherwise valid arbitration agreements (McEwan and Herbst, at § 3:57; *MacKinnon*, at para. 36).

[140] The application of this exception where the defendant in litigation that has been commenced is subject to bankruptcy or insolvency protection is straightforward. For instance, the making of a winding-up order or a receivership order may be grounds for a court to find an arbitration agreement inoperative (Casey, at ch. 7.18.2; McEwan and Herbst, at § 3:57). Indeed, in either scenario, all proceedings *against* the debtor are stayed under the applicable bankruptcy or insolvency legislation. Accordingly, an agreement to arbitrate ceases, in most circumstances, to have effect for the future and may not be relied upon. It is inoperative, and the matter is left to be resolved in the relevant bankruptcy or insolvency proceedings.

[141] This is not to say that a court *must* decline a stay in favour of arbitration based on inoperability in these circumstances. As Casey notes, it “may well

[139] Parmi les raisons permettant de conclure qu’une convention d’arbitrage est inopérante, mentionnons l’inexécutabilité, la rupture pour cause d’inexécution, la renonciation ou une entente ultérieure entre les parties. Il ressort clairement de la jurisprudence portant sur l’interprétation du par. 15(2) de l’*Arbitration Act* que les éléments tels que les inconvénients, la multiplicité des parties, l’entrelacement de questions avec des différends non arbitrables, la possibilité de coûts plus élevés et les délais possibles ne constitueront généralement pas, à eux seuls, des motifs permettant de conclure qu’une convention d’arbitrage est inopérante (*Prince George*, par. 37; *MacKinnon c. National Money Mart Co.*, 2004 BCCA 473, 50 B.L.R. (3d) 291, par. 34). En effet, comme toutes les exceptions prévues par la loi, l’exception relative à une convention d’arbitrage inopérante doit être interprétée de façon restrictive et la partie qui cherche à échapper à l’arbitrage porte le lourd fardeau de démontrer qu’elle s’applique. Cela favorise [TRADUCTION] « l’intérêt de la liberté contractuelle, de la courtoisie internationale, et de l’efficacité et des économies attendues » de l’exécution de conventions d’arbitrage par ailleurs valides (McEwan et Herbst, § 3:57; *MacKinnon*, par. 36).

[140] L’application de cette exception est peu controversée lorsque le défendeur dans une poursuite bénéficie de la protection en matière de faillite ou d’insolvabilité. Par exemple, le tribunal peut conclure qu’une convention d’arbitrage est inopérante au motif qu’une ordonnance de mise en liquidation ou de mise sous séquestre a été rendue (Casey, c. 7.18.2; McEwan et Herbst, § 3:57). En effet, dans l’une ou l’autre de ces hypothèses, toutes les procédures engagées *contre* le débiteur sont suspendues en vertu des dispositions législatives applicables en matière de faillite ou d’insolvabilité. Par conséquent, la convention d’arbitrage cesse, dans la plupart des cas, de produire ses effets pour l’avenir et ne peut être invoquée. Elle est inopérante et la question doit être tranchée dans le cadre de la procédure de faillite ou d’insolvabilité.

[141] Cela ne signifie pas pour autant que le tribunal *doit*, dans ces circonstances, refuser de suspendre l’instance en faveur de l’arbitrage en raison

be that the bankruptcy judge will refer the matter to arbitration as the most expeditious way to prove the creditor's claim" (ch. 7.18.2). As I will explain further below, the court must assess, in light of all the circumstances, whether to refer the matter to arbitration or to maintain centralized judicial oversight.

[142] It must be noted, however, that the term "inoperative" may not always cover scenarios where a court-appointed creditor representative, like a receiver, *initiates* court proceedings on behalf of a debtor. This is because insolvency law generally stays legal claims *brought against* a debtor under court protection, while permitting claims *brought on its behalf* to proceed, in the interest of maximizing creditor recovery and salvaging the debtor's business as a going concern. Again, in these circumstances, the court must assess whether to permit the receiver to proceed with the debtor's claim in court rather than through the arbitral process bargained for by the parties.

[143] A helpful example of inoperability in the insolvency context is provided by *Reliance*. In that case, a liquidator appointed under the *Winding-up and Restructuring Act*, R.S.C. 1985, c. W-11 ("WURA"), initiated court proceedings to collect monies allegedly owed to the debtor by third parties. The third parties invoked their arbitration agreements with the debtor and asked the court to refer the dispute to arbitration. Pepall J. (as she then was) concluded that, in these circumstances, the arbitration agreements ceased to have future effect and were inoperative within the meaning of the applicable arbitration legislation. To hold otherwise would have compromised the "expeditious and inexpensive" resolution of the insolvency proceedings, contrary to the *WURA* (para. 34). Pepall J. observed that referral to arbitration would result in undue delay given the "three separate adjudications" that would be required under the arbitration

du caractère inopérant de la convention d'arbitrage. Comme le fait remarquer Casey, il [TRADUCTION] « se peut fort bien que le juge de faillite renvoie l'affaire à l'arbitrage, car il s'agit de la manière la plus rapide de prouver la réclamation du créancier » (c. 7.18.2). Comme je l'expliquerai plus en détail ci-après, le tribunal doit évaluer, à la lumière de toutes les circonstances, s'il convient de renvoyer l'affaire à l'arbitrage ou de maintenir une surveillance judiciaire centralisée.

[142] Il faut souligner, cependant, qu'il se peut que le terme « inopérante » ne vise pas toujours les cas où un représentant des créanciers nommé par le tribunal, comme un séquestre, *introduit* une procédure judiciaire au nom d'un débiteur. Il en est ainsi parce que, généralement, en droit de l'insolvabilité, les réclamations en justice *présentées contre* un débiteur sous la protection du tribunal sont suspendues, alors que les réclamations *présentées en son nom* peuvent se poursuivre, et ce, dans le but de maximiser le recouvrement au profit des créanciers et de préserver l'entreprise en continuité d'exploitation. Encore une fois, dans ces circonstances, le tribunal doit se demander s'il y a lieu de permettre au séquestre de traiter la réclamation du débiteur devant les tribunaux plutôt qu'au moyen du processus arbitral négocié par les parties.

[143] La décision *Reliance* offre un exemple utile du caractère inopérant de conventions d'arbitrage dans le contexte de l'insolvabilité. Dans cette affaire, un liquidateur nommé en vertu de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, L.R.C. 1985, c. W-11 (« *LLR* »), a intenté une procédure judiciaire pour recouvrer des sommes que des tiers devaient, selon lui, à la débitrice. Les tiers ont invoqué leur convention d'arbitrage avec la débitrice et ont demandé au tribunal de renvoyer le différend à l'arbitrage. La juge Pepall (maintenant juge à la Cour d'appel de l'Ontario) a conclu que, dans ces circonstances, les conventions d'arbitrage cessaient de produire leurs effets pour l'avenir et étaient inopérantes au sens des dispositions législatives applicables en matière d'arbitrage. Conclure autrement aurait compromis le règlement [TRADUCTION] « rapide et peu coûteux » des procédures d'insolvabilité, en contravention de la

agreements, and also pointed to the “attendant danger of inconsistent rulings” (para. 34).

3. “Incapable of Being Performed”

[144] An arbitration agreement is considered “incapable of being performed” where “the arbitral process cannot effectively be set in motion” because of a physical or legal impediment beyond the parties’ control (McEwan and Herbst, at § 3:58; Casey, at ch. 3.7.3; *Prince George*, at para. 35; Lamm and Sharpe, at p. 300; Kröll, at p. 326; van den Berg, at p. 159; D. Schramm, E. Geisinger and P. Pinsolle, “Article II”, in H. Kronke et al., eds., *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (2010), 37, at p. 108).

[145] Physical impediments rendering an arbitration agreement incapable of being performed may include the following: (a) inconsistencies, inherent contradictions, or vagueness in the arbitration agreement that cannot be remedied by interpretation or other contractual techniques; (b) the non-availability of the arbitrator specified in the agreement; (c) the dissolution or non-existence of the chosen arbitration institution; or (d) political or other circumstances at the seat of arbitration rendering arbitration impossible (McEwan and Herbst, at § 3:58; Casey, at ch. 3.7.3; van den Berg, at p. 159; Kröll, at pp. 330-42). In all these circumstances, the arbitration agreement is incapable of being performed because it is impossible for the parties to obtain the specific arbitral procedures for which they bargained. Importantly, financial impecuniosity alone does not render an arbitration agreement incapable of being performed (D. St. John Sutton, J. Gill and M. Gearing, *Russell on Arbitration* (24th ed. 2015), at p. 379; Casey, at ch. 3.5.1; D. Joseph, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and Their Enforcement* (2nd ed. 2010), at p. 355). Legal impediments may also lead to an incapacity to perform an arbitration agreement. For example, an arbitration agreement may be incapable of being performed because the subject matter of the

LLR (par. 34). La juge Pepall a fait remarquer qu’un renvoi à l’arbitrage entraînerait un retard indu en raison des [TRADUCTION] « trois sentences distinctes » qui seraient requises en vertu des conventions d’arbitrage, et a également souligné le « danger connexe de décisions contradictoires » (par. 34).

3. « Non susceptible d’être exécutée »

[144] Une convention d’arbitrage est considérée comme « non susceptible d’être exécutée » lorsque [TRADUCTION] « le processus arbitral ne peut être efficacement mis en œuvre » en raison d’un obstacle physique ou juridique indépendant de la volonté des parties (McEwan et Herbst, § 3:58; Casey, c. 3.7.3; *Prince George*, par. 35; Lamm et Sharpe, p. 300; Kröll, p. 326; van den Berg, p. 159; D. Schramm, E. Geisinger et P. Pinsolle, « Article II », dans H. Kronke et autres, dir., *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards : A Global Commentary on the New York Convention* (2010), 37, p. 108).

[145] Les obstacles physiques qui rendent une convention d’arbitrage non susceptible d’être exécutée peuvent inclure : a) des incohérences, des contradictions inhérentes ou des imprécisions dans la convention d’arbitrage auxquelles l’interprétation ou d’autres techniques contractuelles ne peuvent remédier; b) la non-disponibilité de l’arbitre désigné dans la convention; c) la dissolution ou l’inexistence de l’institution d’arbitrage choisie; ou d) des circonstances politiques ou autres au siège de l’arbitrage qui rendent l’arbitrage impossible (McEwan et Herbst, § 3:58; Casey, c. 3.7.3; van den Berg, p. 159; Kröll, p. 330-342). Dans tous ces cas, la convention d’arbitrage est non susceptible d’être exécutée parce qu’il est impossible pour les parties de mettre en œuvre les procédures arbitrales qu’elles ont négociées. Fait important, le manque de ressources financières, à lui seul, ne rend pas une convention d’arbitrage non susceptible d’être exécutée (D. St. John Sutton, J. Gill et M. Gearing, *Russell on Arbitration* (24^e éd. 2015), p. 379; Casey, c. 3.5.1; D. Joseph, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and Their Enforcement* (2^e éd. 2010), p. 355). Des obstacles juridiques peuvent également faire en sorte qu’il est impossible d’exécuter une convention d’arbitrage. Par exemple, une convention d’arbitrage peut être non susceptible

dispute is covered by an express legislative override of the parties' right to arbitrate (see *Seidel*, at para. 40).

(ii) The BIA Provides Jurisdiction to Find an Arbitration Agreement “Inoperative”

[146] The broad and flexible powers granted to superior courts under the *BIA*, particularly in the receivership context, provide further support for the foregoing interpretation of s. 15(2) of the *Arbitration Act*. The *Arbitration Act* and the *BIA* are not incompatible, such that no paramountcy concerns arise.

[147] The *BIA* is remedial legislation that is intended, in part, to provide for an orderly and efficient distribution of a bankrupt's funds to various creditors. As such, it is to be given a liberal interpretation in order to facilitate its objectives (*Century Services*, at para. 15; *Third Eye Capital Corporation v. Dianor Resources Inc.*, 2019 ONCA 508, 435 D.L.R. (4th) 416, at para. 43). Section 183(1) of the *BIA* confirms that superior courts have jurisdiction in bankruptcy and insolvency matters which may be exercised concurrently with their jurisdiction in ordinary civil matters (Houlden, Morawetz and Sarra, at § 8:2; *Cantore v. Nemaska Lithium Inc.*, 2020 QCCA 1333, at para. 8 (CanLII)).

[148] Further, under s. 243(1)(c) of the *BIA*, a court may appoint a receiver to, among other things, “take any . . . action that the court considers advisable”, if the court considers it “just or convenient to do so”. This very expansive wording has been interpreted as giving judges the “broadest possible mandate in insolvency proceedings to enable them to react to any circumstances that may arise” in relation to court-ordered receiverships (*DGDP-BC Holdings Ltd. v. Third Eye Capital Corporation*, 2021 ABCA 226, 459 D.L.R. (4th) 538, at para. 20; see also Houlden, Morawetz and Sarra, at § 12:18; *Dianor*, at paras. 57-58). Section 243(1)(c) thus permits a court to do not only what “justice dictates” but also what “practicality demands” (*Dianor*, at para. 57; *Canada (Minister of Indian Affairs and Northern*

d'être exécutée parce que l'objet du différend est visé par une dérogation législative expresse au droit des parties de recourir à l'arbitrage (voir *Seidel*, par. 40).

(ii) La LFI confère la compétence pour conclure qu'une convention d'arbitrage est « inopérante »

[146] Les pouvoirs vastes et souples conférés par la *LFI* aux cours supérieures, en particulier dans le contexte d'une mise sous séquestre, renforcent d'ailleurs l'interprétation du par. 15(2) de l'*Arbitration Act* exposée ci-haut. L'*Arbitration Act* et la *LFI* ne sont pas incompatibles, de sorte qu'aucune question de prépondérance ne se pose.

[147] La *LFI* est une loi réparatrice qui vise, en partie, à assurer la distribution ordonnée et efficace des actifs du failli aux divers créanciers. Ainsi, il faut l'interpréter de façon libérale pour favoriser l'atteinte de ses objectifs (*Century Services*, par. 15; *Third Eye Capital Corporation c. Ressources Dianor Inc.*, 2019 ONCA 508, 435 D.L.R. (4th) 416, par. 43). Le paragraphe 183(1) de la *LFI* confirme que les cours supérieures ont juridiction en matière de faillite et d'insolvabilité et que cette juridiction peut être exercée de manière concurrente à celle qu'elles possèdent en matière civile ordinaire (Houlden, Morawetz et Sarra, § 8:2; *Cantore c. Nemaska Lithium Inc.*, 2020 QCCA 1333, par. 8 (CanLII)).

[148] De plus, en vertu de l'al. 243(1)c) de la *LFI*, le tribunal peut, s'il est convaincu que « cela est juste ou opportun », nommer un séquestre qu'il habilite, entre autres, « à prendre toute [. . .] mesure qu'il estime indiquée ». Ce libellé très large a été interprété comme conférant aux juges le [TRADUCTION] « mandat le plus vaste possible dans le cadre des procédures d'insolvabilité afin de leur permettre de réagir à toute circonstance susceptible de se produire » dans le contexte de mises sous séquestre ordonnées par le tribunal (*DGDP-BC Holdings Ltd. c. Third Eye Capital Corporation*, 2021 ABCA 226, 459 D.L.R. (4th) 538, par. 20; voir aussi Houlden, Morawetz et Sarra, § 12:18; *Dianor*, par. 57-58). L'alinéa 243(1)c) permet donc au tribunal de faire non seulement ce que la [TRADUCTION] « justice commande », mais

Development) v. *Curragh Inc.* (1994), 114 D.L.R. (4th) 176 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), at p. 185).

[149] In my view, practicality demands that a court have the ability, in limited circumstances, to decline to enforce an arbitration agreement following a commercial insolvency. Said differently, ss. 243(1)(c) and 183(1) provide a statutory basis on which a court may, in certain circumstances, find an arbitration agreement inoperative within the meaning of s. 15(2) of the *Arbitration Act*.

[150] Peace River resists this interpretation, relying on s. 72(1) of the *BIA* as interpreted by this Court in *GMAC Commercial Credit Corp. — Canada v. T.C.T. Logistics Inc.*, 2006 SCC 35, [2006] 2 S.C.R. 123. In short, it argues that s. 243(1)(c) of the *BIA* cannot empower a court to find an arbitration agreement unenforceable, as this would “abrogate” a contracting party’s substantive right to a stay in favour of arbitration under s. 15 of the *Arbitration Act*, contrary to s. 72(1) of the *BIA*.

[151] I disagree. Section 72(1) merely confirms the constitutional doctrine of federal paramountcy, affirming that the *BIA* prevails where there is a “genuine inconsistency” between provincial laws relating to property and civil rights and the *BIA* (*Moloney*, at para. 40). It is well established that harmonious interpretations of federal and provincial legislation should be favoured over interpretations that result in incompatibility (*Orphan Well Association v. Grant Thornton Ltd.*, 2019 SCC 5, [2019] 1 S.C.R. 150, at paras. 64 and 66). Peace River’s proposed interpretation of s. 72(1) of the *BIA* overlooks the fact that a party’s “right” to have its dispute referred to arbitration under s. 15 of the *Arbitration Act* arises only where the court finds that the arbitration agreement at issue is not void, inoperative, or incapable of being performed. I have already explained that the statutory exception for inoperability may apply in certain insolvency scenarios. In other words, there is

également ce que les « considérations pratiques exigent » (*Dianor*, par. 57; *Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) c. Curragh Inc.* (1994), 114 D.L.R. (4th) 176 (C.J. Ont. (Div. gén.)), p. 185).

[149] À mon avis, des considérations pratiques exigent que, dans certaines circonstances particulières, le tribunal ait la capacité de refuser l’exécution d’une convention d’arbitrage dans le contexte d’une insolvabilité commerciale. Autrement dit, l’al. 243(1)c) et le par. 183(1) fournissent un fondement législatif permettant au tribunal, dans certaines circonstances, de conclure qu’une convention d’arbitrage est inopérante au sens du par. 15(2) de l’*Arbitration Act*.

[150] Peace River s’oppose à cette interprétation en s’appuyant sur le par. 72(1) de la *LFI* tel que notre Cour l’a interprété dans *Société de crédit commercial GMAC — Canada c. T.C.T. Logistics Inc.*, 2006 CSC 35, [2006] 2 R.C.S. 123. En bref, elle soutient que l’al. 243(1)c) de la *LFI* ne peut permettre à un tribunal de déclarer qu’une convention d’arbitrage est inexécutoire, car cela reviendrait à « abroger » le droit substantif à une suspension d’instance en faveur de l’arbitrage que confère l’art. 15 de l’*Arbitration Act* à la partie contractante. Selon Peace River, cela irait à l’encontre du par. 72(1) de la *LFI*.

[151] Je ne suis pas d’accord. Le paragraphe 72(1) ne fait que confirmer le principe constitutionnel de la prépondérance fédérale en précisant que la *LFI* prévaut en cas « d’incompatibilité véritable » entre les lois provinciales concernant la propriété et les droits civils et la *LFI* (*Moloney*, par. 40). Il est bien établi que les tribunaux doivent donner aux lois provinciale et fédérale une interprétation harmonieuse plutôt qu’une interprétation qui mène à une incompatibilité (*Orphan Well Association c. Grant Thornton Ltd.*, 2019 CSC 5, [2019] 1 R.C.S. 150, par. 64 et 66). L’interprétation du par. 72(1) de la *LFI* que propose Peace River ne tient pas compte du fait que le « droit » d’une partie à ce que son différend soit soumis à l’arbitrage en vertu de l’art. 15 de l’*Arbitration Act* ne prend naissance que lorsque le tribunal conclut que la convention d’arbitrage en cause n’est pas nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée. J’ai déjà expliqué que l’exception prévue par la loi en ce qui a trait

no “genuine inconsistency” between the *Arbitration Act* and the *BIA*. I therefore agree with both Peace River and the Receiver that the paramountcy doctrine is not engaged.

[152] Accordingly, I find that there is statutory jurisdiction arising from ss. 183(1) and 243(1)(c) of the *BIA* for a court to hold that an arbitration agreement is inoperative in the receivership context. It is therefore unnecessary in this case to resort to inherent jurisdiction, which is to be considered only after statutory jurisdiction is determined to be unavailable (*Endean v. British Columbia*, 2016 SCC 42, [2016] 2 S.C.R. 162, at para. 24; G. R. Jackson and J. Sarra, “Selecting the Judicial Tool to get the Job Done: An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters”, in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2007* (2008), 41).

[153] In sum, the foregoing interpretation of s. 15(2) of the *Arbitration Act* recognizes that the legislative and judicial preference for the enforcement of arbitration agreements is not set in stone. Rather, in limited circumstances, the *BIA* provides courts with jurisdiction to find an arbitration agreement inoperative in the face of parallel insolvency proceedings.

[154] I will now consider how to ascertain whether an otherwise valid arbitration agreement is inoperative in the context of insolvency proceedings. To date, this question has not been directly addressed by our Court. I will therefore briefly outline a set of factors arising from the authorities reviewed above that may be relevant in this exercise.

au caractère inopérant de la convention d’arbitrage peut s’appliquer dans certains cas d’insolvabilité. Autrement dit, il n’existe aucune « incompatibilité véritable » entre l’*Arbitration Act* et la *LFI*. Je suis donc d’accord avec Peace River et le Séquestre pour dire que la doctrine de la prépondérance n’entre pas en jeu.

[152] Par conséquent, je conclus que le par. 183(1) et l’al. 243(1)c) de la *LFI* confèrent au tribunal le pouvoir de déclarer inopérante une convention d’arbitrage dans le contexte d’une mise sous séquestre. Il n’est donc pas nécessaire, en l’espèce, d’examiner la compétence inhérente du tribunal, laquelle ne doit être envisagée qu’après avoir déterminé que les pouvoirs conférés par la loi ne peuvent être invoqués (*Endean c. Colombie-Britannique*, 2016 CSC 42, [2016] 2 R.C.S. 162, par. 24; G. R. Jackson et J. Sarra, « Selecting the Judicial Tool to get the Job Done : An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters », dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2007* (2008), 41).

[153] En résumé, l’interprétation du par. 15(2) de l’*Arbitration Act* exposée ci-dessus reconnaît que la préférence législative et judiciaire en faveur de l’exécution des conventions d’arbitrage n’est pas immuable. Au contraire, la *LFI* confère aux tribunaux, dans des circonstances particulières, le pouvoir de conclure au caractère inopérant d’une convention d’arbitrage eu égard à l’existence d’une procédure d’insolvabilité parallèle.

[154] Examinons maintenant comment déterminer si une convention d’arbitrage par ailleurs valide est inopérante dans le contexte d’une procédure d’insolvabilité. Jusqu’à présent, notre Cour ne s’est pas penchée explicitement sur cette question. Je vais donc exposer brièvement un ensemble de facteurs tirés de la jurisprudence examinée ci-haut qui peuvent être pertinents dans le cadre de cette analyse.

(iii) Factors for Assessing Whether an Arbitration Agreement Is “Inoperative” Under Section 15(2) of the *Arbitration Act* Due to Insolvency Proceedings

[155] As I have explained, a court may find an arbitration agreement “inoperative” within the meaning of s. 15(2) of the *Arbitration Act* where enforcing it would compromise the orderly and efficient resolution of insolvency proceedings, including a court-ordered receivership under s. 243 of the *BIA*. The following non-exhaustive list of factors may be relevant in determining whether a particular arbitration agreement is inoperative in this context:

- (a) *The effect of arbitration on the integrity of the insolvency proceedings.* Party autonomy and freedom of contract must be balanced with the need for an orderly and equitable distribution of the debtor’s assets to creditors. An arbitration agreement may therefore be inoperative if it would lead to an arbitral process that would compromise the objective of the insolvency proceedings, namely the orderly and expeditious administration of the debtor’s property. The court should have regard to the role and expertise of the court-appointed creditor representative, if any, in managing the insolvency proceedings.
- (b) *The relative prejudice to the parties from the referral of the dispute to arbitration.* The court should override the parties’ agreement to arbitrate their dispute only where the benefit of doing so outweighs the prejudice to them.
- (c) *The urgency of resolving the dispute.* The court should generally prefer the more expeditious procedure. If the effect of a stay in favour of arbitration would be to postpone the resolution of the dispute and hinder the insolvency proceedings, this militates in favour of a finding of inoperability.

(iii) Facteurs pour évaluer si une convention d’arbitrage est « inopérante » au sens du par. 15(2) de l’*Arbitration Act* en raison d’une procédure d’insolvabilité

[155] Comme je l’ai expliqué, le tribunal peut conclure qu’une convention d’arbitrage est « inopérante » au sens du par. 15(2) de l’*Arbitration Act* lorsque le fait de l’exécuter compromettrait le règlement ordonné et efficace d’une procédure d’insolvabilité, y compris une mise sous séquestre ordonnée par le tribunal en vertu de l’art. 243 de la *LFI*. La liste non exhaustive suivante de facteurs peut être pertinente lorsqu’il s’agit de déterminer si une convention d’arbitrage donnée est inopérante dans ce contexte :

- a) *L’effet de l’arbitrage sur l’intégrité de la procédure d’insolvabilité.* L’autonomie des parties et la liberté contractuelle doivent être mises en balance avec la nécessité de distribuer de façon ordonnée et équitable les actifs du débiteur aux créanciers. Une convention d’arbitrage peut donc être inopérante si elle mène à un processus arbitral qui compromettrait l’objectif de la procédure d’insolvabilité, à savoir l’administration ordonnée et expéditive des actifs du débiteur. Le tribunal devrait tenir compte du rôle et de l’expertise du représentant des créanciers nommé par le tribunal, s’il y en a un, dans la gestion de la procédure d’insolvabilité.
- b) *Le préjudice relatif causé aux parties en raison du renvoi du différend à l’arbitrage.* Le tribunal ne devrait passer outre à la convention des parties de soumettre leur différend à l’arbitrage que lorsque l’avantage de procéder ainsi l’emporte sur le préjudice qu’elles subissent.
- c) *L’urgence de régler le différend.* Le tribunal devrait généralement privilégier la procédure la plus rapide. Si l’effet d’une suspension d’instance en faveur de l’arbitrage est de retarder le règlement du différend et d’entraver la procédure d’insolvabilité, cela milite en faveur d’une conclusion selon laquelle la convention d’arbitrage est inopérante.

(d) *The applicability of a stay of proceedings under bankruptcy or insolvency law.* Bankruptcy or insolvency legislation may impose a stay that precludes any proceedings, including arbitral proceedings, *against* the debtor. If such a stay applies, the debtor cannot rely on an arbitration agreement to avoid the bankruptcy or insolvency; the agreement becomes inoperative.

(e) *Any other factor the court considers material in the circumstances.*

[156] Each of the foregoing factors may carry more or less weight depending on the circumstances of the case. But it bears repeating that the party seeking to avoid arbitration bears a heavy onus to establish a clear case of inoperability or incapacity to perform the impugned arbitration agreement. To discharge this onus, it must prove on a balance of probabilities that one or more of the statutory exceptions set out in s. 15(2) of the *Arbitration Act* apply. Otherwise, the court must grant a stay in favour of arbitration.

(e) *Conclusion on Section 15*

[157] In sum, a proper interpretation of s. 15 of the *Arbitration Act* leads to the following conclusions:

- The chambers judge was correct that undertaking to file a defence without invoking the rules of court is not a “step in the proceedings” within the meaning of s. 15(1);
- The chambers judge was correct that a court-appointed receiver may be a “party” to a debtor’s pre-existing arbitration agreement within the meaning of s. 15(1);
- The Court of Appeal erred in holding that a court-appointed receiver may disclaim an arbitration agreement and thereby render it “void, inoperative or incapable of being performed” within the meaning of s. 15(2); and

d) *L’applicabilité d’une suspension d’instance en droit de la faillite ou de l’insolvabilité.* Une loi en matière de faillite ou d’insolvabilité peut imposer une suspension d’instance qui fait obstacle à toute procédure, y compris une procédure arbitrale, *contre* le débiteur. Si une telle suspension s’applique, le débiteur ne peut invoquer une convention d’arbitrage pour éviter la faillite ou l’insolvabilité; cette convention devient inopérante.

e) *Tout autre facteur que le tribunal estime significatif dans les circonstances.*

[156] Chacun des facteurs qui précèdent peut avoir plus ou moins de poids selon les circonstances de l’affaire. Cependant, il convient de répéter que la partie qui cherche à éviter l’arbitrage porte le lourd fardeau d’établir que la convention d’arbitrage contestée est clairement inopérante ou non susceptible d’être exécutée. Pour s’acquitter de ce fardeau, elle doit prouver suivant la prépondérance des probabilités qu’une ou plusieurs des exceptions énoncées au par. 15(2) de l’*Arbitration Act* s’appliquent. Sinon, le tribunal doit suspendre l’instance en faveur de l’arbitrage.

e) *Conclusion sur l’art. 15*

[157] En résumé, une interprétation appropriée de l’art. 15 de l’*Arbitration Act* mène aux conclusions suivantes :

- La juge en chambre avait raison d’affirmer que le fait de s’engager à produire une défense sans invoquer les règles de procédure du tribunal ne revient pas à « agi[r] dans l’instance » au sens du par. 15(1);
- La juge en chambre avait raison de déclarer que le séquestre nommé par le tribunal peut être considéré comme une « partie » à la convention d’arbitrage préexistante du débiteur au sens du par. 15(1);
- La Cour d’appel a commis une erreur en statuant que le séquestre nommé par le tribunal peut renoncer à une convention d’arbitrage et ainsi la rendre « nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée » au sens du par. 15(2); et

- The chambers judge was correct that she had the authority to find an arbitration agreement inoperative in light of bankruptcy and insolvency proceedings. This power arises from the broad statutory jurisdiction accorded to superior courts in bankruptcy and insolvency matters by ss. 183 and 243 of the BIA. A court may find an arbitration agreement inoperative where the arbitral proceedings bargained for by the parties would compromise the orderly and efficient resolution of a receivership.

[158] In light of these interpretive conclusions, I now apply the two-part stay analysis under s. 15 of the *Arbitration Act* to the facts of the case at bar.

E. *Application of Section 15 of the Arbitration Act*

(1) Technical Prerequisites: Section 15 Is Engaged

[159] At the first stage of the stay analysis, the party seeking to rely on the arbitration agreement must establish an arguable case that all the technical prerequisites contemplated in s. 15(1) are met.

[160] There is no dispute that two of the technical prerequisites are met in this case: the Arbitration Agreements exist, and the impugned civil proceedings are in respect of a contractual dispute covered by them.

[161] I conclude that Peace River has also established an arguable case that the remaining technical prerequisites are met: (a) the Receiver is a “party” to the Arbitration Agreements, contrary to the Court of Appeal’s conclusion; and (b) Peace River did not take a “step in the proceedings”.

(a) *The Receiver Is a “Party” to the Arbitration Agreements*

[162] It is at least arguable that the Receiver is a party to the Arbitration Agreements. I say this for the following reasons.

- La juge en chambre avait raison d’affirmer qu’elle avait le pouvoir de conclure qu’une convention d’arbitrage est inopérante en raison d’une procédure de faillite et d’insolvabilité. Ce pouvoir découle des vastes pouvoirs conférés par les art. 183 et 243 de la *LFI* aux cours supérieures dans les affaires de faillite et d’insolvabilité. Le tribunal peut statuer qu’une convention d’arbitrage est inopérante lorsque la procédure arbitrale négociée par les parties compromettrait le règlement ordonné et efficace d’une mise sous séquestre.

[158] À la lumière de ces conclusions en matière d’interprétation, j’applique maintenant aux faits de l’espèce l’analyse en deux volets applicable aux suspensions d’instance que prescrit l’art. 15 de l’*Arbitration Act*.

E. *Application de l’art. 15 de l’Arbitration Act*

(1) Conditions préliminaires : l’art. 15 entre en jeu

[159] Au premier volet de l’analyse applicable aux suspensions d’instance, la partie qui cherche à invoquer la convention d’arbitrage doit établir une cause défendable selon laquelle toutes les conditions préliminaires prévues au par. 15(1) sont remplies.

[160] Nul ne conteste que deux des conditions préliminaires sont remplies en l’espèce : les Conventions d’arbitrage existent et l’instance civile contestée porte sur un différend contractuel visé par celles-ci.

[161] Je conclus que Peace River a également établi une cause défendable selon laquelle les autres conditions préliminaires sont remplies : a) le Séquestre est une « partie » aux Conventions d’arbitrage, contrairement à ce que la Cour d’appel a conclu; et b) Peace River n’a pas « agi dans l’instance ».

a) *Le Séquestre est une « partie » aux Conventions d’arbitrage*

[162] Pour les raisons qui suivent, il est à tout le moins possible de soutenir que le Séquestre est une partie aux Conventions d’arbitrage.

[163] First, the Receiver would have no cause of action to assert without Petrowest or the Petrowest Affiliates. The Court of Appeal recognized that “nominally, the claims remain those of Petrowest and its affiliates” (para. 43). In other words, the Receiver stepped into their shoes by initiating a civil claim on their behalf. Similarly to an assignee or a trustee in bankruptcy, the Receiver arguably became bound by operation of law by claiming through or under Petrowest and the Petrowest Affiliates. As I explained above, a receiver should not be permitted to seek the benefits of a contract in the debtor’s name while avoiding the burdens.

[164] Second, contrary to the submissions of both Peace River and the Receiver, the distinction between a trustee in bankruptcy and a receiver is immaterial here. Under para. 3(j) of the Receivership Order, the Receiver is authorized to bring a civil claim on behalf of Petrowest and the Petrowest Affiliates by relying on the Main Agreements. Doing so is arguably sufficient to bind the Receiver, a non-signatory, as a party by operation of law to the Arbitration Agreements. I see no reason to discuss the distinction between trustees and receivers further.

[165] Third, contrary to the Receiver’s submission, it did not need to “adopt” or “perform” the contracts to become a party. A receiver’s obligation to either adopt or disclaim arises only in respect of executory contracts. Here, the parties agree that there are no remaining obligations for the Receiver to perform. Further inquiry into adoption or performance is not only unnecessary but would also clearly conflict with the arguable case threshold and the competence-competence principle, which together prevent a court on an application under s. 15 of the *Arbitration Act* from conducting anything more than a *superficial* review of the record.

[163] Premièrement, le Séquestre n’aurait aucune cause d’action à faire valoir sans Petrowest ou les Sociétés affiliées. La Cour d’appel a reconnu que [TRADUCTION] « théoriquement, les réclamations demeurent celles de Petrowest et de ses sociétés affiliées » (par. 43). Autrement dit, le Séquestre leur a succédé en intentant une poursuite civile en leur nom. On peut soutenir qu’à l’instar d’un cessionnaire ou d’un syndic de faillite, le Séquestre est devenu lié par l’effet de la loi en faisant une réclamation par l’entremise ou au nom de Petrowest et des Sociétés affiliées. Comme je l’ai expliqué précédemment, un séquestre ne peut solliciter les avantages d’un contrat au nom du débiteur tout en évitant les obligations qui en découlent.

[164] Deuxièmement, contrairement à ce que soutiennent Peace River et le Séquestre, la distinction entre un syndic de faillite et un séquestre est sans importance en l’espèce. Selon le par. 3(j) de l’Ordonnance de mise sous séquestre, le Séquestre est autorisé à intenter une poursuite civile au nom de Petrowest et des Sociétés affiliées en se fondant sur les Ententes principales. Il est possible de soutenir que le faire est suffisant pour lier le Séquestre, un non-signataire, à titre de partie aux Conventions d’arbitrage par l’effet de la loi. Je ne vois aucune raison d’examiner davantage la distinction entre les syndics et les séquestres.

[165] Troisièmement, contrairement à ce qu’il prétend, le Séquestre n’avait pas besoin [TRADUCTION] « d’adopter » ou « d’exécuter » les contrats pour devenir une partie. L’obligation d’un séquestre de ratifier un contrat ou d’y renoncer ne prend naissance qu’à l’égard de contrats exécutoires. En l’espèce, les parties conviennent que le Séquestre n’a plus aucune obligation à exécuter. Un examen plus approfondi de la ratification ou de l’exécution non seulement est inutile, mais serait clairement incompatible avec la norme de preuve qu’est la cause défendable et le principe de compétence-compétence, qui, ensemble, limitent le tribunal saisi d’une demande fondée sur l’art. 15 de l’*Arbitration Act* à un examen *superficiel* du dossier.

[166] Fourth, contrary to the Court of Appeal’s conclusion, disclaimer and separability do not affect the Receiver’s status as a party to the Arbitration Agreements. As noted, the Receiver concedes that it never disclaimed the Main Agreements or the Arbitration Agreements.

[167] Even setting this concession aside, I am of the view that the Court of Appeal misapplied the doctrine of separability. Separability does not apply absent a challenge to the validity of the main contract or of the arbitration agreement itself (*Uber*, at para. 224, per Côté J., dissenting, but not on this point). No issue is taken in this case with the validity of the Main Agreements or the Arbitration Agreements. Indeed, before the Court of Appeal, the Receiver argued that separability was “irrelevant” in this case (C.A. reasons, at para. 48). It now concedes that this Court does not need to consider separability to resolve this appeal. I accept this concession.

[168] I would add that the Court of Appeal’s approach to separability would undermine the central purpose of the *Arbitration Act*. In essence, the Court of Appeal held that receivers are permitted to revoke arbitration agreements unilaterally, without any judicial inquiry into their validity or enforceability. But separability is intended to safeguard arbitration agreements, not imperil them (see, e.g., T. Meshel, “*Petrowest v. Peace River Hydro: The Revocability and Separability of Commercial Arbitration Agreements*” (2022), 65 *Can. Bus. L.J.* 329). As I have explained, it is for a court — not a receiver — to determine whether an arbitration agreement is valid and enforceable according to the narrow statutory exceptions set out in s. 15(2).

[169] Finally, I emphasize the low arguable case threshold applicable at the first stage of the s. 15 analysis. I recognize that receivership is a flexible remedy which may require interfering with the contractual rights of third parties in certain circumstances. However, accepting the Receiver’s position at this stage of the s. 15 analysis would permit all

[166] Quatrièmement, contrairement à ce qu’a conclu la Cour d’appel, la renonciation et la séparabilité n’ont aucune incidence sur le statut du Séquestre en tant que partie aux Conventions d’arbitrage. Comme nous l’avons vu, le Séquestre concède qu’il n’a jamais renoncé aux Ententes principales ni aux Conventions d’arbitrage.

[167] Même en mettant cette concession de côté, j’estime que la Cour d’appel a mal appliqué la doctrine de la séparabilité, laquelle ne s’applique pas en l’absence d’une contestation de la validité du contrat principal ou de la convention d’arbitrage elle-même (*Uber*, par. 224, la juge Côté, dissidente, mais non sur ce point). En l’espèce, nul ne conteste la validité des Ententes principales ou des Conventions d’arbitrage. D’ailleurs, devant la Cour d’appel, le Séquestre a soutenu que la séparabilité n’était [TRADUCTION] « pas pertinente » dans la présente affaire (motifs de la C.A., par. 48). Il concède maintenant que notre Cour n’a pas besoin d’examiner la séparabilité pour trancher le présent pourvoi. J’accepte cette concession.

[168] J’ajouterais que l’approche adoptée par la Cour d’appel à l’égard de la séparabilité minerait l’objectif principal de l’*Arbitration Act*. Essentiellement, la Cour d’appel a conclu que les séquestres peuvent révoquer unilatéralement des conventions d’arbitrage sans que les tribunaux n’examinent leur validité ou leur caractère exécutoire. Cependant, la séparabilité vise à protéger les conventions d’arbitrage, et non à les compromettre (voir, p. ex., T. Meshel, « *Petrowest v. Peace River Hydro : The Revocability and Separability of Commercial Arbitration Agreements* » (2022), 65 *Rev. can. dr. comm.* 329). Comme je l’ai expliqué, il appartient au tribunal — et non au séquestre — de déterminer si une convention d’arbitrage est valide et exécutoire selon les exceptions restreintes prévues au par. 15(2).

[169] Enfin, j’insiste sur le seuil peu élevé de la cause défendable qui s’applique à la première étape de l’analyse prescrite à l’art. 15. Je reconnais qu’une mise sous séquestre est un recours souple qui peut exiger une interférence avec les droits contractuels de tiers dans certaines circonstances. Cependant, accepter la position du Séquestre à cette étape de l’analyse requise

court-appointed receivers to avoid pre-existing arbitration agreements with impunity. I do not believe this would be appropriate in view of the clear legislative and judicial preference in favour of party autonomy and arbitral jurisdiction.

(b) *Peace River Did Not Take a “Step in the Proceedings”*

[170] The Receiver has not identified a reviewable error in the chambers judge’s finding that Peace River did not take a step in the proceedings. That finding was not challenged before the Court of Appeal. As such, it is not properly before this Court. Even if it were, I see no basis to question the chambers judge’s reasoning. She correctly held that undertaking to file a defence without invoking the rules of court is not a step in the proceedings. Nor is requesting an extension of time, as I explained above. Peace River did not take a step in the proceedings within the meaning of s. 15(1) of the *Arbitration Act*.

[171] Accordingly, s. 15 of the *Arbitration Act* is engaged. I must therefore grant a stay in favour of arbitration *unless* I find the Arbitration Agreements to be “void, inoperative or incapable of being performed” under s. 15(2).

(2) Statutory Exceptions: The Arbitration Agreements Are “Inoperative” Under Section 15(2)

[172] At the second stage of the s. 15 framework, the burden shifts to the party seeking to avoid arbitration to establish on a balance of probabilities that the arbitration agreement at issue is void, inoperative, or incapable of being performed within the meaning of s. 15(2), as explained above.

[173] I conclude that the Receiver has established that the Arbitration Agreements are inoperative. Stated differently, the arbitral processes contemplated in the Arbitration Agreements would compromise the

par l’art. 15 permettrait à tous les séquestres nommés par le tribunal d’éviter les conventions d’arbitrage préexistantes en toute impunité. Je ne crois pas que cela soit un résultat acceptable eu égard à la préférence législative et judiciaire manifeste de favoriser l’autonomie des parties et la compétence arbitrale.

b) *Peace River n’a pas « agi dans l’instance »*

[170] Le Séquestre n’a relevé aucune erreur susceptible de contrôle dans la conclusion de la juge en chambre selon laquelle Peace River n’a pas agi dans l’instance. Cette conclusion n’a pas été contestée devant la Cour d’appel. Notre Cour n’en est donc pas dûment saisie. Même si elle en était saisie, je ne vois aucune raison de remettre en question le raisonnement de la juge en chambre. Cette dernière a conclu, à juste titre, que le fait de s’engager à produire une défense sans invoquer les règles de procédure du tribunal ne revient pas à agir dans l’instance. Il en va de même pour la demande de prorogation de délai, comme je l’ai expliqué précédemment. Peace River n’a pas agi dans l’instance au sens du par. 15(1) de l’*Arbitration Act*.

[171] Par conséquent, l’art. 15 de l’*Arbitration Act* entre en jeu. Je dois donc suspendre l’instance en faveur de l’arbitrage *sauf* si je conclus que les Conventions d’arbitrage sont « nulle[s], inopérante[s] ou non susceptible[s] d’être exécutée[s] » aux termes du par. 15(2).

(2) Exceptions prévues par la loi : les Conventions d’arbitrage sont « inopérantes » aux termes du par. 15(2)

[172] À la deuxième étape du cadre d’analyse prescrit par l’art. 15, le fardeau de la preuve est inversé et il incombe à la partie qui cherche à éviter l’arbitrage d’établir selon la prépondérance des probabilités que la convention d’arbitrage en cause est nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée au sens du par. 15(2), comme mentionné ci-haut.

[173] Je conclus que le Séquestre a établi que les Conventions d’arbitrage sont inopérantes. Autrement dit, les processus arbitraux prévus dans les Conventions d’arbitrage compromettraient le règlement

orderly and efficient resolution of the receivership, contrary to the objectives of the *BIA*. Further, while recognizing the importance of party autonomy and freedom of contract, referral to arbitration in the unique circumstances of this case would jeopardize the Receiver's ability to maximize recovery for the creditors and to allow Petrowest and the Petrowest Affiliates to move forward with certainty. This conclusion is based on the following factors.

(a) *Effect of Arbitration on the Integrity of the Insolvency Proceedings*

[174] The inexpediency of the multiple overlapping arbitral proceedings contemplated in the Arbitration Agreements, as compared to a single judicial process, is the determinative factor in this case. In these circumstances, I conclude that enforcing the Arbitration Agreements would compromise the orderly and efficient resolution of the receivership proceedings.

[175] The Receiver's affidavit evidence outlines the chaotic arbitral processes that would result if this Court were to grant a stay under s. 15 of the *Arbitration Act*. First, the Receiver would need to participate in and fund at least four different arbitrations involving "seven different sets of counterparties" (A.R., vol. XI, at p. 2895). The funding for these proceedings would necessarily come from the estates of Petrowest and the Petrowest Affiliates, to the detriment of their creditors. Second, at least some of the respondents' claims involve entities not subject to any of the Arbitration Agreements. As the chambers judge properly recognized, these claims may have to be determined by a court, in parallel with the arbitral proceedings described above. Finally, in the scenario just described, I agree with the Receiver that "[f]acts and argument would be repeated in different forums, before different decision makers, creating piecemeal decisions and a serious risk of conflicting outcomes" (R.F., at para. 6).

ordonné et efficace de la mise sous séquestre, contrairement aux objectifs visés par la *LFI*. De plus, bien que je reconnaisse l'importance de l'autonomie des parties et de la liberté contractuelle, j'estime qu'un renvoi à l'arbitrage dans les circonstances particulières de l'espèce mettrait en péril la capacité du Séquestre de maximiser le recouvrement au profit des créanciers et de permettre à Petrowest et aux Sociétés affiliées de poursuivre leurs activités avec certitude. Cette conclusion est fondée sur les facteurs suivants.

a) *Effet de l'arbitrage sur l'intégrité de la procédure d'insolvabilité*

[174] L'inefficacité qui résulterait des nombreuses procédures arbitrales se chevauchant et qui sont prévues par les Conventions d'arbitrage, comparativement à une seule et unique procédure judiciaire, est le facteur déterminant en l'espèce. Dans ces circonstances, je conclus que le fait d'exécuter les Conventions d'arbitrage compromettrait le règlement ordonné et efficace de la procédure de mise sous séquestre.

[175] Dans sa preuve par affidavit, le Séquestre décrit les processus arbitraux chaotiques qui résulteraient d'une décision de notre Cour de suspendre l'instance en vertu de l'art. 15 de l'*Arbitration Act*. Premièrement, le Séquestre devrait prendre part à au moins quatre arbitrages différents mettant en cause [TRADUCTION] « sept groupes différents de parties contractantes » et financer ceux-ci (d.a., vol. XI, p. 2895). Le financement de ces procédures proviendrait nécessairement des actifs de Petrowest et des Sociétés affiliées, au détriment de leurs créanciers. Deuxièmement, certaines des réclamations des intimées concernent des entités qui ne sont visées par aucune des Conventions d'arbitrage. Comme la juge en chambre l'a reconnu à juste titre, ces réclamations pourraient devoir être tranchées par un tribunal, parallèlement aux procédures arbitrales décrites ci-haut. Enfin, dans l'hypothèse que je viens de décrire, je suis d'accord avec le Séquestre pour dire que [TRADUCTION] « [l]es faits et les arguments seraient répétés devant différentes instances, devant différents décideurs, ce qui entraînerait des décisions ponctuelles et un risque sérieux de résultats contradictoires » (m.i., par. 6).

[176] The inefficient and protracted nature of the contemplated arbitral processes would plainly compromise the integrity of the receivership proceedings. I acknowledge the chambers judge’s finding that arbitration would not “derail” the insolvency proceedings (para. 51). However, this must be read alongside her finding that “the significant cost and delay inherent in the multiple [arbitral] proceedings that would occur in this case as compared to judicial determination is unfair to the creditors and contrary to the objects of the *BIA*” (para. 60). I agree.

[177] In light of the foregoing, I see no basis on which to interfere with the following factual findings made by the chambers judge:

- the parties agreed that declining the requested stay “would promote the efficient and inexpensive resolution of their dispute”, and no one suggested that the issues were “not appropriate for judicial determination” (para. 56);
- there was “no evidence” of any “realistic likelihood” that the parties would agree to streamline the arbitral proceedings through consolidation, notwithstanding their ability to do so (para. 57); and
- a single judicial process would “be faster and less expensive than four arbitrations and a possible court case” (para. 56).

[178] Accordingly, expediency and efficiency concerns militate strongly in favour of a finding that the enforcement of the Arbitration Agreements would compromise the objects of the *BIA* and that the Agreements are therefore inoperative under s. 15(2) of the *Arbitration Act*.

(b) *Relative Prejudice to the Parties From the Referral of the Dispute to Arbitration*

[179] I agree with the chambers judge that Peace River has failed to show any prejudice it would suffer

[176] L’inefficacité et la longueur des processus arbitraux envisagés compromettraient manifestement l’intégrité de la procédure de mise sous séquestre. Je prends note de la conclusion tirée par la juge en chambre selon laquelle l’arbitrage ne [TRADUCTION] « torpillerait » pas la procédure d’insolvabilité (par. 51). Cependant, cette conclusion doit être lue conjointement avec sa conclusion que [TRADUCTION] « les coûts et les délais importants inhérents aux multiples procédures [arbitrales] qui seraient engagées en l’espèce, comparativement aux coûts et aux délais d’une décision judiciaire, sont injustes pour les créanciers et contraires aux objets de la *LFI* » (par. 60). Je suis d’accord.

[177] À la lumière de ce qui précède, je ne vois aucune raison de modifier les conclusions de fait suivantes tirées par la juge en chambre :

- les parties ont convenu que le fait de refuser la suspension d’instance demandée [TRADUCTION] « favoriserait le règlement efficace et peu coûteux de leur différend », et nul n’a suggéré que les questions n’étaient « pas des questions dont les tribunaux pouvaient être saisis » (par. 56);
- il n’existait [TRADUCTION] « aucune preuve » d’une quelconque « probabilité » que les parties acceptent de simplifier les procédures arbitrales en les réunissant, malgré leur capacité à le faire (par. 57); et
- une seule et unique procédure judiciaire serait [TRADUCTION] « plus rapide et moins coûteuse que quatre arbitrages et une possible poursuite en justice » (par. 56).

[178] Par conséquent, les questions de célérité et d’efficacité militent fortement en faveur de la conclusion que l’exécution des Conventions d’arbitrage compromettrait les objets de la *LFI* et que ces conventions sont donc inopérantes en vertu du par. 15(2) de l’*Arbitration Act*.

b) *Préjudice relatif causé aux parties en raison du renvoi du différend à l’arbitrage*

[179] Je conviens avec la juge en chambre que Peace River n’a pas réussi à démontrer qu’elle subirait

if the Arbitration Agreements were not enforced (para. 58). To the contrary, as already indicated, it conceded that a single judicial proceeding would be the most efficient and cost-effective route. This supports my view that enforcing the Arbitration Agreements would compromise the receivership proceedings.

(c) *Urgency of Resolving the Dispute*

[180] As noted, the parties agree that proceeding through the courts is the more expeditious option. I see no basis for interfering with the chambers judge's finding that "[i]t will not be possible to distribute the proceeds" of the property of Petrowest and the Petrowest Affiliates to their creditors "until these disputes are resolved" (para. 60). This urgency further militates in favour of finding the Arbitration Agreements inoperative.

(d) *Applicability of a Stay of Proceedings Under Bankruptcy or Insolvency Law*

[181] In light of the foregoing, it is unnecessary to consider the effect of the stay of proceedings under the Receivership Order on the enforceability of the Arbitration Agreements.

[182] Finally, I have had the benefit of reading my colleague's reasons. His view that the analysis should start with the terms of the Receivership Order is a sensible one. Further, it cannot be said that his interpretation of the terms of the Receivership Order is without merit. However, in the particular circumstances of this case, I would decline to resolve the appeal on this basis. I say this for two reasons.

[183] First, the argument that the combined effect of paras. 3(c), 3(f) and 3(j) authorizes the Receiver to proceed in court despite the Arbitration Agreements was not squarely before the Court. While the parties made some submissions on the interpretation of the terms of the Receivership Order, for instance about the scope of the Receiver's power to cease to perform

un quelconque préjudice si les Conventions d'arbitrage n'étaient pas exécutées (par. 58). Au contraire, comme je l'ai déjà mentionné, elle a concédé qu'une seule et unique procédure judiciaire constituerait la voie la plus efficace et économique. Cela soutient ma conclusion selon laquelle le fait d'exécuter les Conventions d'arbitrage compromettrait la procédure de mise sous séquestre.

c) *Urgence de régler le différend*

[180] Comme je l'ai souligné, les parties conviennent que procéder par voie judiciaire constitue l'option la plus expéditive. Je ne vois aucune raison de modifier la conclusion de la juge en chambre selon laquelle [TRADUCTION] « [i]l ne sera pas possible de distribuer le produit » des actifs de Petrowest et des Sociétés affiliées à leurs créanciers « jusqu'à ce que ces différends soient réglés » (par. 60). Cette urgence milite également en faveur de la conclusion que les Conventions d'arbitrage sont inopérantes.

d) *Applicabilité d'une suspension d'instance en droit de la faillite ou de l'insolvabilité*

[181] À la lumière de ce qui précède, il n'est pas nécessaire d'examiner l'effet qu'a sur le caractère exécutoire des Conventions d'arbitrage le fait de suspendre une procédure intentée sous le régime de l'Ordonnance de mise sous séquestre.

[182] Enfin, j'ai pris connaissance des motifs de mon collègue. Son point de vue selon lequel l'analyse devrait partir des conditions de l'Ordonnance de mise sous séquestre est raisonnable. De plus, on ne saurait affirmer que son interprétation des termes de l'Ordonnance de mise sous séquestre est sans fondement. Cependant, dans les circonstances particulières de l'espèce, je refuse de trancher le pourvoi sur cette base, et ce, pour deux raisons.

[183] Premièrement, l'argument portant que l'effet combiné des par. 3(c), 3(f) et 3(j) autorise le Séquestre à procéder devant le tribunal en dépit des Conventions d'arbitrage n'a pas directement été soumis à la Cour. Bien que les parties aient formulé certaines observations quant à l'interprétation des termes de l'Ordonnance de mise sous séquestre, par exemple

the debtors' contracts under para. 3(c), none suggested that it was the combined effect of paras. 3(c), 3(f) and 3(j) that enabled the Receiver to act so as to render the Arbitration Agreements inoperative. As a result, the Court did not have the benefit of assistance from the parties, nor the interveners, on this specific interpretive question. We also lack the benefit of analysis on this point from the courts below. This is significant because, in my respectful view, more than one interpretation of the Order remains plausible. It is not clear, for example, that the terms either expressly or impliedly authorize the Receiver to take the benefits of the agreements while avoiding their procedural burdens, such as the obligations arising from their arbitration clauses. Nor is it clear that the Receiver's powers to initiate "proceedings" and exercise "remedies" render the Arbitration Agreements *inoperative* in this case. It is plausible to interpret the language of the Receivership Order as consistent with "proceeding", and seeking "remedies", through arbitration rather than in court.

[184] Second, resolving the question of the proper interpretation of the terms of the Receivership Order would have no impact on the disposition of the appeal. My colleague and I agree that the separability doctrine, as relied upon by the Court of Appeal, has no application here. We also share the view that the Arbitration Agreements are inoperative. Ultimately, whether they are inoperative because the Receivership Order authorizes the Receiver to act in a certain way or because a stay in favour of arbitration would compromise the orderly and efficient resolution of the receivership, the result is the same.

[185] Given that the interpretation of the terms of the Receivership Order was not fully argued by the parties and that the appeal can be resolved without addressing this issue, it is prudent to leave it to another day.

en ce qui a trait à l'étendue du pouvoir que confère le par. 3(c) au Séquestre de cesser d'exécuter les contrats des débitrices, aucune d'entre elles n'a suggéré que c'était l'effet combiné des par. 3(c), 3(f) et 3(j) qui permettait au Séquestre d'agir de façon à rendre les Conventions d'arbitrage inopérantes. Par conséquent, la Cour n'a bénéficié ni des observations des parties, ni de celles des intervenants sur cette question précise d'interprétation. Nous ne disposons pas non plus d'une analyse des tribunaux inférieurs sur ce point. À mon avis, cela est important parce que plus d'une interprétation de l'Ordonnance demeure plausible. Il n'est pas clair, par exemple, que les conditions autorisent expressément ou implicitement le Séquestre à tirer profit des ententes tout en évitant les obligations qu'elles imposent sur le plan procédural, comme celle découlant de leur clause d'arbitrage. Il n'est pas clair non plus que les pouvoirs du Séquestre d'intenter une [TRADUCTION] « procédure » et d'exercer des « recours » rendent les Conventions d'arbitrage *inopérantes* en l'espèce. Il est plausible de considérer que le libellé de l'Ordonnance de mise sous séquestre est compatible avec le fait de « procéder », et de présenter des « recours », par voie d'arbitrage plutôt que par voie judiciaire.

[184] Deuxièmement, trancher la question de l'interprétation qu'il convient de donner aux conditions de l'Ordonnance de mise sous séquestre n'aurait aucune incidence sur l'issue du pourvoi. Mon collègue et moi nous entendons pour dire que la doctrine de la séparabilité, sur laquelle se fonde la Cour d'appel, ne s'applique pas en l'espèce. Nous sommes également tous deux d'avis que les Conventions d'arbitrage sont inopérantes. En fin de compte, qu'elles soient inopérantes parce que l'Ordonnance de mise de sous séquestre autorise le Séquestre à agir d'une certaine manière ou parce qu'une suspension d'instance en faveur de l'arbitrage compromettrait le règlement ordonné et efficace de la mise sous séquestre, le résultat auquel nous arrivons est le même.

[185] Puisque la question relative à l'interprétation des termes de l'Ordonnance de mise sous séquestre n'a pas été pleinement débattue par les parties et qu'il est possible de trancher le pourvoi sans examiner cette question, il est prudent de remettre cet examen à une autre occasion.

(3) Conclusion on Section 15

[186] I agree with the courts below that Peace River's application for a stay of proceedings under s. 15 of the *Arbitration Act* must be dismissed.

[187] The prerequisites for a mandatory stay in s. 15(1) are met. However, enforcing the Arbitration Agreements would compromise the orderly and efficient resolution of the receivership, contrary to the purposes of the *BIA*.

[188] Accordingly, the Arbitration Agreements are inoperative within the meaning of s. 15(2).

VII. Disposition

[189] For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal with costs throughout. In the result, the civil claim of Petrowest and the Petrowest Affiliates may proceed in the Supreme Court of British Columbia.

The reasons of Karakatsanis, Brown, Martin and Jamal JJ. were delivered by

[190] JAMAL J. — I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Justice Côté. I agree with my colleague that Peace River's application for a stay of proceedings under s. 15 of the *Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 55, should be dismissed, and thus the appeal should be dismissed, because the Arbitration Agreements are inoperative under s. 15(2) of the *Arbitration Act*.

[191] My point of departure from my colleague concerns the primary basis for finding the Arbitration Agreements to be inoperative. In my view, by suing in court to collect the accounts receivable allegedly owing, as authorized under the Receivership Order, the Receiver disclaimed the Arbitration Agreements. The Arbitration Agreements were thereby rendered inoperative. The analysis should start with the terms of the Receivership Order itself.

(3) Conclusion sur l'art. 15

[186] Je suis d'accord avec les tribunaux d'instance inférieure pour dire que la demande présentée par Peace River en vue de faire suspendre l'instance en vertu l'art. 15 de l'*Arbitration Act* doit être rejetée.

[187] Les conditions préalables à la suspension d'instance obligatoire prévue au par. 15(1) sont remplies. Cependant, exécuter les Conventions d'arbitrage compromettrait le règlement ordonné et efficace de la mise sous séquestre, contrairement aux objectifs visés par la *LFI*.

[188] Par conséquent, les Conventions d'arbitrage sont inopérantes au sens du par. 15(2).

VII. Dispositif

[189] Pour les motifs qui précèdent, je rejetterais le pourvoi avec dépens devant toutes les cours. Par conséquent, la poursuite civile de Petrowest et des Sociétés affiliées peut procéder devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique.

Version française des motifs des juges Karakatsanis, Brown, Martin et Jamal rendus par

[190] LE JUGE JAMAL — J'ai pris connaissance des motifs de ma collègue la juge Côté. Je conviens avec elle que la demande de suspension d'instance que Peace River a présentée en application de l'art. 15 de l'*Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 55, devrait être rejetée, de sorte que le pourvoi devrait l'être aussi, parce que les Conventions d'arbitrage sont inopérantes en vertu du par. 15(2) de l'*Arbitration Act*.

[191] Le point sur lequel réside mon désaccord avec ma collègue a trait au fondement principal de la conclusion selon laquelle les Conventions d'arbitrage sont inopérantes. À mon avis, en intentant une poursuite en justice pour recouvrer les créances qu'il estimait être dues, comme le lui permettait l'Ordonnance de mise sous séquestre, le Séquestre a renoncé aux Conventions d'arbitrage. Ces dernières ont ainsi été rendues inopérantes. L'analyse devrait partir des conditions de l'Ordonnance de mise sous séquestre elle-même.

[192] Several provisions of the Receivership Order authorized the Receiver to sue in court to collect the accounts receivable allegedly owing and to disclaim the Arbitration Agreements, thus effectively rendering them inoperative:

- The Receivership Order authorized the Receiver to sue to collect the accounts receivable that Peace River allegedly owed Petrowest. Paragraph 3(f) of the Order authorized the Receiver “to receive and collect all monies and accounts now owed or hereafter owing to the Debtors [i.e., Petrowest] and to exercise all remedies of the Debtors in collecting such monies”. Paragraph 3(j) of the Order similarly authorized the Receiver “to initiate, prosecute and continue the prosecution of any and all proceedings” with respect to the “Property”, broadly defined in para. 2 of the Order as including “all of the Debtors’ current and future assets, undertakings and properties of every nature and kind whatsoever, and wherever situate[d], including all proceeds thereof”.
- The Receivership Order authorized the Receiver to disclaim the Arbitration Agreements. Paragraph 3(c) of the Order authorized the Receiver to “cease to perform any contracts of the Debtors”. An arbitration agreement is a contractual right of a party to have a claim referred to arbitration to the exclusion of the courts (see *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801, at para. 160; *Seidel v. TELUS Communications Inc.*, 2011 SCC 15, [2011] 1 S.C.R. 531, at paras. 137-38), and thus came within the scope of para. 3(c) of the Order, even if all the other contractual obligations had been performed.

[193] In my view, the combined effect of paras. 3(c), 3(f), and 3(j) of the Receivership Order is to authorize the Receiver to disclaim the Arbitration Agreements and to sue in court for amounts owing to the Debtors. These provisions authorize the Receiver to sue, either in court or before an arbitrator, at the Receiver’s election, based on what will best promote the orderly

[192] Plusieurs dispositions de l’Ordonnance de mise sous séquestre habilitaient le Séquestre à intenter une poursuite en justice pour recouvrer les créances qu’il estimait être dues et à renoncer aux Conventions d’arbitrage, rendant donc celles-ci dans les faits inopérantes :

- L’Ordonnance de mise sous séquestre habilitait le Séquestre à intenter une poursuite pour recouvrer les créances que Peace River devait, selon lui, à Petrowest. Le paragraphe 3(f) de l’Ordonnance l’autorisait [TRADUCTION] « à recevoir et recouvrer toute somme et créance maintenant ou ultérieurement dues aux débitrices [c.-à-d. Petrowest], et à exercer tous les recours dont disposent les débitrices pour recouvrer ces sommes ». De même, le par. 3(j) de l’Ordonnance l’habilitait [TRADUCTION] « à intenter, à poursuivre et à continuer toute procédure » en ce qui a trait aux « biens », définis largement au par. 2 de l’Ordonnance de manière à inclure « l’ensemble des actifs, entreprises et biens actuels et futurs — de quelque nature et sorte que ce soit, peu importe où ils sont situés, y compris tout leur produit — des débitrices ».
- L’Ordonnance de mise sous séquestre autorisait le Séquestre à renoncer aux Conventions d’arbitrage. Aux termes du par. 3(c) de l’Ordonnance, celui-ci pouvait [TRADUCTION] « cesser d’exécuter tout contrat des débitrices ». Une convention d’arbitrage est un droit contractuel dont dispose une partie de voir une réclamation renvoyée à l’arbitrage, et non devant les tribunaux (voir *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801, par. 160; *Seidel c. TELUS Communications Inc.*, 2011 CSC 15, [2011] 1 R.C.S. 531, par. 137-138), et relevait donc du champ d’application du par. 3(c) de l’Ordonnance, même si toutes les autres obligations contractuelles avaient été exécutées.

[193] À mon avis, l’effet combiné des par. 3(c), 3(f) et 3(j) de l’Ordonnance de mise sous séquestre est d’autoriser le Séquestre à renoncer aux Conventions d’arbitrage et à engager une poursuite en justice à l’égard des sommes dues aux débitrices. Suivant ces dispositions, le Séquestre peut, à son choix, intenter une procédure, soit devant les tribunaux soit devant

and efficient resolution of the receivership under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3.

[194] This interpretation of the Receivership Order does not rely on the arbitration doctrine of separability. The separability doctrine is recognized, for example, in s. 17(2) of the Ontario *Arbitration Act, 1991*, S.O. 1991, c. 17, and provides that, for the purposes of ruling on arbitral jurisdiction, an arbitration agreement “shall . . . be treated as an independent agreement that may survive even if the main agreement is found to be invalid” (see also *Uber Technologies Inc. v. Heller*, 2020 SCC 16, [2020] 2 S.C.R. 118, at para. 96, per Abella and Rowe JJ.). As Professor Tamar Meshel notes in her helpful article on the decision of the British Columbia Court of Appeal under appeal, the separability doctrine provides that “an arbitration clause does not necessarily become invalid merely because the underlying agreement is found to be invalid, and *vice versa*” (“*Petrowest v. Peace River Hydro: The Revocability and Separability of Commercial Arbitration Agreements*” (2022), 65 *Can. Bus. L.J.* 329, at p. 345 (footnote omitted)). Without the separability doctrine, “a contracting party could avoid arbitration simply by alleging that the underlying agreement was void or invalid” (Meshel, at p. 345 (footnote omitted)). I agree with Professor Meshel’s view that, because “neither party challenged the validity of the agreements in which the arbitration clauses were found, but rather only the arbitration clauses themselves”, the result is that “the separability doctrine, which simply operates to separate the validity analysis of an arbitration clause from that of the underlying agreement, [is] not relevant to [this] case” (Meshel, at p. 346 (footnote omitted)). I am not relying on the separability doctrine. I am simply interpreting the Receivership Order at issue in this case.

un arbitre, en se fondant sur ce qui favorisera le mieux le règlement ordonné et efficace de la mise sous séquestre sous le régime de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3.

[194] Cette interprétation de l’Ordonnance de mise sous séquestre ne s’appuie pas sur la doctrine arbitrale de la séparabilité. Cette doctrine est reconnue, par exemple, au par. 17(2) de la *Loi de 1991 sur l’arbitrage*, L.O. 1991, c. 17, de l’Ontario et veut qu’aux fins d’une décision sur la compétence arbitrale, une convention d’arbitrage soit « considérée [...] comme une convention distincte pouvant subsister même si la convention principale est déclarée nulle » (voir aussi *Uber Technologies Inc. c. Heller*, 2020 CSC 16, [2020] 2 R.C.S. 118, par. 96, les juges Abella et Rowe). Comme la professeure Tamar Meshel le souligne dans son article utile sur l’arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique à l’origine du présent pourvoi, la doctrine de la séparabilité prévoit [TRADUCTION] « [qu’]une clause d’arbitrage ne devient pas nécessairement invalide du simple fait que l’entente sous-jacente est jugée invalide et *vice versa* » (« *Petrowest v. Peace River Hydro : The Revocability and Separability of Commercial Arbitration Agreements* » (2022), 65 *Rev. can. dr. comm.* 329, p. 345 (note en bas de page omise)). Sans la doctrine de la séparabilité, [TRADUCTION] « une partie contractante pourrait éviter l’arbitrage simplement en alléguant que l’entente sous-jacente était nulle ou invalide » (Meshel, p. 345 (note en bas de page omise)). Je partage l’opinion de la professeure Meshel selon laquelle comme [TRADUCTION] « les parties n’ont ni l’une ni l’autre contesté la validité des ententes où figuraient les clauses d’arbitrage, mais ont plutôt uniquement contesté les clauses d’arbitrage elles-mêmes », il en résulte que « la doctrine de la séparabilité, qui a seulement pour effet de séparer l’analyse de la validité d’une clause d’arbitrage de l’analyse de celle de l’entente sous-jacente, [n’est] pas pertinente pour [la présente] affaire » (Meshel, p. 346 (note en bas de page omise)). Je ne me fonde pas sur la doctrine de la séparabilité. J’interprète simplement l’Ordonnance de mise sous séquestre en cause en l’espèce.

[195] I also disagree with my colleague’s view that reliance on the terms of the Receivership Order is precluded by Petrowest and the Receiver’s position before the Court of Appeal and this Court that the Receiver “has not expressly disclaimed” the Arbitration Agreements (para. 122, citing R.F., at para. 102, and A.F., Appendix B, at paras. 3 and 13). In my view, the *legal effect* of the Receiver suing in court and not before an arbitrator to collect the accounts receivable was undoubtedly to disclaim reliance on the Arbitration Agreements — conduct which, I repeat, was authorized by the Receivership Order itself. Indeed, although before this Court counsel for the Receiver erroneously relied on the doctrine of separability, her position was that “by its conduct the Receiver has disclaimed [the] Arbitration Agreements” (transcript, at p. 110).

[196] I also disagree with my colleague’s claim that this Court should not interpret the Receivership Order because this issue “was not squarely before the Court” and “was not fully argued by the parties” (Côté J.’s reasons, at paras. 183 and 185). The interpretation of the Receivership Order was amply debated before the Court, both in written submissions and during the oral hearing. The Receiver argued in its factum, for example, that “[a] court-appointed receiver authorized by court order to disclaim any contracts of the debtor may cease to perform arbitration agreements” (R.F., at para. 101, citing para. 3(c) of the Receivership Order). The Receiver submitted that “the Receiver was appointed with the court-ordered power to cease to perform any of the Petrowest Respondents’ contracts” (R.F., at para. 104, citing para. 3(c) of the Receivership Order). The proper interpretation of the Receivership Order also occupied a significant part of the oral hearing (see transcript, at pp. 9-12, 15-17, 41-42, 81-87, 97 and 105). This Court can and should interpret such a template court order. As I have already noted, courts must start with the terms of the relevant receivership order. Declining to address this

[195] De plus, je ne souscris pas à l’avis de ma collègue que la position qu’ont fait valoir Petrowest et le Séquestre devant la Cour d’appel et notre Cour selon laquelle le Séquestre [TRADUCTION] « n’a pas expressément renoncé » aux Conventions d’arbitrage empêche de se fonder sur les conditions de l’Ordonnance de mise sous séquestre (par. 122, citant m.i., par. 102, et m.a., annexe B, par. 3 et 13). À mon avis, la procédure intentée par le Séquestre devant les tribunaux, et non devant un arbitre, pour recouvrer les créances a sans aucun doute eu pour *effet juridique* d’entraîner une renonciation à se fonder sur les Conventions d’arbitrage — conduite qui, je le répète, était autorisée par l’Ordonnance de mise sous séquestre elle-même. En effet, bien que, devant notre Cour, l’avocate du Séquestre ait invoqué à tort la doctrine de la séparabilité, sa position était que [TRADUCTION] « par sa conduite, le Séquestre a renoncé [aux] Conventions d’arbitrage » (transcription, p. 110).

[196] Je ne souscris pas non plus à la prétention de ma collègue selon laquelle notre Cour ne devrait pas interpréter l’Ordonnance de mise sous séquestre parce que cette question « n’a pas directement été soumis[e] à la Cour » et « n’a pas été pleinement débattue par les parties » (motifs de la juge Côté, par. 183 et 185). L’interprétation de l’Ordonnance de mise sous séquestre a été amplement débattue devant la Cour, tant dans l’argumentation écrite qu’à l’audience. Dans son mémoire, le Séquestre a fait valoir, par exemple, que [TRADUCTION] « [l]e séquestre nommé par le tribunal qui est autorisé par ordonnance judiciaire à renoncer à tout contrat du débiteur peut cesser d’exécuter des conventions d’arbitrage » (m.i., par. 101, citant le par. 3(c) de l’Ordonnance de mise sous séquestre). Le Séquestre a soutenu que [TRADUCTION] « le Séquestre nommé a été autorisé par ordonnance judiciaire à cesser d’exécuter tout contrat des intimées Petrowest » (m.i., par. 104, citant le par. 3(c) de l’Ordonnance de mise sous séquestre). L’interprétation qu’il convient de donner à l’Ordonnance de mise sous séquestre a également occupé une partie importante de l’audience

Tab

8

IN THE SUPREME COURT OF BRITISH COLUMBIA

Citation: 1057863 B.C. Ltd. (Re),
2022 BCSC 759

Date: 20220509
Docket: S206189
Registry: Vancouver

Between:

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

- and -

In the Matter of the *Business Corporations Act*, S.B.C. 2002, c. 57

- and -

**In the Matter of a Plan of Compromise or Arrangement of 1057863 B.C. Ltd.,
Northern Resources Nova Scotia Corporation, Northern Pulp Nova Scotia
Corporation, Northern Timber Nova Scotia Corporation, 3253527 Nova Scotia
Limited, 3243722 Nova Scotia Limited and Northern Pulp NS GP ULC**

Petitioners

Corrected Judgment: The text of the judgment was corrected on the front page on
June 15, 2022.

Before: The Honourable Justice Fitzpatrick

Reasons for Judgment

Counsel for the Petitioners:

H.L. Williams
S. Collins
H. Morrison, Q.C.
J. Roberts
N. Stewart

Counsel for Province of Nova Scotia:

R.G. Grant, Q.C.
M.P. Chiasson, Q.C.

Counsel for Paper Excellence Canada Holdings
Corporation:

P.J. Reardon

Counsel for the Monitor, Ernst & Young Inc.:	E. Pillon L. Nicholson
Counsel Pacific Harbor North American Resources Ltd:	B. Brammall
Counsel for Pictou Landing First Nation:	B. Hebert
Counsel for Nova Scotia Superintendent of Pensions:	J. Smith
Place and Date of Hearing:	Vancouver, B.C. March 31, 2022
Place and Date of Ruling with Written Reasons to Follow:	Vancouver, B.C. April 1, 2022
Place and Date of Written Reasons:	Vancouver, B.C. May 9, 2022

INTRODUCTION

[1] This is an application by the Petitioners for an order (the “Mediation Order”) pursuant to s. 11 of the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985 c. C-36 [CCAA]:

- a) approving a mandatory mediation process on the terms set out in a draft order (the “Mediation Process” or the “Mediation”);
- b) appointing the Honourable Thomas Cromwell C.C. as an officer of this Court to act as a neutral third-party mediator (the “Mediator”) and empowering him to determine the scope and procedure of the Mediation Process; and
- c) tolling and suspending filing deadlines or requirements to take steps, and other time prescriptions with respect to the “Mediation Claims”, as defined in the Mediation Order, without preventing any party to the Mediation Claims from taking any steps in respect of the Mediation Claims, if they so chose.

[2] The Petitioners assert that such an order is appropriate in order to advance their restructuring proceedings.

[3] The Petitioners are supported in this application by one of their shareholders and a major secured lender, Paper Excellence Canada Holdings Corporation (“PEC”). PEC is proposed as a party to the Mediation, along with another shareholder, Hervey Investment BV (Netherlands) (“Hervey”). The interim financier also supports the relief sought.

[4] The Province of Nova Scotia (“Nova Scotia”) is also a significant creditor, both secured and unsecured. Nova Scotia, however, has many other interests and issues that are at play in this CCAA proceeding beyond those as a creditor, as I will discuss below.

[5] Nova Scotia vigorously opposes the relief sought, particularly as a proposed party to the Mediation.

[6] At the conclusion of this hearing, I granted the Mediation Order sought, with written reasons to follow. These are my reasons.

FACTUAL BACKGROUND

[7] For the sake of brevity, I will not recount in detail the entire history of this matter, which is extensive. I will summarize the salient facts.

[8] In June 2020, I granted an initial order commencing this CCAA proceeding (the “Initial Order”).

[9] A more fulsome background of the course of the proceedings after June 2020 can be found in previous reasons issued: *1057863 B.C. Ltd. (Re)*, 2020 BCSC 1359 (the “Comeback Reasons” heard in August 2020) and *1057863 B.C. Ltd. (Re)*, 2021 BCSC 2499 (the “October 2021 Reasons”).

[10] The Petitioners are the owners of a pulp mill located in Pictou County, Nova Scotia, which has been in operation since 1967 (the “Pulp Mill”). The Pulp Mill is on the shores of Boat Harbour and is adjacent to reserve lands and other lands owned or controlled by the Pictou Landing First Nation (PLFN). As a necessary part of its operations at the Pulp Mill, the Petitioners leased and operated an effluent treatment facility (EFT) that was owned by Nova Scotia.

[11] The Petitioners’ debt is significant, at or approaching \$300 million.

[12] A very important background fact relates to the EFT.

[13] In 2015, with input from the PLFN, Nova Scotia passed the *Boat Harbour Act*, S.N.S. 2015, c. 4 [*BH Act*]. The *BH Act* provides:

Prohibition

3. On and after the earlier of January 31, 2020, and the date on which the Northern Pulp Nova Scotia Corporation ceases to use the Facility,

the use of the Facility for the reception and treatment of effluent from the Mill must cease.

No action lies

- 4(1) No action lies against Her Majesty in right of the Province or a member of the Executive Council in respect of the cessation of the use of the Facility for the reception and treatment of effluent from the Mill as a result of this Act
- (2) The enactment of this Act is deemed not to be a repudiation or anticipatory repudiation by Her Majesty in right of the Province of the lease agreement dated December 31, 1995, between Her Majesty in right of the Province and Scott Maritimes Limited, as extended by a lease extension agreement dated October 22, 2002, between Her Majesty in right of the Province and Kimberly-Clark Inc.

[14] Accordingly, the *BH Act* required that the Petitioners cease using the ETF (defined as the “Facility” in the *BH Act*) for the reception and treatment of effluent from the Pulp Mill by January 31, 2020. The Petitioners say that the deadline set out in the *BH Act* is contrary to the terms of the lease between Nova Scotia and the owners of the Pulp Mill (entered into prior to PEC’s involvement) that contemplated use of the ETF until December 2030.

[15] The Petitioners were unsuccessful in arranging for a replacement EFT (REFT) by January 2020, despite years of effort and significant cost spent after passage of the *BH Act*. Nova Scotia denied the Petitioners’ request for an extension of time. The Petitioners say they were not afforded sufficient time to undertake the necessary environment approval process to complete a REFT to avoid any shutdown of the Pulp Mill.

[16] As a result, in January 2020, the Pulp Mill operations ceased, as required by the *BH Act*.

[17] By that time, conflict and legal issues had emerged between the Petitioners and Nova Scotia.

[18] The Petitioners asserted compensation claims against Nova Scotia arising from the closure of the Pulp Mill, despite s. 4 of the *BH Act*. In addition, by May 2020, the Petitioners had filed a judicial review and an appeal arising from decisions

made by Nova Scotia's Ministry of Environment and Climate Change (NSECC) (both were abandoned in summer 2021).

[19] The consequences of the closure of the Pulp Mill to the Petitioners and their stakeholders have been significant, and are the genesis of the CCAA proceedings. In his written submissions, the Petitioners' counsel states:

The [Pulp] Mill's closure has had far-reaching and considerable consequences for stakeholders. Before the closure, the Petitioners employed approximately 200 unionised persons, 135 other full-time employees, including salaried persons, and retained approximately 600 contractors on a full or part-time basis. As of June 2020, most had been laid off or terminated and approximately 32 employees and 18 seasonal part-time employees remained. For Northern Pulp, the cessation of pulp production at the [Pulp] Mill has resulted in a steep decline in its operating revenues from \$275,827,329 for the year ended December 31, 2019 to just \$13,320,167 for the four months ended April 30, 2020, which included \$10,641,005 in revenues from sales of pulp produced before pulp production ceased on January 12, 2020. With no ordinary course operational prospects to recommence producing pulp in the near future at the [Pulp] Mill, the Petitioners found themselves in a liquidity crisis and applied for protection under the CCAA.

[20] The Initial Order allowed for an initial stay of proceedings and the other usual relief.

[21] On August 6, 2020, this Court pronounced an Amended and Restated Initial Order (the "ARIO"). The ARIO included approval of an interim financing facility with a maximum draw amount of \$15 million (the "Interim Financing Facility"), which limit was later increased. At present, substantial amounts have been drawn down.

[22] The Interim Financing Facility was to be primarily used by the Petitioners to undertake the necessary environmental assessment (EA) process to develop a REFT so that the Pulp Mill can be restarted.

[23] In addition, as discussed in the *Comeback Reasons* at paras. 49-53, I concluded that the rights of the Petitioners under their claims against Nova Scotia, in relation to the *BH Act* (and at the time, the judicial review and appeal), were "litigation assets" that the Petitioners sought to preserve for the benefit of their

stakeholders. In July 2020, when the ARIO was granted, the Petitioners' budget anticipated payment of certain legal expenses to preserve these "litigation assets", which I approved: *Comeback Reasons* at para. 53. Only a portion of those budgeted expenses were later expended.

[24] In August 2020, I found that the Petitioners' "kernel of a plan" was essentially a dual track process – to advance the development of a REFT so as to allow a restart of the Pulp Mill while preserving, if not advancing, certain litigation claims against Nova Scotia. In the *Comeback Reasons*, I stated:

[52] The Petitioners say that they have continued the litigation - and are still considering the BH Claim - against Nova Scotia only as a backdrop if they are not able to resolve their outstanding claims against Nova Scotia through negotiation and settlement. ...

[Emphasis added.]

[25] In October 2021, this Court extended the stay until April 30, 2022.

[26] By fall 2021, the Petitioners' efforts to materially advance the EA process had had limited success, particularly given setbacks in their plans arising from decisions of the Nova Scotia Ministry of Environment and Climate Change in summer 2021: see *October 2021 Reasons* at paras. 10, 16). Since October 2021, the Petitioners have continued in their efforts to advance the EA process, leading to the necessary EA filings in November 2021 and the issuance by Nova Scotia of the necessary terms of reference (ToR) for the REFT development on March 14, 2022. The Petitioners are currently considering the ToR – which includes provisions neither sought nor wanted by them - and they intend to respond.

[27] At this hearing, the Petitioners' counsel confirmed what had been stated from the outset of and throughout this proceeding - namely that the dual track "kernel of a plan" was to:

... pursue alternatives to the Replacement ETF for re-starting the Mill, which remains the preferred outcome for the Petitioners in these CCAA Proceedings. In connection with the restarting of the Mill, the Petitioners also seek a settlement with the Province in respect of the Claims. A successful resolution of both issues is critical to the successful restart of the Mill and the

Petitioners' eventual emergence from these CCAA Proceedings as a going concern.

[Emphasis added.]

[28] I am satisfied that the Petitioners continue to engage in the EA process in a reasonable manner, all with some oversight by the Monitor as set out in its various reports to the Court.

[29] Throughout these proceedings, and likely before, the Petitioners have sought to engage Nova Scotia in discussions to address their claims against Nova Scotia. Nova Scotia has refused to engage with the Petitioners.

[30] In April 2021, Nova Scotia acknowledged the Petitioners' efforts to engage in settlement discussions, but indicated that it was first necessary for them to advance the EA process "to a credible stage". Nova Scotia's linked approach to the two issues – the EA process and settlement discussions - was similar to that of the Petitioners. On May 28, 2021, the Petitioners stated in a letter to Nova Scotia:

... the results of the Settlement Discussions will directly and materially impact the business viability associated with transforming Mill operations to meet community expectations and environmental standards as outlined in the Mill Vision and Project description, including the extraordinary capital costs associated with this transformational program.

[31] Nova Scotia did not respond to the Petitioners' May 28, 2021 letter. In August 2021, the Petitioners sent further correspondence to Nova Scotia suggesting mediation.

[32] In September 2021, Nova Scotia's position in relation to any settlement had substantially hardened. Nova Scotia advised that it was opposed to any mediation. In addition, Nova Scotia advised that any settlement discussions were premature since a claim had not been filed:

... While the Province has advised it is not opposed to the idea of alternative dispute resolution relating to these claims, such discussions would be premature at this time. A claim has yet to be filed. Any claim filed would have to be evaluated in conjunction with the Boat Harbour Act, together with the evidence supporting each allegation before the Province would consider entering into an alternative dispute resolution process.

[33] By October 2021, the Petitioners continued to pursue a potential resolution of their claims against Nova Scotia. Nova Scotia continued to refuse to discuss any potential claim. In addition, Nova Scotia refused to toll the upcoming limitation period in respect of the Petitioners' claims.

[34] As a result, in October 2021, the Court granted an order approving the expenditure by the Petitioners of up to \$450,000 to fund litigation expenses by the Petitioners during the stay extension to April 30, 2022. This funding was in part intended to allow the Petitioners to file a claim in the Nova Scotia Supreme Court to preserve the viability of their "litigation asset" (i.e. the claim against Nova Scotia): *October 2021 Reasons* at paras. 33-37, 44-47.

[35] Since October 2021, the Monitor has also made efforts to advance settlement discussions between the Petitioners and Nova Scotia, to no avail.

[36] On December 16, 2021, the Petitioners filed a notice of action in the Nova Scotia Supreme Court against Nova Scotia in HFX Action No. 511473 (the "Action"). Nova Scotia has yet to file a statement of defence. PEC and Hervey are also plaintiffs in the Action and are funding 20% of the litigation costs.

[37] The Petitioners contend that the value of their claims in the Action could exceed \$450 million.

[38] To assist in considering the Petitioners' application for the Mediation Order, I have received and reviewed the Monitor's Ninth Report dated March 29, 2022 (the "Ninth Report").

THE PROPOSED MEDIATION

[39] On November 19, 2021, the Petitioners notified Nova Scotia of their intention to seek the Mediation Order.

[40] The Petitioners describe the proposed Mediation, as set out in the Mediation Order, as follows:

- a) Its primary purpose is to facilitate a global resolution to all their claims against Nova Scotia, together with any other claims as determined by the Mediator that should be included. Further claims that may be included are those of PLFN in relation to their litigation against certain of the Petitioners and Nova Scotia. Claims that will not be included relate to any environmental regulatory approval proceedings (collectively, the “Mediation Claims”) (para. 3(b));
- b) Parties to the Mediation would include the Petitioners, PEC, Hervey and Nova Scotia and possibly others, including PLFN (para. 1(g));
- c) No party has objected to the appointment of Mr. Cromwell as the Mediator, particularly as to his expertise in assisting in a resolution of the Petitioners’ large and complex claims against Nova Scotia. The proposed Mediation Order provides the Mediator with a broad mandate that includes substantial flexibility to create and adapt a process to encourage discussion and hopefully, a settlement, between the parties (paras. 2-4);
- d) The Mediation is intended to avoid or minimize litigation costs and delays associated with the Petitioners’ in the Action; and
- e) The Mediation is intended to monetize what the Petitioners say is one of their material assets and which is a “key component” to their CCAA restructuring process, including in relation to the development of the REFT through the EA process toward a restart of the Pulp Mill.

[41] The Petitioners emphasize that the Mediation Order has been designed to minimize prejudice to any party. In particular, they say that the Mediation is confidential, privileged and non-binding (para. 8).

[42] In addition, the Mediation Order provides for a stay and extension (described as “tolling”) of filing deadlines, time limitations and other restrictions in relation to the Mediation Claims while the Mediation is ongoing and for 90 days afterward (para. 9).

Otherwise, the Mediation is designed to be without prejudice to the litigation of the Mediation Claims should mediation prove unsuccessful. This is intended to allow the parties to focus on a possible resolution of the claims, rather than spend time and cost in advancing the litigation in the Action.

[43] Finally, any final settlement reached pursuant to the Mediation Process will be binding on all parties, and subject to approval of this Court to the extent it affects the interests of the Petitioners (para. 10).

LEGAL PARAMETERS

[44] There is no dispute that this Court has the jurisdiction to grant the Mediation Order under its broad statutory jurisdiction under the CCAA.

[45] Section 11 of the CCAA provides:

11. Despite anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-Up and Restructuring Act*, if an application is made under this Act in respect of a debtor company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, subject to the restrictions set out in this Act, on notice to any other person or without notice as it may see fit, make any order that it considers appropriate in the circumstances.

[46] The broad scope of this statutory jurisdiction as to what is “appropriate” has been the subject of substantial discussion in various Supreme Court of Canada decisions: *Century Services Inc v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60 at paras. 61-62 [*Century Services*]; 9354-9186 *Québec inc. v. Callidus Capital Corp.*, 2020 SCC 10 at para. 65 [*Callidus*]; and most recently, *Canada v. Canada North Group Inc.*, 2021 SCC 30 at paras. 21 and 31 [*Canada North*].

[47] In *Canada North*, Justice Côté, writing for the majority, synthesized the previous two decisions of the Court and stated:

[21] The most important feature of the CCAA - and the feature that enables it to be adapted so readily to each reorganization - is the broad discretionary power it vests in the supervising court (*Callidus Capital*, at paras. 47-48). Section 11 of the CCAA confers jurisdiction on the supervising court to “make any order that it considers appropriate in the circumstances”. This power is vast. As the Chief Justice and Moldaver J. recently observed in their joint reasons, “On the plain wording of the provision, the jurisdiction

granted by s. 11 is constrained only by restrictions set out in the CCAA itself, and the requirement that the order made be ‘appropriate in the circumstances’ (*Callidus Capital*, at para. 67). Keeping in mind the centrality of judicial discretion in the CCAA regime, our jurisprudence has developed baseline requirements of appropriateness, good faith and due diligence in order to exercise this power. The supervising judge must be satisfied that the order is appropriate and that the applicant has acted in good faith and with due diligence (*Century Services*, at para. 69). The judge must also be satisfied as to appropriateness, which is assessed by considering whether the order would advance the policy and remedial objectives of the CCAA (para. 70). ...

[Emphasis added.]

[48] Similarly, in *Canada North*, Justice Karakatsanis, in concurring reasons, stated:

[138] Due to its remedial nature, the CCAA is famously skeletal in nature (*Century Services*, at paras. 57-62). It does not “contain a comprehensive code that lays out all that is permitted or barred” (para. 57, quoting *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513, at para. 44, per Blair J.A.). Under s. 11, for example, the court may make any order that it considers appropriate in the circumstances, subject to the restrictions set out in the Act. Section 11 has been described as “the engine that drives this broad and flexible statutory scheme” (*Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5 (C.A.), at para. 36; see also 9354-9186 *Québec inc.*, at para. 48). Deschamps J. observed in *Century Services* that these discretionary grants of jurisdiction to the courts have been key in allowing the CCAA to adapt and evolve to meet contemporary business and social needs. Although judicial discretion must always be exercised in furtherance of the CCAA’s remedial purpose, it takes many forms and has proven to be flexible, innovative, and necessary (paras. 58-61; *U.S. Steel Canada Inc., Re*, 2016 ONCA 662, 402 D.L.R. (4th) 450, at para. 102).

[Emphasis added.]

[49] Accordingly, this Court has broad statutory jurisdiction to grant the Mediation Order under the CCAA, if it is “appropriate”. A determination in that respect will depend on the unique factual landscape in the restructuring which can be, as it is here, complex: *Callidus* at para. 76.

[50] The CCAA has long been considered an example of judicial adaptation, innovation and evolution, particularly when the statute was even more “skeletal” than it is now: *Century Services* at para. 57-58.

[51] While that broad statutory jurisdiction or power is “vast”, as described by Côté J. in *Canada North*, there are constraints. The Petitioners must be acting in good faith and with due diligence. In addition, any relief granted must be consistent with the statutory objectives of the CCAA and in furtherance of its remedial purposes. In considering the relevant factual circumstances, the overarching question is whether both the purpose of the order sought and the means it seeks to employ advance the remedial purpose of the CCAA: *Century Services* at paras. 59 and 70; *Callidus* at paras. 49, 50 and 70.

[52] The burden to establish that any relief is appropriate is on the Petitioners: *Century Services* at para. 69.

[53] It has been long recognized by the courts that negotiation and compromise can greatly assist a debtor in taking advantage of the benefits of the CCAA process. Indeed, the stay of proceedings – which allows “breathing room” for negotiation and compromise – has unquestionably been considered an integral measure toward achieving the remedial purposes of the CCAA: *Canada North* at para. 19; *Century Services* at para. 22.

[54] In that vein, the Petitioners refer to the comments in *Canadian Red Cross Society/Société canadienne de la Croix-Rouge (Re)* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299 (Ont. S.C.J.), where Justice Blair (as he then was) stated:

[45] ... It is not infrequently that judges are told, by those opposing a particular initiative at a particular time, that if they make a particular order that is requested it will be the first time in Canadian jurisprudence (sometimes in global jurisprudence, depending upon the level of the rhetoric) that such an order has made! Nonetheless, the orders are made, if the circumstances are appropriate and the orders can be made within the framework and in the spirit of the CCAA legislation. Mr. Justice Farley has well summarized this approach in the following passage from his decision in *Lehndorff General Partner Ltd., Re* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24 (Ont. Gen. Div. [Commercial List]), at p. 31, which I adopt:

The CCAA is intended to facilitate compromises and arrangements between companies and their creditors as an alternative to bankruptcy and, as such, is remedial legislation entitled to a liberal interpretation. It seems to me that the purpose of the statute is to enable insolvent companies to carry on business in the ordinary course or *otherwise deal with*

their assets so as to enable plan of compromise or arrangement to be prepared, filed and considered by their creditors for the proposed compromise or arrangement which will be to the benefit of both the company and its creditors. See the preamble to and sections 4, 5, 7, 8 and 11 of the CCAA (a lengthy list of authorities cited here is omitted).

The CCAA is intended to provide a structured environment for the negotiation of compromises between a debtor company and its creditors for the benefit of both. Where a debtor company realistically plans to continue operating or to *otherwise deal with its assets* but it requires the protection of the court in order to do so and it is otherwise too early for the court to determine whether the debtor company will succeed, relief should be granted under the CCAA (citations omitted)

[Underline added.]

[55] Similar comments – regarding the importance of allowing an opportunity for the stakeholders to engage in negotiations toward a possible compromise in CCAA proceedings - were echoed by Justice Deschamps in *Century Services*:

[70] ... Courts should be mindful that chances for successful reorganizations are enhanced where participants achieve common ground and all stakeholders are treated as advantageously and fairly as the circumstances permit.

...

[77] The CCAA creates conditions for preserving the *status quo* while attempts are made to find common ground amongst stakeholders for a reorganization that is fair to all. ...

[56] The Petitioners refer to various authorities where mediation was ordered by the court in CCAA proceedings. I will discuss those authorities below.

IS THE MEDIATION ORDER APPROPRIATE?

[57] As stated above, the Petitioners' application for the Mediation Order is supported by significant stakeholders. PLFN takes no position.

[58] Nova Scotia, also a significant stakeholder, adamantly opposes the relief sought.

Positions of the Petitioners and Nova Scotia

[59] The Petitioners says that the Mediation is appropriate in the circumstances as it furthers the remedial purpose of the CCAA, furthers their restructuring efforts and will encourage compromise among stakeholders (particularly, Nova Scotia), while balancing any prejudice.

[60] The Petitioners also say that allowing the Mediation Parties to reach a settlement regarding, among other things, the Mediation Claims will allow them to realize on this important and valuable asset. They refer to the Mediation as being a streamlined and efficient process that has the real prospect of avoiding protracted years of litigation and substantial litigation costs that would otherwise be incurred.

[61] The Petitioners say that a settlement would assist them in meeting their other primary goals in these CCAA proceedings – namely, proceeding with the EA process toward restarting the Pulp Mill. They say that an injection of funds arising from any settlement of the Mediation Claims could be used to successfully restructure and exit these CCAA proceedings, and to assist funding the re-start of the Pulp Mill. The Petitioners say that reaching both goals makes it more likely that they will successfully emerge from these CCAA proceedings.

[62] The Petitioners argue that this result would provide numerous benefits to the Petitioners' stakeholders, including, among others, local communities, their former and current employees, their pensioners, the Nova Scotia forestry industry specifically, and the Nova Scotia economy more generally.

[63] Generally, Nova Scotia argues that the Mediation Order is not appropriate for the following reasons:

- a) The circumstances are unlike other CCAA proceedings where mediation has been ordered;
- b) The potential benefits of mediation at this time do not outweigh the costs of mediation, particularly the prejudice to Nova Scotia; and

- c) The Mediation Order will not further the restructuring or the remedial objectives of the CCAA – at least, not at this time.

[64] The respective positions of the Petitioners and Nova Scotia provide useful headings for the necessary analysis. I will expand upon Nova Scotia's points of objection below.

Is there a Precedent for the Mediation Order?

[65] The Petitioners refer to many case authorities where mediation was ordered by the court, under the authority of s. 11 of the CCAA.

[66] In *Nortel Networks Corporation (Re)*, 2011 ONSC 4012, Justice Morawetz (as he then was), ordered mandatory mediation with respect to the allocation issues that arose between the various debtor groups. The Court commented on the benefits that might be achieved by that mediation:

[17] A protracted delay in the progress of the cases will only exacerbate an already unfortunate situation for the many individual creditors. With extended delay comes uncertainty. For many, uncertainty brings considerable stress and a bad situation becomes even worse. Clearly, the consequences of extended litigation are not desirable.

[18] Both Courts concluded that the parties could benefit from the appointment of a mediator so that they can continue to make progress towards the ultimate resolution of Nortel matters. Consequently, both the U.S. Court and this Court directed that the parties, who participated in the hearing on June 7, 2011, engage in mediation pending the release of decisions in both motions. The mediator will have the authority to include such other parties as he deems appropriate, in his discretion.

[67] The Petitioners also refer to mediation orders approved in other CCAA proceedings:

- a) *Canadian Red Cross Society / Société Canadienne de la Croix Rouge (Re)* (2000), 19 C.B.R. (4th) 158 at para. 9 – regarding mediation of certain pension issues;
- b) *In the Matter of A Plan of Compromise or Arrangement of JTI-Macdonald Corp*, ONSC File No CV-19-615862-00CL, Second

Amended and Restated Initial Order, pronounced on March 8, 2019 (paras. 40-45); *JTI-Macdonald Corp. (Re)*, 2019 ONSC 1625 – regarding certain Tobacco Claims against the debtor;

- c) *In the Matter of A Plan of Compromise or Arrangement of Imperial Tobacco Canada Limited*, ONSC File No CV-19-616077-00CL, Second Amended and Restated Initial Order, pronounced on March 12, 2019 (paras. 39-44); *Imperial Tobacco Canada Limited, et al, (Re)*, 2019 ONSC 1684 at para. 16 - regarding certain Tobacco Claims against the debtor;
- d) *In the Matter of A Plan of Compromise or Arrangement of Rothmans, Benson & Hedges Inc.*, ONSC File No CV-19-616779-00CL, Second Amended and Restated Initial Order, pronounced on April 25, 2019 (paras. 39-43) - regarding certain Tobacco Claims against the debtor;
- e) *In the Matter of A Plan of Compromise or Arrangement of CannTrust Holdings Inc.*, ONSC File No CV-20-00638930-00CL, Mediation Order, pronounced on May 8, 2020 – regarding class action litigation against the debtors; and
- f) *In the Matter of A Plan of Compromise or Arrangement of Laurentian University of Sudbury*, ONSC File No CV-21-00656040-00CL, Order (Re: Appointment of Mediator), pronounced on February 5, 2021; *Laurentian University of Sudbury (Re)*, 2021 ONSC 659 at paras. 72-77; *Laurentian University of Sudbury (Re)*, 2021 ONSC 951 – to assist in various restructuring issues, including programming and collective agreement grievances.

[68] Nova Scotia correctly points out that all of the above cases can be distinguished from the circumstances here – namely, where the claim is asserted by a debtor (the Petitioners) against a creditor (Nova Scotia), rather than the reverse. Nova Scotia also argues that the CCAA proceedings in those cases are

distinguishable in that there was either urgency, the proposed mediation was directly relevant to the success of the CCAA proceedings or the affected parties consented to mediation. I address each of these alleged distinctions below.

[69] I acknowledge and accept the unique circumstances of the proposed Mediation, in that it involves claims by the Petitioners, rather than claims against them. Nevertheless, the lack of precedent for such relief does not, in and of itself, dictate the result here. To suggest otherwise would entirely suffocate the ability of judges in CCAA proceedings to address new matters and issues as they arise within the “hot house of real-time litigation”: *Century Services* at para. 58.

[70] As Lord Denning famously said in *Packer v. Packer*, [1953] 2 All E.R. 127 (C.A.) at 129:

What is the argument on the other side? Only this, that no case has been found in which it has been done before. That argument does not appeal to me in the least. If we never do anything which has not been done before, we shall never get anywhere.

[71] As stated above, the history of the CCAA is one of evolution and adaptation to meet the particular factual matrix and issues before the court. The broad discretion afforded by s. 11 allows the court to meet and address any unique circumstances and those without precedent, assuming of course that the relief sought is appropriate and consistent with the CCAA’s statutory objectives.

[72] I also disagree with Nova Scotia that the proposed mediation is not directly relevant to the success of the CCAA proceedings.

[73] Throughout these proceedings, the Petitioners have consistently articulated that settlement discussions with Nova Scotia regarding its claims are essential to a successful outcome in these CCAA proceedings and the re-start of the Pulp Mill.

[74] In Bruce Chapman’s Affidavit #1 sworn June 16, 2020 at para. 77, he stated that if CCAA protection was granted, the Petitioners intended to restructure their affairs on various fronts, including by:

(e) engaging in settlement discussions with the Province in relation to claims pursuant to the Agreements in connection with or arising from the reduction in the term of the Lease from December 31, 2030 to January 31, 2020 as a result of the [BH Act];

[75] The Interim Financing Facility, which was intended to provide the necessary financing during these CCAA proceedings, specifically referred to certain milestones to be met by the Petitioners with respect to the proposed settlement discussions.

[76] The Petitioners' position is also supported by the Monitor in its Seventh Report dated September 22, 2021:

44. The terms of the IFF and the EA Timeline contemplated the Petitioners entering into and making progress in respect of settlement discussions with the Province as a condition and Milestone in the ongoing access to financing. The EA Timeline, as introduced in the Sixth Report, envisaged settlement discussions commencing on May 20, 2021. In order to ensure the ongoing access to financing, it will be necessary for the parties to address the settlement issue.
45. The Monitor understands that Northern Pulp has sent correspondence to the Province with respect to the potential of entering into a tolling arrangement and agreeing to further amendments to the milestones in the IFF Term Sheet to provide time required to obtain EA approvals and successfully resolve issues between the parties. The Monitor is assisting the parties and hopes that a mutually agreeable resolution can be reached.
46. If a resolution is not reached in the near future, it is likely that statute of limitations issues will result in the Petitioners filing of legal proceedings in order to preserve their legal rights. Litigation is likely to be costly and could span a number of years. A lengthy litigation period will have a significant adverse impact on the viability of a new Mill.

[Emphasis added.]

[77] I agree with the Petitioners that achieving a positive result in respect of their claims against Nova Scotia has a real prospect to enhance their chances of success in exiting these proceedings. It is beyond question that this result is a core statutory objective under the CCAA, intended to benefit all stakeholders, in place of a liquidation scenario with the usual negative consequences that entails: *Century Services* at para. 15-18.

[78] I also disagree with Nova Scotia that there are no “urgent circumstances” that require mediation. Nova Scotia points to the fact that the Pulp Mill has been closed now for over two years.

[79] While I would not describe the current circumstances as “critical”, there are aspects of urgency to the relief sought, although I would emphasize that the Petitioners are not required to establish “urgency”, only appropriateness. The Petitioners have been undertaking this restructuring proceeding now for almost two years. While the EA process has been unfolding over that time (albeit admittedly more slowly than anyone wanted), the Petitioners are now approaching what I might describe as an inflection point. They have received the ToR, which I understand provides somewhat of a “roadmap” for the remainder of the EA process, which is intended to be completed by mid-2024.

[80] I have no reason to disbelieve Mr. Chapman’s statement found in his Affidavit #11 sworn February 3, 2022 at para. 13(c), where he describes a settlement with Nova Scotia as a:

... key component of determining the risks and capital requirements to complete the Project and restart the Mill.

[81] Nothing in the Mediation is intended to affect the EA process. Leaving aside the disagreements between the Petitioners and Nova Scotia on the terms of the ToR, the Petitioners state that a mediation is required in the near future in terms of their continued engagement in the EA process.

[82] The responsibility of the Court is to ensure that matters continue in the CCAA proceeding at a reasonable pace, consistent with the need for the Petitioners to act “with due diligence”. The Petitioners have been trying to address this issue for some time now. Nova Scotia has refused to do so, for various reasons. I make no comment on the merit of those reasons.

[83] However, in my view, the time has come to determine whether any settlement is achievable that will allow the Petitioners to proceed on their chosen path. More

certainty, if it can be achieved, would be for the benefit of all stakeholders. In that sense, it is important to resolve the Petitioners claims as quickly as possible, if that can be done.

[84] Nova Scotia argues that it does not want to participate in any Mediation and that it is unfair to force it to do so. Nova Scotia says that a mediation in these circumstances is not useful and is not likely to be productive.

[85] I acknowledge that bringing an unwilling participant into what is essentially a voluntary process is unusual. It is abundantly clear that Nova Scotia disclaims any liability to the Petitioners in respect of their claims, particularly arising from the *BH Act* provisions. Nova Scotia states that it does not deem it to be in the “public interest” to engage in any negotiations at this time.

[86] Ideally, all parties should be ready, willing and able to approach the mediation and engage in meaningful dialogue toward the goal of a settlement. Unwillingness by a party to engage in that process (such as exhibited by Nova Scotia) has the potential to reduce the chances for a successful outcome.

[87] Having said that, government or court imposed mandatory mediation processes can be found across Canada. For example, in BC, the *Notice to Mediate (General) Regulation*, B.C. Reg. 4/2001 under the *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, c. 253 allows a party to initiate mandatory mediation by serving a Notice to Mediate in respect of certain civil matters.

[88] In addition, court orders that are intended to bring recalcitrant parties to the table are also not unheard of in CCAA proceedings. The stay is a classic example.

[89] The court has consistently heavily discounted the protestations of creditors to participate in the CCAA process in fashioning appropriate relief. For example, the court will rarely give heed to the bald statements of secured creditors that they would not support a plan in any circumstance and that the proceeding is “doomed to fail” and should stop. As Justice Newbury stated in *Asset Engineering LP v. Forest & Marine Financial Limited Partnership*, 2009 BCCA 319:

[27] ... I am not aware of any authority that permits a creditor to forestall an application under the Act on this basis, and I doubt Parliament intended that the court's exercise of its statutory jurisdiction could be neutralized in this manner. ...

[90] Nova Scotia's statement to the effect that the mediation "will not likely to lead to a settlement" must be viewed through the same lens.

[91] In conclusion, I am not convinced that Nova Scotia's objection to participating in the Mediation should dictate the result on this application.

What are the Benefits/Costs/Prejudice?

[92] I accept the statement of Nova Scotia's counsel that an order that is appropriate will involve a consideration of and balancing of the interests of the various stakeholders in the CCAA proceeding.

[93] I have conducted that balancing exercise and in doing so, have considered the significant stakeholders before me on this application (such as Nova Scotia, PEC, the interim financier, PLFN and the pensioners). Many other stakeholders, such as former employees, are not represented on this application, but I have also considered the matter from their point of view. I have also considered the broader stakeholders' interests in the community.

[94] There will be some cost to conduct the Mediation. Mr. Chapman estimates the costs of the Mediator at approximately \$385,000. The Petitioners estimate their legal costs to be approximately \$545,000. Nova Scotia will also no doubt bear some costs, as will any other party, such as PLFN, if they join in.

[95] Nevertheless, in the context of this large and complex matter, and the amounts involved, I conclude that these costs are justified and that the costs of the Mediation should be funded under the Interim Financing Facility. I do not agree with Nova Scotia that it would be a futile waste of resources.

[96] In my view, the benefits of a Mediation are manifest. If a settlement is achieved, I accept the position of the Petitioners that such a result will materially enhance their ability to proceed to a successful restructuring.

[97] If no settlement is achieved, there may nevertheless be benefits in the form of a narrowing of the issues between the Petitioners and Nova Scotia. In this respect, Nova Scotia argues that a mediation is not appropriate “at the current stage” given that the parties have not defined the issues through the pleadings in the Action. This argument is, in my view, disingenuous. Having now been in possession of the notice of action for over three months, Nova Scotia can file a notice of defence at any time it wishes. It has not done so for unknown reasons. It does not lie in Nova Scotia’s mouth to suggest that the issues have not yet been defined when they are more than able to do just that. As the Petitioners’ counsel aptly put it, “the Province is the architect of its own [asserted] barriers to negotiation”.

[98] In fact, Nova Scotia could choose to present its issues and its position on the issues in the course of the Mediation, rather than filing pleadings in the Action.

[99] It is also unclear to me what steps in the Mediation might be a duplication of mandatory steps in the Action, or what that cost might be, as stated by Nova Scotia. It strikes me that there is likely to be some overlap, but advancing the matter in the Mediation could also produce materials that can be easily transferred to the Action, if it proceeds at the end of the day.

[100] Nova Scotia also states that there has been no document disclosure between the parties. However, I have no doubt that the parties have already identified what I would described as the “key” documents that define their relationship, rights and responsibilities. In addition, further documents can be produced through the Mediation.

[101] There may be also be other benefits that are not apparent to the Court or the parties at this time.

[102] Nova Scotia alleges that it will be prejudiced by the Mediation Order. Nova Scotia says that a suspension of deadlines in the Action undermines its right to make full answer and defence. This is not true. Nova Scotia remains fully able to file its notice of defence in the Action, which to date it has declined to do. Nova Scotia also argues that the Mediation Order “interferes” with a full exploration of the evidence and merits of the parties’ positions. This is also untrue in that those matters can be explored within the Mediation to the extent that it has not already been completed in the Action.

[103] I confess that I am unable to discern any real or material prejudice to Nova Scotia in these circumstances, beyond the payment of some legal costs.

Will the Mediation Order Further the CCAA’s Remedial Purposes?

[104] Nova Scotia first argues that the EA process must be the “primary focus” of these CCAA restructuring proceedings if the Petitioners are to emerge from CCAA protection.

[105] This point is already addressed and met in the discussion above. The EA process is a major focus of the CCAA proceedings – but so equally are the Petitioners’ efforts to achieve a satisfactory settlement with Nova Scotia. Given the extension and lengthy history of the latter, and the Petitioners’ efforts in that regard, this should not come as any surprise to Nova Scotia. The evidence supports that the Petitioners have stated all along that a restart of the Pulp Mill, after the EA process, is the “preferred outcome” of these proceedings, *in conjunction with* a settlement with Nova Scotia.

[106] Nova Scotia also argues that the Mediation will not further the EA process. This is strictly true, as confirmed by the terms of the proposed Mediation Order in para. 1(f) which defines “Mediation Claims” as not including any “environmental regulatory approval proceedings, including any judicial review or appeal thereof”.

[107] The Petitioners recognize and acknowledge that the EA process is a process conducted by the MOE independent of Nova Scotia. In addition, I am satisfied that

the Mediation Order does not allow the Mediator to interpose himself in the EA process and interfere with it, which was confirmed to Nova Scotia's counsel at the hearing in the face of their stated concerns.

[108] However, it is also true that any settlement that might be achieved, which I understood from the Petitioners is hoped to be financial, could be used by the Petitioners to allow them to *undertake and complete* the EA process.

[109] I have no hesitation concluding that the Mediation Order is consistent with the remedial purposes of the CCAA.

CONCLUSION

[110] This Court has the jurisdiction under s. 11 of the CCAA to grant the Mediation Order.

[111] The Monitor states in its Ninth Report that the Petitioners are acting in good faith and with due diligence. I agree.

[112] I am also satisfied that the Mediation Order in this proceeding and at this time will further the statutory and remedial objectives of the CCAA. It will provide the parties an opportunity to attempt to achieve a settlement through a confidential and non-binding process with the assistance of the Mediator. This process has the real potential to assist the Petitioners in a successful restructuring for the benefit of all stakeholders, including Nova Scotia.

[113] Attendance at the Mediation is mandatory, but no agreement is to be dictated by this Court, any party or the Mediator. As such, Nova Scotia suffers little, if any prejudice by its participation in the Mediation. In the meantime, the parties can direct their focus and resources on the Mediation/potential settlement, rather than launch into protracted and costly litigation, including in the Action, that may serve to only deepen the distrust and discord that currently exists between the Petitioners and Nova Scotia.

[114] If no settlement emerges from the Mediation, the Petitioners and Nova Scotia are in the substantially the same position they presently find themselves in.

[115] I conclude that the Petitioners have met their burden to establish that the granting of the Mediation Order is appropriate. I grant the Mediation Order. My conclusion is consistent with the views of the Monitor, who at para. 44 of its Ninth Report makes a number of comments about the Mediation Process. I echo the Monitor's statement in their Ninth Report:

46. The Monitor continues to support the parties considering means by which they can facilitate active and meaningful dialogue, in an effort to use the time available in the CCAA Proceedings effectively.

[116] I am also satisfied that the specific terms of the Mediation Order are appropriate.

[117] Paragraph 3 of the Mediation Order provides the Mediator with considerable flexibility and discretion in conducting the Mediation, which is no doubt needed in these complex circumstances. Pursuant to paras. 3(b) and 5 of the Mediation Order, the Monitor is also able to assist the Mediator, as required and appropriate; the Monitor's involvement may benefit the Mediation given the Monitor's involvement in the proceedings to date and their knowledge and understanding of the parties, factual landscape and issues.

[118] The powers of the Mediator set out in the Mediation Order are consistent with those set out in previous CCAA orders, as set out above: see, for example, *Nortel Networks* at para. 18-20; *Stelco Inc (Bankruptcy) (Re)* (2005), 11 C.B.R. (5th) 163, 2005 CanLII 17923 (O.N.S.C.) at para. 3.

[119] I am also satisfied that it is appropriate to exercise the Court's jurisdiction to stay, suspend or "toll" the deadlines and any other restrictions that apply to the claims to be addressed in the Mediation (Mediation Order, para. 9). No party, let alone Nova Scotia, disputes this jurisdiction.

[120] This jurisdiction extends to any such deadlines or restrictions that arise in the Action commenced in Halifax.

[121] In the CCAA proceedings in *JTI-Macdonald Corp. (Re)*, 2019 ONSC 2222, the Ontario court granted relief that restricted a party from taking steps to file an appeal from an order granted in Quebec litigation. Justice McEwen stated:

[19] The above-noted purpose, in my respectful view, provides this court with jurisdiction to deal with proceedings other than those that simply arise before the Ontario Superior Court of Justice. The CCAA legislation is remedial in nature. In order to allow for the proper restructuring of debtor companies, or in this case settlement of multiple significant lawsuits, it would be undesirable to restrict the discretion of this court to matters at the Superior Court level. It would lead to a chaotic situation where only proceedings before the Superior Court and/or other provincial trial courts were stayed but proceedings that had reached the appeal courts were allowed to proceed. This would significantly hamper the stated purpose of the CCAA, which is to attempt to negotiate a compromised plan of arrangement.

[122] To similar effect, McEwen J. also concluded that he had jurisdiction to extend any prescription, time or limitation period relating to a proceeding for or against the debtors or related entities that may expire: *JTI-Macdonald Corp. (Re)*, 2019 ONSC 2222 at para. 27. See also *Scaffold Connection Corp. (Re)*, 2000 ABQB 35 at para. 26; *Carillion Canada Holdings Inc. (Re)*, 2022 ONSC 66 at para. 28.

[123] I agree with the Petitioners that the stay/tolling provisions in the Mediation Order will allow them and Nova Scotia to focus on the Mediation without the distraction of ongoing filing deadlines within the Action, which might hamper the prospects of a successful mediation. Accordingly, these provisions will enhance the Petitioners' restructuring efforts, consistent with the objectives of the CCAA. These provisions also preserve all rights within the Action if the Mediation fails to produce a settlement. In these circumstances there is no prejudice to any party, including Nova Scotia.

[124] I am also satisfied that the Mediation Order is appropriate to the extent that para. 9 extends the stay/tolling provisions to PEC and Hervey, as well as other parties added to the Mediation who are not parties to these CCAA Proceedings. There is ample case authority where CCAA courts have extended relief – particularly

stay of proceedings - to third parties, where appropriate: *Lehndorff General Partner Ltd., (Re)*, [1993] O.J. No. 14 (S.C.J.) at para. 21; *Canwest Publishing Inc./Publications Canwest Inc. (Re)*, 2010 ONSC 222 at paras. 33-34; *Cinram International Inc. (Re)*, 2012 ONSC 3767 at para. 64; *4519922 Canada Inc. (Re)*, 2015 ONSC 124 at paras. 70-72; *Target Canada Co. (Re)*, 2015 ONSC 303 at paras. 39-50; *Miniso International Hong Kong Limited v. Migu Investments Inc.*, 2019 BCSC 1234 at paras. 58-62.

[125] I agree with the Petitioners that their claims against Nova Scotia are linked with those of PEC and Hervey. Both PEC and Hervey are Mediation Parties. It is therefore reasonable to expect that PEC and Hervey's claims will, if possible, be resolved at the same time and in the same forum as the Petitioners' claims. There is no suggestion here that PEC and Hervey's claims are best resolved in another forum. Nova Scotia raises no specific objection in that respect.

[126] On a final note, the Mediation Order provides that the parties, any interested party or the Mediator may apply to this Court for such advice and directions as may be necessary (paras. 3(e) and 13). This relief is also appropriate given the Court's ongoing supervisory jurisdiction in these CCAA proceedings.

[127] In conclusion, the Mediation Order sought by the Petitioners is granted.

"Fitzpatrick J."

Tab

9

**9354-9186 Québec inc. and
9354-9178 Québec inc. *Appellants***

v.

**Callidus Capital Corporation,
International Game Technology,
Deloitte LLP, Luc Carignan,
François Vigneault, Philippe Millette,
Francis Proulx and François Pelletier
*Respondents***

and

**Ernst & Young Inc.,
IMF Bentham Limited (now known as
Omni Bridgeway Limited),
Bentham IMF Capital Limited (now known
as Omni Bridgeway Capital (Canada)
Limited), Insolvency Institute of Canada and
Canadian Association of Insolvency and
Restructuring Professionals *Interveners***

- and -

**IMF Bentham Limited (now known as Omni
Bridgeway Limited) and
Bentham IMF Capital Limited (now known
as Omni Bridgeway Capital (Canada)
Limited) *Appellants***

v.

**Callidus Capital Corporation,
International Game Technology,
Deloitte LLP, Luc Carignan,
François Vigneault, Philippe Millette,
Francis Proulx and François Pelletier
*Respondents***

and

**9354-9186 Québec inc. et
9354-9178 Québec inc. *Appelantes***

c.

**Callidus Capital Corporation,
International Game Technology,
Deloitte S.E.N.C.R.L., Luc Carignan,
François Vigneault, Philippe Millette,
Francis Proulx et François Pelletier *Intimés***

et

**Ernst & Young Inc.,
IMF Bentham Limited (maintenant
connue sous le nom d’Omni Bridgeway
Limited), Corporation Bentham IMF
Capital (maintenant connue sous le nom de
Corporation Omni Bridgeway Capital
(Canada)), Institut d’insolvabilité du Canada
et Association canadienne des professionnels
de l’insolvabilité et de la réorganisation
*Intervenants***

- et -

**IMF Bentham Limited (maintenant
connue sous le nom d’Omni Bridgeway
Limited) et Corporation Bentham IMF
Capital (maintenant connue sous le nom de
Corporation Omni Bridgeway Capital
(Canada)) *Appelantes***

c.

**Callidus Capital Corporation,
International Game Technology,
Deloitte S.E.N.C.R.L., Luc Carignan,
François Vigneault, Philippe Millette,
Francis Proulx et François Pelletier *Intimés***

et

**Ernst & Young Inc.,
9354-9186 Québec inc.,
9354-9178 Québec inc.,
Insolvency Institute of Canada and
Canadian Association of Insolvency
and Restructuring Professionals** *Interveniers*

**INDEXED AS: 9354-9186 QUÉBEC INC. v.
CALLIDUS CAPITAL CORP.**

2020 SCC 10

File No.: 38594.

Hearing and judgment: January 23, 2020.

Reasons delivered: May 8, 2020.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL
FOR QUEBEC**

Bankruptcy and insolvency — Discretionary authority of supervising judge in proceedings under Companies' Creditors Arrangement Act — Appellate review of decisions of supervising judge — Whether supervising judge has discretion to bar creditor from voting on plan of arrangement where creditor is acting for improper purpose — Whether supervising judge can approve third party litigation funding as interim financing — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 11, 11.2.

The debtor companies filed a petition for the issuance of an initial order under the *Companies' Creditors Arrangement Act* ("CCAA") in November 2015. The petition succeeded, and the initial order was issued by a supervising judge, who became responsible for overseeing the proceedings. Since then, substantially all of the assets of the debtor companies have been liquidated, with the notable exception of retained claims for damages against the companies' only secured creditor. In September 2017, the secured creditor proposed a plan of arrangement, which later failed to receive sufficient creditor support. In February 2018, the secured creditor proposed another, virtually identical, plan of arrangement. It also sought the supervising judge's permission to vote on this new plan in the same class as the debtor companies' unsecured creditors, on the basis that its security was worth nil. Around the

**Ernst & Young Inc.,
9354-9186 Québec inc.,
9354-9178 Québec inc.,
Institut d'insolvabilité du Canada et
Association canadienne des professionnels
de l'insolvabilité et de la réorganisation** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : 9354-9186 QUÉBEC INC. c.
CALLIDUS CAPITAL CORP.**

2020 CSC 10

N° du greffe : 38594.

Audition et jugement : 23 janvier 2020.

Motifs déposés : 8 mai 2020.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Faillite et insolvabilité — Pouvoir discrétionnaire du juge surveillant dans une instance introduite sous le régime de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies — Contrôle en appel des décisions du juge surveillant — Le juge surveillant a-t-il le pouvoir discrétionnaire d'empêcher un créancier de voter sur un plan d'arrangement si ce créancier agit dans un but illégitime? — Le juge surveillant peut-il approuver le financement de litige par un tiers à titre de financement temporaire? — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36, art. 11, 11.2.

En novembre 2015, les compagnies débitrices déposent une requête en délivrance d'une ordonnance initiale sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (« LACC »). La requête est accueillie, et l'ordonnance initiale est rendue par un juge surveillant, qui est chargé de surveiller le déroulement de l'instance. Depuis, la quasi-totalité des éléments d'actif de la compagnie débitrice ont été liquidés, à l'exception notable des réclamations réservées en dommages-intérêts contre le seul créancier garanti des compagnies. En septembre 2017, le créancier garanti propose un plan d'arrangement, qui n'obtient pas subséquemment l'appui nécessaire des créanciers. En février 2018, le créancier garanti propose un autre plan d'arrangement, presque identique au premier. Il demande aussi au juge surveillant la permission de voter sur ce nouveau plan dans la même catégorie que

same time, the debtor companies sought interim financing in the form of a proposed third party litigation funding agreement, which would permit them to pursue litigation of the retained claims. They also sought the approval of a related super-priority litigation financing charge.

The supervising judge determined that the secured creditor should not be permitted to vote on the new plan because it was acting with an improper purpose. As a result, the new plan had no reasonable prospect of success and was not put to a creditors' vote. The supervising judge allowed the debtor companies' application, authorizing them to enter into a third party litigation funding agreement. On appeal by the secured creditor and certain of the unsecured creditors, the Court of Appeal set aside the supervising judge's order, holding that he had erred in reaching the foregoing conclusions.

Held: The appeal should be allowed and the supervising judge's order reinstated.

The supervising judge made no error in barring the secured creditor from voting or in authorizing the third party litigating funding agreement. A supervising judge has the discretion to bar a creditor from voting on a plan of arrangement where they determine that the creditor is acting for an improper purpose. A supervising judge can also approve third party litigation funding as interim financing, pursuant to s. 11.2 of the CCAA. The Court of Appeal was not justified in interfering with the supervising judge's discretionary decisions in this regard, having failed to treat them with the appropriate degree of deference.

The CCAA is one of three principal insolvency statutes in Canada. It pursues an array of overarching remedial objectives that reflect the wide ranging and potentially catastrophic impacts insolvency can have. These objectives include: providing for timely, efficient and impartial resolution of a debtor's insolvency; preserving and maximizing the value of a debtor's assets; ensuring fair and equitable treatment of the claims against a debtor; protecting the public interest; and, in the context of a commercial insolvency, balancing the costs and benefits of restructuring or liquidating the company. The architecture of the CCAA leaves the case-specific assessment and balancing of these objectives to the supervising judge.

les créanciers non garantis des compagnies débitrices, au motif que sa sûreté ne vaut rien. À peu près au même moment, les compagnies débitrices demandent un financement temporaire sous forme d'un accord de financement de litige par un tiers qui leur permettrait de poursuivre l'instruction des réclamations réservées. Elles sollicitent également l'approbation d'une charge super-prioritaire pour financer le litige.

Le juge surveillant décide que le créancier garanti ne peut voter sur le nouveau plan parce qu'il agit dans un but illégitime. En conséquence, le nouveau plan n'a aucune possibilité raisonnable d'être avalisé et il n'est pas soumis au vote des créanciers. Le juge surveillant accueille la demande des compagnies débitrices et les autorise à conclure un accord de financement de litige par un tiers. À l'issue d'un appel formé par le créancier garanti et certains des créanciers non garantis, la Cour d'appel annule l'ordonnance du juge surveillant, estimant qu'il est parvenu à tort aux conclusions qui précèdent.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance du juge surveillant est rétablie.

Le juge surveillant n'a commis aucune erreur en empêchant le créancier garanti de voter ou en approuvant l'accord de financement de litige par un tiers. Un juge surveillant a le pouvoir discrétionnaire d'empêcher un créancier de voter sur un plan d'arrangement s'il décide que le créancier agit dans un but illégitime. Un juge surveillant peut aussi approuver le financement de litige par un tiers à titre de financement temporaire, en vertu de l'art. 11.2 de la LACC. La Cour d'appel n'était pas justifiée de modifier les décisions discrétionnaires du juge surveillant à cet égard et n'a pas fait preuve de la déférence à laquelle elle était tenue par rapport à ces décisions.

La LACC est l'une des trois principales lois canadiennes en matière d'insolvabilité. Elle poursuit un grand nombre d'objectifs réparateurs généraux qui témoignent de la vaste gamme des conséquences potentiellement catastrophiques qui peuvent découler de l'insolvabilité. Ces objectifs incluent les suivants : régler de façon rapide, efficace et impartiale l'insolvabilité d'un débiteur; préserver et maximiser la valeur des actifs d'un débiteur; assurer un traitement juste et équitable des réclamations déposées contre un débiteur; protéger l'intérêt public; et, dans le contexte d'une insolvabilité commerciale, établir un équilibre entre les coûts et les bénéfices découlant de la restructuration ou de la liquidation d'une compagnie. La structure de la LACC laisse au juge surveillant le soin de procéder à un examen et à une mise en balance au cas par cas de ces objectifs.

From beginning to end, each proceeding under the CCAA is overseen by a single supervising judge, who has broad discretion to make a variety of orders that respond to the circumstances of each case. The anchor of this discretionary authority is s. 11 of the CCAA, which empowers a judge to make any order that they consider appropriate in the circumstances. This discretionary authority is broad, but not boundless. It must be exercised in furtherance of the remedial objectives of the CCAA and with three baseline considerations in mind: (1) that the order sought is appropriate in the circumstances, and (2) that the applicant has been acting in good faith and (3) with due diligence. The due diligence consideration discourages parties from sitting on their rights and ensures that creditors do not strategically manoeuvre or position themselves to gain an advantage. A high degree of deference is owed to discretionary decisions made by judges supervising CCAA proceedings and, as such, appellate intervention will only be justified if the supervising judge erred in principle or exercised their discretion unreasonably.

A creditor can generally vote on a plan of arrangement or compromise that affects its rights, subject to any specific provisions of the CCAA that may restrict its voting rights, or a proper exercise of discretion by the supervising judge to constrain or bar the creditor's right to vote. Given that the CCAA regime contemplates creditor participation in decision-making as an integral facet of the workout regime, the discretion to bar a creditor from voting should only be exercised where the circumstances demand such an outcome. Where a creditor is seeking to exercise its voting rights in a manner that frustrates, undermines, or runs counter to the remedial objectives of the CCAA — that is, acting for an improper purpose — s. 11 of the CCAA supplies the supervising judge with the discretion to bar that creditor from voting. This discretion parallels the similar discretion that exists under the *Bankruptcy and Insolvency Act* and advances the basic fairness that permeates Canadian insolvency law and practice. Whether this discretion ought to be exercised in a particular case is a circumstance-specific inquiry that the supervising judge is best-positioned to undertake.

In the instant case, the supervising judge's decision to bar the secured creditor from voting on the new plan discloses no error justifying appellate intervention. When he made this decision, the supervising judge was intimately

Chaque procédure fondée sur la LACC est supervisée du début à la fin par un seul juge surveillant, qui a le vaste pouvoir discrétionnaire de rendre toute une gamme d'ordonnances susceptibles de répondre aux circonstances de chaque cas. Le point d'ancrage de ce pouvoir discrétionnaire est l'art. 11 de la LACC, lequel confère au juge le pouvoir de rendre toute ordonnance qu'il estime indiquée. Quoique vaste, ce pouvoir discrétionnaire n'est pas sans limites. Son exercice doit tendre à la réalisation des objectifs réparateurs de la LACC et tenir compte de trois considérations de base : (1) que l'ordonnance demandée est indiquée, et (2) que le demandeur a agi de bonne foi et (3) avec la diligence voulue. La considération de diligence décourage les parties de rester sur leurs positions et fait en sorte que les créanciers n'usent pas stratégiquement de ruse ou ne se placent pas eux-mêmes dans une position pour obtenir un avantage. Les décisions discrétionnaires des juges chargés de la supervision des procédures intentées sous le régime de la LACC commandent un degré élevé de déférence. En conséquence, les cours d'appel ne seront justifiées d'intervenir que si le juge surveillant a commis une erreur de principe ou exercé son pouvoir discrétionnaire de manière déraisonnable.

En général, un créancier peut voter sur un plan d'arrangement ou une transaction qui a une incidence sur ses droits, sous réserve des dispositions de la LACC qui peuvent limiter son droit de voter, ou de l'exercice justifié par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire de limiter ou de supprimer ce droit. Étant donné que le régime de la LACC, dont l'un des aspects essentiels tient à la participation du créancier au processus décisionnel, les créanciers ne devraient être empêchés de voter que si les circonstances l'exigent. Lorsqu'un créancier cherche à exercer ses droits de vote de manière à contrecarrer ou à miner les objectifs réparateurs de la LACC ou à aller à l'encontre de ceux-ci — c'est-à-dire à agir dans un but illégitime — l'art. 11 de la LACC confère au juge surveillant le pouvoir discrétionnaire d'empêcher le créancier de voter. Ce pouvoir discrétionnaire s'apparente au pouvoir discrétionnaire semblable qui existe en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et favorise l'équité fondamentale qui imprègne le droit et la pratique en matière d'insolvabilité au Canada. La question de savoir s'il y a lieu d'exercer le pouvoir discrétionnaire dans une situation donnée appelle une analyse fondée sur les circonstances propres à chaque situation que le juge surveillant est le mieux placé pour effectuer.

En l'espèce, la décision du juge surveillant d'empêcher le créancier garanti de voter sur le nouveau plan ne révèle aucune erreur justifiant l'intervention d'une cour d'appel. Lorsqu'il a rendu sa décision, le juge surveillant

familiar with these proceedings, having presided over them for over 2 years, received 15 reports from the monitor, and issued approximately 25 orders. He considered the whole of the circumstances and concluded that the secured creditor's vote would serve an improper purpose. He was aware that the secured creditor had chosen not to value any of its claim as unsecured prior to the vote on the first plan and did not attempt to vote on that plan, which ultimately failed to receive the other creditors' approval. Between the failure of the first plan and the proposal of the (essentially identical) new plan, none of the factual circumstances relating to the debtor companies' financial or business affairs had materially changed. However, the secured creditor sought to value the entirety of its security at nil and, on that basis, sought leave to vote on the new plan as an unsecured creditor. If the secured creditor were permitted to vote in this way, the new plan would certainly have met the double majority threshold for approval under s. 6(1) of the CCAA. The inescapable inference was that the secured creditor was attempting to strategically value its security to acquire control over the outcome of the vote and thereby circumvent the creditor democracy the CCAA protects. The secured creditor's course of action was also plainly contrary to the expectation that parties act with due diligence in an insolvency proceeding, which includes acting with due diligence in valuing their claims and security. The secured creditor was therefore properly barred from voting on the new plan.

Whether third party litigation funding should be approved as interim financing is a case-specific inquiry that should have regard to the text of s. 11.2 of the CCAA and the remedial objectives of the CCAA more generally. Interim financing is a flexible tool that may take on a range of forms. This is apparent from the wording of s. 11.2(1), which is broad and does not mandate any standard form or terms. At its core, interim financing enables the preservation and realization of the value of a debtor's assets. In some circumstances, like the instant case, litigation funding furthers this basic purpose. Third party litigation funding agreements may therefore be approved as interim financing in CCAA proceedings when the supervising judge determines that doing so would be fair and appropriate, having regard to all the circumstances and the objectives of the Act. This requires consideration of the specific factors set out in s. 11.2(4) of the CCAA. These factors need not be mechanically applied or individually reviewed by the supervising judge, as not all of them will be significant in every case, nor are they exhaustive.

connaissait très bien les procédures en cause, car il les avait présidées pendant plus de 2 ans, avait reçu 15 rapports du contrôleur et avait délivré environ 25 ordonnances. Il a tenu compte de l'ensemble des circonstances et a conclu que le vote du créancier garanti viserait un but illégitime. Il savait qu'avant le vote sur le premier plan, le créancier garanti avait choisi de n'évaluer aucune partie de sa réclamation à titre de créancier non garanti et n'avait pas tenté de voter sur ce plan, qui n'a finalement pas reçu l'aval des autres créanciers. Entre l'insuccès du premier plan et la proposition du nouveau plan (identique pour l'essentiel au premier plan), les circonstances factuelles se rapportant aux affaires financières ou commerciales des compagnies débitrices n'avaient pas réellement changé. Pourtant, le créancier garanti a tenté d'évaluer la totalité de sa sûreté à zéro et, sur cette base, a demandé l'autorisation de voter sur le nouveau plan à titre de créancier non garanti. Si le créancier garanti avait été autorisé à voter de cette façon, le nouveau plan aurait certainement satisfait au critère d'approbation à double majorité prévu par le par. 6(1) de la LACC. La seule conclusion possible était que le créancier garanti tentait d'évaluer stratégiquement la valeur de sa sûreté afin de prendre le contrôle du vote et ainsi contourner la démocratie entre les créanciers que défend la LACC. La façon d'agir du créancier garanti était manifestement contraire à l'attente selon laquelle les parties agissent avec diligence dans une procédure d'insolvabilité, ce qui comprend le fait de faire preuve de diligence raisonnable dans l'évaluation de leurs réclamations et sûretés. Le créancier garanti a donc été empêché à bon droit de voter sur le nouveau plan.

La question de savoir s'il y a lieu d'approuver le financement d'un litige par un tiers à titre de financement temporaire commande une analyse fondée sur les faits de l'espèce qui doit tenir compte du libellé de l'art. 11.2 de la LACC et des objectifs réparateurs de la LACC de façon plus générale. Le financement temporaire est un outil souple qui peut revêtir différentes formes. Cela ressort du libellé du par. 11.2(1), qui est large et ne prescrit aucune forme ou condition type. Le financement temporaire permet essentiellement de préserver et de réaliser la valeur des éléments d'actif du débiteur. Dans certaines circonstances, comme en l'espèce, le financement de litige favorise la réalisation de cet objectif fondamental. Les accords de financement de litige par un tiers peuvent être approuvés à titre de financement temporaire dans le cadre des procédures fondées sur la LACC lorsque le juge surveillant estime qu'il serait juste et approprié de le faire, compte tenu de l'ensemble des circonstances et des objectifs de la Loi. Cela implique la prise en considération des facteurs précis énoncés au par. 11.2(4) de la LACC. Ces facteurs

Additionally, in order for a third party litigation funding agreement to be approved as interim financing, the agreement must not contain terms that effectively convert it into a plan of arrangement.

In the instant case, there is no basis upon which to interfere with the supervising judge's exercise of his discretion to approve the litigation funding agreement as interim financing. A review of the supervising judge's reasons as a whole, combined with a recognition of his manifest experience with the debtor companies' CCAA proceedings, leads to the conclusion that the factors listed in s. 11.2(4) concern matters that could not have escaped his attention and due consideration. It is apparent that he was focussed on the fairness at stake to all parties, the specific objectives of the CCAA, and the particular circumstances of this case when he approved the litigation funding agreement as interim financing. Further, the litigation funding agreement is not a plan of arrangement because it does not propose any compromise of the creditors' rights. The fact that the creditors may walk away with more or less money at the end of the day does not change the nature or existence of their rights to access the funds generated from the debtor companies' assets, nor can it be said to compromise those rights. Finally, the litigation financing charge does not convert the litigation funding agreement into a plan of arrangement. Holding otherwise would effectively extinguish the supervising judge's authority to approve these charges without a creditors' vote, which is expressly provided for in s. 11.2 of the CCAA.

Cases Cited

By Wagner C.J. and Moldaver J.

Applied: *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; **considered:** *Re Crystallex*, 2012 ONCA 404, 293 O.A.C. 102; *Laserworks Computer Services Inc. (Bankruptcy)*, *Re*, 1998 NSCA 42, 165 N.S.R. (2d) 296; **referred to:** *Bayens v. Kinross Gold Corporation*, 2013 ONSC 4974, 117 O.R. (3d) 150; *Hayes v. The City of Saint John*, 2016 NBQB 125; *Schenk v. Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2015 ONSC 3215, 74 C.P.C. (7th) 332; *Re Blackburn*, 2011 BCSC 1671, 27 B.C.L.R. (5th) 199; *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271; *Ernst & Young Inc. v. Essar Global Fund*

ne doivent pas être appliqués machinalement ou examinés individuellement par le juge surveillant, car ils ne seront pas tous importants dans tous les cas, et ils ne sont pas non plus exhaustifs. En outre, pour qu'un accord de financement de litige par un tiers soit approuvé à titre de financement temporaire, il ne doit pas comporter des conditions qui le convertissent effectivement en plan d'arrangement.

En l'espèce, il n'y a aucune raison d'intervenir dans l'exercice par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire d'approuver l'accord de financement de litige à titre de financement temporaire. L'examen des motifs du juge surveillant dans leur ensemble, conjugué à la reconnaissance de son expérience évidente des procédures intentées par les compagnies débitrices sous le régime de la LACC, mène à la conclusion que les facteurs énumérés au par. 11.2(4) concernent des questions qui n'auraient pu échapper à son attention et à son examen adéquat. Il est manifeste que le juge surveillant a mis l'accent sur l'équité envers toutes les parties, les objectifs précis de la LACC et les circonstances particulières de la présente affaire lorsqu'il a approuvé l'accord de financement de litige à titre de financement temporaire. De plus, l'accord de financement de litige ne constitue pas un plan d'arrangement parce qu'il ne propose aucune transaction visant les droits des créanciers. Le fait que les créanciers puissent en fin de compte remporter plus ou moins d'argent ne modifie en rien la nature ou l'existence de leurs droits d'avoir accès aux fonds provenant des actifs des compagnies débitrices, pas plus qu'on ne saurait dire qu'il s'agit d'une transaction à l'égard de leurs droits. Enfin, la charge relative au financement de litige ne convertit pas l'accord de financement de litige en plan d'arrangement. Une conclusion contraire aurait pour effet d'annihiler le pouvoir du juge surveillant d'approuver ces charges sans un vote des créanciers, un résultat qui est expressément prévu par l'art. 11.2 de la LACC.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Wagner et le juge Moldaver

Arrêt appliqué : *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; **arrêts examinés :** *Re Crystallex*, 2012 ONCA 404, 293 O.A.C. 102; *Laserworks Computer Services Inc. (Bankruptcy)*, *Re*, 1998 NSCA 42, 165 N.S.R. (2d) 296; **arrêts mentionnés :** *Bayens c. Kinross Gold Corporation*, 2013 ONSC 4974, 117 O.R. (3d) 150; *Hayes c. The City of Saint John*, 2016 NBQB 125; *Schenk c. Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2015 ONSC 3215, 74 C.P.C. (7th) 332; *Re Blackburn*, 2011 BCSC 1671, 27 B.C.L.R. (5th) 199; *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271; *Ernst*

Ltd., 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1; *Third Eye Capital Corporation v. Ressources Dianor Inc./Dianor Resources Inc.*, 2019 ONCA 508, 435 D.L.R. (4th) 416; *Re Canadian Red Cross Society* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299; *Re Target Canada Co.*, 2015 ONSC 303, 22 C.B.R. (6th) 323; *Uti Energy Corp. v. Fracmaster Ltd.*, 1999 ABCA 178, 244 A.R. 93, aff'd 1999 ABQB 379, 11 C.B.R. (4th) 204; *Orphan Well Association v. Grant Thornton Ltd.*, 2019 SCC 5, [2019] 1 S.C.R. 150; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 109; *Lehndorff General Partner Ltd., Re* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24; *North American Tungsten Corp. v. Global Tungsten and Powders Corp.*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6; *Re BA Energy Inc.*, 2010 ABQB 507, 70 C.B.R. (5th) 24; *HSBC Bank Canada v. Bear Mountain Master Partnership*, 2010 BCSC 1563, 72 C.B.R. (5th) 276; *Caterpillar Financial Services Ltd. v. 360networks Corp.*, 2007 BCCA 14, 279 D.L.R. (4th) 701; *Grant Forest Products Inc. v. Toronto-Dominion Bank*, 2015 ONCA 570, 387 D.L.R. (4th) 426; *Bridging Finance Inc. v. Béton Brunet 2001 inc.*, 2017 QCCA 138, 44 C.B.R. (6th) 175; *New Skeena Forest Products Inc., Re*, 2005 BCCA 192, 39 B.C.L.R. (4th) 338; *Canadian Metropolitan Properties Corp. v. Libin Holdings Ltd.*, 2009 BCCA 40, 308 D.L.R. (4th) 339; *Metcalf & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 296 D.L.R. (4th) 135; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Re 1078385 Ontario Ltd.* (2004), 206 O.A.C. 17; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *Nortel Networks Corp., Re*, 2015 ONCA 681, 391 D.L.R. (4th) 283; *Kitchener Frame Ltd.*, 2012 ONSC 234, 86 C.B.R. (5th) 274; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314; *Boutiques San Francisco Inc. v. Richter & Associés Inc.*, 2003 CanLII 36955; *Dugal v. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1785, 105 O.R. (3d) 364; *Montgrain v. Banque nationale du Canada*, 2006 QCCA 557, [2006] R.J.Q. 1009; *Langtry v. Dumoulin* (1884), 7 O.R. 644; *McIntyre Estate v. Ontario (Attorney General)* (2002), 218 D.L.R. (4th) 193; *Marcotte v. Banque de Montréal*, 2015 QCCS 1915; *Houle v. St. Jude Medical Inc.*, 2017 ONSC 5129, 9 C.P.C. (8th) 321, aff'd 2018 ONSC 6352, 429 D.L.R. (4th) 739; *Stanway v. Wyeth*, 2013 BCSC 1585, 56 B.C.L.R. (5th) 192; *Re Crystallex International Corporation*, 2012 ONSC 2125, 91 C.B.R. (5th) 169; *Cliffs Over Maple Bay Investments Ltd. v. Fisgard Capital Corp.*, 2008 BCCA 327, 296 D.L.R. (4th) 577.

& Young Inc. c. Essar Global Fund Ltd., 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1; *Third Eye Capital Corporation c. Ressources Dianor Inc./Dianor Resources Inc.*, 2019 ONCA 508, 435 D.L.R. (4th) 416; *Re Canadian Red Cross Society* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299; *Re Target Canada Co.*, 2015 ONSC 303, 22 C.B.R. (6th) 323; *Uti Energy Corp. c. Fracmaster Ltd.*, 1999 ABCA 178, 244 A.R. 93, conf. 1999 ABQB 379, 11 C.B.R. (4th) 204; *Orphan Well Association c. Grant Thornton Ltd.*, 2019 CSC 5, [2019] 1 R.C.S. 150; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 109; *Lehndorff General Partner Ltd., Re* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24; *North American Tungsten Corp. c. Global Tungsten and Powders Corp.*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6; *Re BA Energy Inc.*, 2010 ABQB 507, 70 C.B.R. (5th) 24; *HSBC Bank Canada c. Bear Mountain Master Partnership*, 2010 BCSC 1563, 72 C.B.R. (5th) 276; *Caterpillar Financial Services Ltd. c. 360networks Corp.*, 2007 BCCA 14, 279 D.L.R. (4th) 701; *Grant Forest Products Inc. c. Toronto-Dominion Bank*, 2015 ONCA 570, 387 D.L.R. (4th) 426; *Bridging Finance Inc. c. Béton Brunet 2001 inc.*, 2017 QCCA 138, 44 C.B.R. (6th) 175; *New Skeena Forest Products Inc., Re*, 2005 BCCA 192, 39 B.C.L.R. (4th) 338; *Canadian Metropolitan Properties Corp. c. Libin Holdings Ltd.*, 2009 BCCA 40, 308 D.L.R. (4th) 339; *Metcalf & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 296 D.L.R. (4th) 135; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Re 1078385 Ontario Ltd.* (2004), 206 O.A.C. 17; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *Nortel Networks Corp., Re*, 2015 ONCA 681, 391 D.L.R. (4th) 283; *Kitchener Frame Ltd.*, 2012 ONSC 234, 86 C.B.R. (5th) 274; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314; *Boutiques San Francisco Inc. c. Richter & Associés Inc.*, 2003 CanLII 36955; *Dugal c. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1785, 105 O.R. (3d) 364; *Montgrain c. Banque nationale du Canada*, 2006 QCCA 557, [2006] R.J.Q. 1009; *Langtry c. Dumoulin* (1884), 7 O.R. 644; *McIntyre Estate c. Ontario (Attorney General)* (2002), 218 D.L.R. (4th) 193; *Marcotte c. Banque de Montréal*, 2015 QCCS 1915; *Houle c. St. Jude Medical Inc.*, 2017 ONSC 5129, 9 C.P.C. (8th) 321, conf. par 2018 ONSC 6352, 429 D.L.R. (4th) 739; *Stanway c. Wyeth*, 2013 BCSC 1585, 56 B.C.L.R. (5th) 192; *Re Crystallex International Corporation*, 2012 ONSC 2125, 91 C.B.R. (5th) 169; *Cliffs Over Maple Bay Investments Ltd. c. Fisgard Capital Corp.*, 2008 BCCA 327, 296 D.L.R. (4th) 577.

Statutes and Regulations Cited

An Act respecting Champerty, R.S.O. 1897, c. 327.
Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 4.2, 43(7), 50(1), 54(3), 108(3), 187(9).
Budget Implementation Act, 2019, No. 1, S.C. 2019, c. 29, ss. 133, 138, 140.
Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 2(1), 3(1), 4, 5, 6(1), 7, 11, 11.2(1), (2), (4), (a), (b), (c), (d), (e), (f), (g), (5), 11.7, 11.8, 18.6, 22(1), (2), (3), 23(1)(d), (i), 23 to 25, 36.
Winding-up and Restructuring Act, R.S.C. 1985, c. W-11, s. 6(1).

Authors Cited

Agarwal, Ranjan K., and Doug Fenton. "Beyond Access to Justice: Litigation Funding Agreements Outside the Class Actions Context" (2017), 59 *Can. Bus. L.J.* 65.
 Canada. Innovation, Science and Economic Development Canada. *Archived — Bill C-55: clause by clause analysis*, last updated December 29, 2016 (online: <https://www.ic.gc.ca/eic/site/cilp-pdci.nsf/eng/cl00908.html#bill128e>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC10_1_eng.pdf).
 Canada. Office of the Superintendent of Bankruptcy Canada. *Bill C-12: Clause by Clause Analysis*, developed by Industry Canada, last updated March 24, 2015 (online: <https://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/eng/br01986.html#a79>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC10_2_eng.pdf).
 Canada. Senate. Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce. *Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act*. Ottawa, 2003.
 Houlden, Lloyd W., Geoffrey B. Morawetz and Janis P. Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 4, 4th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2009 (loose-leaf updated 2020, release 3).
 Kaplan, Bill. "Liquidating CCAAs: Discretion Gone Awry?", in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law*. Toronto: Carswell, 2008, 79.
 Klar, Lewis N., et al. *Remedies in Tort*, vol. 1, by Leanne Berry, ed. Toronto: Thomson Reuters, 1987 (loose-leaf updated 2019, release 12).
 McElcheran, Kevin P. *Commercial Insolvency in Canada*, 4th ed. Toronto: LexisNexis, 2019.
 Michaud, Guillaume. "New Frontier: The Emergence of Litigation Funding in the Canadian Insolvency Landscape", in Janis P. Sarra et al., eds., *Annual Review of Insolvency Law 2018*. Toronto: Thomson Reuters, 2019, 221.

Lois et règlements cités

An Act respecting Champerty, R.S.O. 1897, c. 327.
Loi n° 1 d'exécution du budget de 2019, L.C. 2019, c. 29, art. 133, 138, 140.
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 4.2, 43(7), 50(1), 54(3), 108(3), 187(9).
Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36, art. 2(1), 3(1), 4, 5, 6(1), 7, 11, 11.2(1), (2), (4), a), b), c), d), e), f), g), (5), 11.7, 11.8, 18.6, 22(1), (2), (3), 23(1)d), i), 23 à 25, 36.
Loi sur les liquidations et les restructurations, L.R.C. 1985, c. W-11, art. 6(1).

Doctrine et autres documents cités

Agarwal, Ranjan K., and Doug Fenton. « Beyond Access to Justice : Litigation Funding Agreements Outside the Class Actions Context » (2017), 59 *Rev. can. dr. comm.* 65.
 Canada. Bureau du surintendant des faillites Canada. *Projet de loi C-12 : analyse article par article*, élaboré par Industrie Canada, dernière mise à jour 24 mars 2015 (en ligne : <https://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/fra/br01986.html#a77f>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC10_2_fra.pdf).
 Canada. Innovation, Sciences et Développement économique Canada. *Archivé — Projet de Loi C-55 : analyse article par article*, dernière mise à jour 29 décembre 2016 (en ligne : <https://www.ic.gc.ca/eic/site/cilp-pdci.nsf/fra/cl00908.html#lacc11-2>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC10_1_fra.pdf).
 Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des banques et du commerce. *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, Ottawa, 2003.
 Houlden, Lloyd W., Geoffrey B. Morawetz and Janis P. Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 4, 4th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2009 (loose-leaf updated 2020, release 3).
 Kaplan, Bill. « Liquidating CCAAs : Discretion Gone Awry? », in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law*, Toronto, Carswell, 2008, 79.
 Klar, Lewis N., et al. *Remedies in Tort*, vol. 1, by Leanne Berry, ed., Toronto, Thomson Reuters, 1987 (loose-leaf updated 2019, release 12).
 McElcheran, Kevin P. *Commercial Insolvency in Canada*, 4th ed., Toronto, LexisNexis, 2019.
 Michaud, Guillaume. « New Frontier : The Emergence of Litigation Funding in the Canadian Insolvency Landscape », in Janis P. Sarra et al., eds., *Annual*

Nocilla, Alfonso. “Asset Sales Under the Companies’ Creditors Arrangement Act and the Failure of Section 36” (2012), 52 *Can. Bus. L.J.* 226.

Nocilla, Alfonso. “The History of the Companies’ Creditors Arrangement Act and the Future of Re-Structuring Law in Canada” (2014), 56 *Can. Bus. L.J.* 73.

Rotsztain, Michael B., and Alexandra Dostal. “Debtor-In-Possession Financing”, in Stephanie Ben-Ishai and Anthony Duggan, eds., *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law: Bill C-55, Statute c. 47 and Beyond*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2007, 227.

Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2013.

Sarra, Janis P. “The Oscillating Pendulum: Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law”, in Janis P. Sarra and Barbara Romaine, eds., *Annual Review of Insolvency Law 2016*. Toronto: Thomson Reuters, 2017, 9.

Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2015.

APPEALS from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Dutil, Schrager and Dumas J.J.A.), 2019 QCCA 171, [2019] AZ-51566416, [2019] Q.J. No. 670 (QL), 2019 CarswellQue 94 (WL Can.), setting aside a decision of Michaud J., 2018 QCCS 1040, [2018] AZ-51477967, [2018] Q.J. No. 1986 (QL), 2018 CarswellQue 1923 (WL Can.). Appeals allowed.

Jean-Philippe Groleau, Christian Lachance, Gabriel Lavery Lepage and Hannah Toledano, for the appellants/intervenors 9354-9186 Québec inc. and 9354-9178 Québec inc.

Neil A. Peden, for the appellants/intervenors IMF Bentham Limited (now known as Omni Bridgeway Limited) and Bentham IMF Capital Limited (now known as Omni Bridgeway Capital (Canada) Limited).

Geneviève Cloutier and Clifton P. Prophet, for the respondent Callidus Capital Corporation.

Jocelyn Perreault, Noah Zucker and François Alexandre Toupin, for the respondents International

Review of Insolvency Law 2018, Toronto, Thomson Reuters, 2019, 221.

Nocilla, Alfonso. « Asset Sales Under the Companies’ Creditors Arrangement Act and the Failure of Section 36 » (2012), 52 *Rev. can. dr. comm.* 226.

Nocilla, Alfonso. « The History of the Companies’ Creditors Arrangement Act and the Future of Re-Structuring Law in Canada » (2014), 56 *Rev. can. dr. comm.* 73.

Rotsztain, Michael B., and Alexandra Dostal. « Debtor-In-Possession Financing », in Stephanie Ben-Ishai and Anthony Duggan, eds., *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law : Bill C-55, Statute c. 47 and Beyond*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2007, 227.

Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 2013.

Sarra, Janis P. « The Oscillating Pendulum : Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law », in Janis P. Sarra and Barbara Romaine, eds., *Annual Review of Insolvency Law 2016*, Toronto, Thomson Reuters, 2017, 9.

Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2015.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Dutil, Schrager et Dumas), 2019 QCCA 171, [2019] AZ-51566416, [2019] Q.J. No. 670 (QL), 2019 CarswellQue 94 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Michaud, 2018 QCCS 1040, [2018] AZ-51477967, [2018] Q.J. No. 1986 (QL), 2018 CarswellQue 1923 (WL Can.). Pourvois accueillis.

Jean-Philippe Groleau, Christian Lachance, Gabriel Lavery Lepage et Hannah Toledano, pour les appelantes/intervenantes 9354-9186 Québec inc. et 9354-9178 Québec inc.

Neil A. Peden, pour les appelantes/intervenantes IMF Bentham Limited (maintenant connue sous le nom d’Omni Bridgeway Limited) et Corporation Bentham IMF Capital (maintenant connue sous le nom de Corporation Omni Bridgeway Capital (Canada)).

Geneviève Cloutier et Clifton P. Prophet, pour l’intimée Callidus Capital Corporation.

Jocelyn Perreault, Noah Zucker et François Alexandre Toupin, pour les intimés International

Game Technology, Deloitte LLP, Luc Carignan, François Vigneault, Philippe Millette, Francis Proulx and François Pelletier.

Joseph Reynaud and Nathalie Nouvet, for the interveners Ernst & Young Inc.

Sylvain Rigaud, Arad Mojtahedi and Saam Pousht-Mashhad, for the interveners the Insolvency Institute of Canada and the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals.

The reasons for judgment of the Court were delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND MOLDAVER J.—

I. Overview

[1] These appeals arise in the context of an ongoing proceeding instituted under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 ("CCAA"), in which substantially all of the assets of the debtor companies have been liquidated. The proceeding was commenced well over four years ago. Since then, a single supervising judge has been responsible for its oversight. In this capacity, he has made numerous discretionary decisions.

[2] Two of the supervising judge's decisions are in issue before us. Each raises a question requiring this Court to clarify the nature and scope of judicial discretion in CCAA proceedings. The first is whether a supervising judge has the discretion to bar a creditor from voting on a plan of arrangement where they determine that the creditor is acting for an improper purpose. The second is whether a supervising judge can approve third party litigation funding as interim financing, pursuant to s. 11.2 of the CCAA.

[3] For the reasons that follow, we would answer both questions in the affirmative, as did the supervising judge. To the extent the Court of Appeal disagreed

Game Technology, Deloitte S.E.N.C.R.L., Luc Carignan, François Vigneault, Philippe Millette, Francis Proulx et François Pelletier.

Joseph Reynaud et Nathalie Nouvet, pour l'intervenante Ernst & Young Inc.

Sylvain Rigaud, Arad Mojtahedi et Saam Pousht-Mashhad, pour les intervenants l'Institut d'insolvabilité du Canada et l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation.

Version française des motifs de jugement de la Cour rendus par

LE JUGE EN CHEF ET LE JUGE MOLDAVER —

I. Aperçu

[1] Ces pourvois s'inscrivent dans le contexte d'une instance toujours en cours introduite sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers de compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36 (« LACC »), dans le cadre de laquelle la quasi-totalité des éléments d'actif des compagnies débitrices ont été liquidés. L'instance a été introduite il y a plus de quatre ans. Depuis, un seul juge surveillant a été chargé de sa supervision. À ce titre, il a rendu de nombreuses décisions discrétionnaires.

[2] Deux de ces décisions du juge surveillant font l'objet du présent pourvoi. Chacune d'elles soulève une question exigeant de notre Cour qu'elle précise la nature et la portée du pouvoir discrétionnaire exercé par les tribunaux dans les instances relevant de la LACC. La première est de savoir si le juge surveillant dispose du pouvoir discrétionnaire d'interdire à un créancier de voter sur un plan d'arrangement s'il estime que ce créancier agit dans un but illégitime. La deuxième porte sur le pouvoir du juge surveillant d'approuver le financement du litige par un tiers à titre de financement temporaire, en vertu de l'art. 11.2 de la LACC.

[3] Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis de répondre à ces deux questions par l'affirmative, à l'instar du juge surveillant. Dans la mesure où la

and went on to interfere with the supervising judge's discretionary decisions, we conclude that it was not justified in doing so. In our respectful view, the Court of Appeal failed to treat the supervising judge's decisions with the appropriate degree of deference. In the result, as we ordered at the conclusion of the hearing, these appeals are allowed and the supervising judge's order reinstated.

II. Facts

[4] In 1994, Mr. Gérald Duhamel founded Bluberi Gaming Technologies Inc., which is now one of the appellants, 9354-9186 Québec inc. The corporation manufactured, distributed, installed, and serviced electronic casino gaming machines. It also provided management systems for gambling operations. Its sole shareholder has at all material times been Bluberi Group Inc., which is now another of the appellants, 9354-9178 Québec inc. Through a family trust, Mr. Duhamel controls Bluberi Group Inc. and, as a result, Bluberi Gaming (collectively, "Bluberi").

[5] In 2012, Bluberi sought financing from the respondent, Callidus Capital Corporation ("Callidus"), which describes itself as an "asset-based or distressed lender" (R.F., at para. 26). Callidus extended a credit facility of approximately \$24 million to Bluberi. This debt was secured in part by a share pledge agreement.

[6] Over the next three years, Bluberi lost significant amounts of money, and Callidus continued to extend credit. By 2015, Bluberi owed approximately \$86 million to Callidus — close to half of which Bluberi asserts is comprised of interest and fees.

A. *Bluberi's Institution of CCAA Proceedings and Initial Sale of Assets*

[7] On November 11, 2015, Bluberi filed a petition for the issuance of an initial order under the CCAA. In its petition, Bluberi alleged that its liquidity issues

Cour d'appel s'est dite d'avis contraire et a modifié les décisions discrétionnaires du juge surveillant, nous concluons qu'elle n'était pas justifiée de le faire. Avec égards, la Cour d'appel n'a pas fait preuve de la déférence à laquelle elle était tenue par rapport aux décisions du juge surveillant. C'est pourquoi, comme nous l'avons ordonné à l'issue de l'audience, les pourvois sont accueillis et l'ordonnance du juge surveillant est rétablie.

II. Les faits

[4] En 1994, M. Gérald Duhamel fonde Bluberi Gaming Technologies Inc., qui est devenue l'une des appelantes, 9354-9186 Québec inc. L'entreprise fabriquait, distribuait, installait et entretenait des appareils de jeux électroniques pour casino. Elle offrait aussi des systèmes de gestion dans le domaine des jeux d'argent. Pendant toute la période pertinente, son unique actionnaire était Bluberi Group Inc., qui est devenue une autre des appelantes, 9354-9178 Québec inc. Par l'entremise d'une fiducie familiale, M. Duhamel contrôlait Bluberi Group inc. et, de ce fait, Bluberi Gaming (collectivement, « Bluberi »).

[5] En 2012, Bluberi demande du financement à l'intimée Callidus Capital Corporation (« Callidus »), qui se décrit comme un [TRADUCTION] « prêteur offrant du financement garanti par des actifs ou du financement à des entreprises en difficulté financière » (m.i., par. 26). Callidus lui consent une facilité de crédit d'environ 24 millions de dollars, que Bluberi garantit partiellement en signant une entente par laquelle elle met en gage ses actions.

[6] Au cours des trois années suivantes, Bluberi perd d'importantes sommes d'argent et Callidus continue de lui consentir du crédit. En 2015, Bluberi doit environ 86 millions de dollars à Callidus — Bluberi affirme que près de la moitié de cette somme est composée d'intérêts et de frais.

A. *L'introduction des procédures sous le régime de la LACC par Bluberi et la vente initiale d'actifs*

[7] Le 11 novembre 2015, Bluberi dépose une requête en délivrance d'une ordonnance initiale sous le régime de la LACC. Dans sa requête, Bluberi allègue

were the result of Callidus taking *de facto* control of the corporation and dictating a number of purposefully detrimental business decisions. Bluberi alleged that Callidus engaged in this conduct in order to deplete the corporation's equity value with a view to owning Bluberi and, ultimately, selling it.

[8] Over Callidus's objection, Bluberi's petition succeeded. The supervising judge, Michaud J., issued an initial order under the CCAA. Among other things, the initial order confirmed that Bluberi was a "debtor company" within the meaning of s. 2(1) of the Act; stayed any proceedings against Bluberi or any director or officer of Bluberi; and appointed Ernst & Young Inc. as monitor ("Monitor").

[9] Working with the Monitor, Bluberi determined that a sale of its assets was necessary. On January 28, 2016, it proposed a sale solicitation process, which the supervising judge approved. That process led to Bluberi entering into an asset purchase agreement with Callidus. The agreement contemplated that Callidus would obtain all of Bluberi's assets in exchange for extinguishing almost the entirety of its secured claim against Bluberi, which had ballooned to approximately \$135.7 million. Callidus would maintain an undischarged secured claim of \$3 million against Bluberi. The agreement would also permit Bluberi to retain claims for damages against Callidus arising from its alleged involvement in Bluberi's financial difficulties ("Retained Claims").¹ Throughout these proceedings, Bluberi has asserted that the Retained Claims should amount to over \$200 million in damages.

[10] The supervising judge approved the asset purchase agreement, and the sale of Bluberi's assets to Callidus closed in February 2017. As a result, Callidus effectively acquired Bluberi's business, and has continued to operate it as a going concern.

que ses problèmes de liquidité découlent du fait que Callidus exerce un contrôle de facto à l'égard de son entreprise et lui dicte un certain nombre de décisions d'affaires dans l'intention de lui nuire. Bluberi prétend que Callidus agit ainsi afin de réduire la valeur des actions dans le but de devenir propriétaire de Bluberi et ultimement de la vendre.

[8] Malgré l'objection de Callidus, la requête de Bluberi est accueillie. Le juge surveillant, le juge Michaud, rend une ordonnance initiale sous le régime de la LACC. Celle-ci confirme entre autres que Bluberi est une « compagnie débitrice » au sens du par. 2(1) de la Loi, suspend toute procédure introduite à l'encontre de Bluberi, de ses administrateurs ou dirigeants, et désigne Ernst & Young Inc. pour agir à titre de contrôleur (« contrôleur »).

[9] Travaillant en collaboration avec le contrôleur, Bluberi décide que la vente de ses actifs est nécessaire. Le 28 janvier 2016, elle propose un processus de mise en vente que le juge surveillant approuve. Ce processus débouche sur la conclusion d'une convention d'achat d'actifs entre Bluberi et Callidus. Cette convention prévoit que Callidus obtient l'ensemble des actifs de Bluberi en échange de l'extinction de la presque totalité de la créance garantie qu'elle détient à l'encontre de Bluberi, qui s'élevait à environ 135,7 millions de dollars. Callidus conserve une créance garantie non libérée de 3 millions de dollars contre Bluberi. La convention prévoit aussi que Bluberi se réserve le droit de réclamer des dommages-intérêts à Callidus en raison de l'implication alléguée de celle-ci dans ses difficultés financières (les « réclamations réservées »)¹. Tout au long de ces procédures, Bluberi affirme que la valeur des réclamations ainsi réservées représente plus de 200 millions de dollars en dommages-intérêts.

[10] Le juge surveillant approuve la convention d'achat d'actifs, et la vente des actifs de Bluberi à Callidus est conclue en février 2017. En conséquence, Callidus acquiert l'entreprise de Bluberi et en poursuit l'exploitation.

¹ Bluberi does not appear to have filed this claim yet (see 2018 QCCS 1040, at para. 10 (CanLII)).

¹ Bluberi semble ne pas avoir encore déposé cette action (voir 2018 QCCS 1040, par. 10 (CanLII)).

[11] Since the sale, the Retained Claims have been Bluberi's sole remaining asset and thus the sole security for Callidus's \$3 million claim.

B. The Initial Competing Plans of Arrangement

[12] On September 11, 2017, Bluberi filed an application seeking the approval of a \$2 million interim financing credit facility to fund the litigation of the Retained Claims and other related relief. The lender was a joint venture numbered company incorporated as 9364-9739 Québec inc. This interim financing application was set to be heard on September 19, 2017.

[13] However, one day before the hearing, Callidus proposed a plan of arrangement ("First Plan") and applied for an order convening a creditors' meeting to vote on that plan. The First Plan proposed that Callidus would fund a \$2.5 million (later increased to \$2.63 million) distribution to Bluberi's creditors, except itself, in exchange for a release from the Retained Claims. This would have fully satisfied the claims of Bluberi's former employees and those creditors with claims worth less than \$3000; creditors with larger claims were to receive, on average, 31 percent of their respective claims.

[14] The supervising judge adjourned the hearing of both applications to October 5, 2017. In the meantime, Bluberi filed its own plan of arrangement. Among other things, the plan proposed that half of any proceeds resulting from the Retained Claims, after payment of expenses and Bluberi's creditors' claims, would be distributed to the unsecured creditors, as long as the net proceeds exceeded \$20 million.

[15] On October 5, 2017, the supervising judge ordered that the parties' plans of arrangement could be put to a creditors' vote. He ordered that both parties share the fees and expenses related to the

[11] Depuis la vente, les réclamations réservées sont le seul élément d'actif de Bluberi et représentent donc la seule garantie que possède Callidus pour sa créance de 3 millions de dollars.

B. Les premiers plans d'arrangement concurrents

[12] Le 11 septembre 2017, Bluberi dépose une demande par laquelle elle sollicite l'approbation d'un financement provisoire de 2 millions de dollars sous forme de facilité de crédit afin de financer le coût des procédures liées aux réclamations réservées ainsi que d'autres mesures de réparation accessoires. Le prêteur est une coentreprise constituée sous le numéro 9364-9739 Québec inc. Cette demande de financement provisoire devait être instruite le 19 septembre 2017.

[13] Toutefois, la veille de l'audience, Callidus propose un plan d'arrangement (« premier plan ») et demande une ordonnance pour convoquer les créanciers à une assemblée afin qu'ils votent sur ce plan. Le premier plan proposait que Callidus avance la somme de 2,5 millions de dollars (puis plus tard 2,63 millions de dollars) aux fins de distribution aux créanciers de Bluberi, sauf elle-même, en échange de quoi elle serait libérée des réclamations réservées. Cette somme aurait permis d'acquitter entièrement les créances des anciens employés de Bluberi et toutes celles de moins de 3 000 \$; les créanciers dont la créance était plus élevée devaient recevoir chacun en moyenne 31 pour 100 du montant de leur réclamation.

[14] Le juge surveillant ajourne donc l'audition des deux demandes au 5 octobre 2017. Entre-temps, Bluberi dépose son propre plan d'arrangement dans lequel elle propose notamment que la moitié de toute somme provenant des réclamations réservées, après paiement des dépenses et acquittement des réclamations des créanciers de Bluberi, soit distribuée aux créanciers non garantis, pourvu que la somme nette ainsi obtenue soit supérieure à 20 millions de dollars.

[15] Le 5 octobre 2017, le juge surveillant ordonne que les plans d'arrangement des parties soient soumis au vote des créanciers. Il ordonne que les honoraires et dépenses découlant de la présentation des

presentation of the plans of arrangement at a creditors' meeting, and that a party's failure to deposit those funds with the Monitor would bar the presentation of that party's plan of arrangement. Bluberi elected not to deposit the necessary funds, and, as a result, only Callidus's First Plan was put to the creditors.

C. Creditors' Vote on Callidus's First Plan

[16] On December 15, 2017, Callidus submitted its First Plan to a creditors' vote. The plan failed to receive sufficient support. Section 6(1) of the CCAA provides that, to be approved, a plan must receive a "double majority" vote in each class of creditors — that is, a majority in *number* of class members, which also represents two-thirds in *value* of the class members' claims. All of Bluberi's creditors, besides Callidus, formed a single voting class of unsecured creditors. Of the 100 voting unsecured creditors, 92 creditors (representing \$3,450,882 of debt) voted in favour, and 8 voted against (representing \$2,375,913 of debt). The First Plan failed because the creditors voting in favour only held 59.22 percent of the total value being voted, which did not meet the s. 6(1) threshold. Most notably, SMT Hautes Technologies ("SMT"), which held 36.7 percent of Bluberi's debt, voted against the plan.

[17] Callidus did not vote on the First Plan — despite the Monitor explicitly stating that Callidus could have "vote[d] . . . the portion of its claim, assessed by Callidus, to be an unsecured claim" (Joint R.R., vol. III, at p.188).

D. Bluberi's Interim Financing Application and Callidus's New Plan

[18] On February 6, 2018, Bluberi filed one of the applications underlying these appeals, seeking authorization of a proposed third party litigation funding agreement ("LFA") with a publicly traded

plans d'arrangement à l'assemblée des créanciers soient partagés entre les parties et qu'il soit interdit à toute partie qui ne dépose pas les fonds nécessaires auprès du contrôleur de présenter son plan d'arrangement. Bluberi choisit de ne pas déposer les fonds nécessaires et, en conséquence, seul le premier plan de Callidus est présenté aux créanciers.

C. Le vote des créanciers sur le premier plan de Callidus

[16] Le 15 décembre 2017, Callidus soumet son premier plan au vote des créanciers. Le plan n'obtient pas l'appui nécessaire. Le paragraphe 6(1) de la LACC prévoit que, pour être approuvé, le plan doit obtenir la « double majorité » de chaque catégorie de créanciers — c'est-à-dire, la majorité en *nombre* d'une catégorie de créanciers, qui représente aussi les deux tiers en *valeur* des réclamations de cette catégorie de créanciers. Tous les créanciers de Bluberi, hormis Callidus, forment une seule catégorie de créanciers non garantis ayant droit de vote. Des 100 créanciers non garantis, 92 (qui ont ensemble une créance de 3 450 882 \$) votent en faveur du plan, et 8 votent contre (qui ont ensemble une créance de 2 375 913 \$). Le premier plan échoue parce que les réclamations des créanciers ayant voté en sa faveur ne détiennent que 59,22 p. 100 en valeur des réclamations de ceux ayant voté, ce qui ne respectait pas le seuil établi au par. 6(1). Plus particulièrement, SMT Hautes Technologies (« SMT »), qui détient 36,7 p. 100 de la dette de Bluberi, vote contre le plan.

[17] Callidus ne vote pas sur le premier plan — malgré les propos explicites du contrôleur, selon qui Callidus pouvait [TRADUCTION] « voter [. . .] selon le pourcentage de sa créance qui, de l'avis de Callidus, était non garantie » (dossier conjoint des intimés, vol. III, p. 188).

D. La demande de financement provisoire de Bluberi et le nouveau plan de Callidus

[18] Le 6 février 2018, Bluberi dépose une des demandes à l'origine des présents pourvois. Elle demande au tribunal l'autorisation de conclure un accord de financement du litige par un tiers (« AFL »)

litigation funder, IMF Bentham Limited or its Canadian subsidiary, Bentham IMF Capital Limited (collectively, “Bentham”). Bluberi’s application also sought the placement of a \$20 million super-priority charge in favour of Bentham on Bluberi’s assets (“Litigation Financing Charge”).

[19] The LFA contemplated that Bentham would fund Bluberi’s litigation of the Retained Claims in exchange for receiving a portion of any settlement or award after trial. However, were Bluberi’s litigation to fail, Bentham would lose all of its invested funds. The LFA also provided that Bentham could terminate the litigation of the Retained Claims if, acting reasonably, it were no longer satisfied of the merits or commercial viability of the litigation.

[20] Callidus and certain unsecured creditors who voted in favour of its plan (who are now respondents and style themselves the “Creditors’ Group”) contested Bluberi’s application on the ground that the LFA was a plan of arrangement and, as such, had to be submitted to a creditors’ vote.²

[21] On February 12, 2018, Callidus filed the other application underlying these appeals, seeking to put another plan of arrangement to a creditors’ vote (“New Plan”). The New Plan was essentially identical to the First Plan, except that Callidus increased the proposed distribution by \$250,000 (from \$2.63 million to \$2.88 million). Further, Callidus filed an amended proof of claim, which purported to value the security attached to its \$3 million claim at *nil*. Callidus was of the view that this valuation was proper because Bluberi had no assets other than the Retained Claims. On this basis, Callidus asserted that it stood in the position of an unsecured creditor, and sought the supervising judge’s permission to vote on the New Plan with the other unsecured creditors.

avec un bailleur de fonds de litiges coté en bourse, IMF Bentham Limited ou sa filiale canadienne, Corporation Bentham IMF Capital (collectivement, « Bentham »). Bluberi demande également l’autorisation de grever son actif d’une charge super-prioritaire de 20 millions de dollars en faveur de Bentham (« charge liée au financement du litige »).

[19] L’AFL prévoit que Bentham financera le litige relatif aux réclamations réservées de Bluberi et qu’en retour elle recevra un pourcentage de toute somme convenue par règlement ou accordée à l’issue d’un procès. Toutefois, dans l’éventualité où Bluberi serait déboutée, Bentham perdra la totalité des fonds investis. L’AFL prévoit aussi que Bentham peut mettre fin au recours si, agissant de façon raisonnable, elle n’est plus convaincue du bien-fondé du litige ou de sa viabilité commerciale.

[20] Callidus et certains créanciers non garantis qui ont voté en faveur de son plan (qui sont maintenant intimés au présent pourvoi et se font appeler le « groupe de créanciers ») contestent la demande de Bluberi au motif que l’AFL est un plan d’arrangement et qu’à ce titre, il doit être soumis au vote des créanciers².

[21] Le 12 février 2018, Callidus dépose l’autre demande qui est à l’origine des présents pourvois, laquelle vise à soumettre un autre plan d’arrangement au vote des créanciers (« nouveau plan »). Le nouveau plan est pour l’essentiel identique au premier plan, sauf que Callidus propose que la somme à distribuer soit augmentée de 250 000 \$ (passant de 2,63 millions à 2,88 millions de dollars). Callidus a en outre déposé une preuve de réclamation modifiée qui ramène à *zéro* la valeur de la garantie liée à sa créance de 3 millions de dollars. Callidus considère que cette évaluation est juste parce que Bluberi n’a aucun autre élément d’actif que les revendications réservées. Sur cette base, elle fait valoir qu’elle se trouve dans la situation d’un créancier non garanti et

² Notably, the Creditors’ Group advised Callidus that it would lend its support to the New Plan. It also asked Callidus to reimburse any legal fees incurred in association with that support. At the same time, the Creditors’ Group did not undertake to vote in any particular way, and confirmed that each of its members would assess all available alternatives individually.

² Fait à remarquer, le groupe de créanciers a informé Callidus qu’il appuierait le nouveau plan. Il lui a aussi demandé de rembourser tous les frais juridiques découlant de cet appui. Par ailleurs, le groupe de créanciers ne s’est pas engagé à voter d’une certaine façon, et a confirmé que chacun de ses membres évaluerait toutes les possibilités qui s’offraient à lui.

Given the size of its claim, if Callidus were permitted to vote on the New Plan, the plan would necessarily pass a creditors' vote. Bluberi opposed Callidus's application.

[22] The supervising judge heard Bluberi's interim financing application and Callidus's application regarding its New Plan together. Notably, the Monitor supported Bluberi's position.

III. Decisions Below

A. *Quebec Superior Court, 2018 QCCS 1040 (Michaud J.)*

[23] The supervising judge dismissed Callidus's application, declining to submit the New Plan to a creditors' vote. He granted Bluberi's application, authorizing Bluberi to enter into a litigation funding agreement with Bentham on the terms set forth in the LFA and imposing the Litigation Financing Charge on Bluberi's assets.

[24] With respect to Callidus's application, the supervising judge determined Callidus should not be permitted to vote on the New Plan because it was acting with an "improper purpose" (para. 48 (CanLII)). He acknowledged that creditors are generally entitled to vote in their own self-interest. However, given that the First Plan — which was almost identical to the New Plan — had been defeated by a creditors' vote, the supervising judge concluded that Callidus's attempt to vote on the New Plan was an attempt to override the result of the first vote. In particular, he wrote:

Taking into consideration the creditors' interest, the Court accepted, in the fall of 2017, that Callidus' Plan be submitted to their vote with the understanding that, as a secured creditor, Callidus would not cast a vote. However, under the present circumstances, it would serve an improper purpose if Callidus was allowed to vote on its own plan, especially when its vote would very likely result in

demande au juge surveillant la permission de voter sur le nouveau plan avec les autres créanciers non garantis. Vu l'importance de sa réclamation, le plan serait nécessairement adopté par les créanciers si Callidus était autorisée à voter. Bluberi s'oppose à la demande de Callidus.

[22] Le juge surveillant instruit ensemble la demande de financement provisoire de Bluberi ainsi que la demande présentée par Callidus concernant son nouveau plan. Il est à souligner que le contrôleur appuie la position de Bluberi.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure du Québec, 2018 QCCS 1040 (le juge Michaud)*

[23] Le juge surveillant rejette la demande de Callidus et refuse de soumettre le nouveau plan au vote des créanciers. Il accueille la demande de Bluberi, l'autorisant ainsi à conclure un accord de financement du litige avec Bentham aux conditions énoncées dans l'AFL et ordonne que les actifs de Bluberi soient grevés de la charge liée au financement du litige.

[24] En ce qui a trait à la demande de Callidus, le juge surveillant décide que cette dernière ne peut voter sur le nouveau plan parce qu'elle agit dans un [TRADUCTION] « but illégitime » (par. 48 (CanLII)). Il reconnaît que les créanciers ont habituellement le droit de voter dans leur propre intérêt. Or, étant donné que le premier plan — qui était presque identique au nouveau plan — a été rejeté par les créanciers, le juge surveillant conclut qu'en demandant à voter sur le nouveau plan, Callidus tentait de contourner le résultat du premier vote. Il écrit notamment :

[TRADUCTION] Tenant compte de leur intérêt, la Cour a accepté à l'automne 2017 que le plan de Callidus soit soumis au vote des créanciers, étant entendu que, en tant que créancière garantie, celle-ci ne voterait pas. Toutefois, si, dans les circonstances actuelles, Callidus était autorisée à voter sur son propre plan, elle le ferait dans un but illégitime d'autant plus qu'il est probable que son vote

the New Plan meeting the two thirds threshold for approval under the CCAA.

As pointed out by SMT, the main unsecured creditor, Callidus' attempt to vote aims only at cancelling SMT's vote which prevented Callidus' Plan from being approved at the creditors' meeting.

It is one thing to let the creditors vote on a plan submitted by a secured creditor, it is another to allow this secured creditor to vote on its own plan in order to exert control over the vote for the sole purpose of obtaining releases. [paras. 45-47]

[25] The supervising judge concluded that, in these circumstances, allowing Callidus to vote would be both “unfair and unreasonable” (para. 47). He also observed that Callidus's conduct throughout the CCAA proceedings “lacked transparency” (at para. 41) and that Callidus was “solely motivated by the [pending] litigation” (para. 44). In sum, he found that Callidus's conduct was contrary to the “requirements of appropriateness, good faith, and due diligence”, and ordered that Callidus would not be permitted to vote on the New Plan (para. 48, citing *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, at para. 70).

[26] Because Callidus was not permitted to vote on the New Plan and SMT had unequivocally stated its intention to vote against it, the supervising judge concluded that the plan had no reasonable prospect of success. He therefore declined to submit it to a creditors' vote.

[27] With respect to Bluberi's application, the supervising judge considered three issues relevant to these appeals: (1) whether the LFA should be submitted to a creditors' vote; (2) if not, whether the LFA ought to be approved by the court; and (3) if so, whether the \$20 million Litigation Financing Charge should be imposed on Bluberi's assets.

[28] The supervising judge determined that the LFA did not need to be submitted to a creditors' vote because it was not a plan of arrangement. He considered a plan of arrangement to involve “an arrangement

permettrait d'atteindre le seuil de deux tiers nécessaire pour que le nouveau plan soit approuvé en vertu de la LACC.

Comme l'a souligné SMT, la principale créancière non garantie, Callidus souhaite voter afin d'annuler le vote de SMT, qui a empêché que son plan soit approuvé lors de l'assemblée des créanciers.

C'est une chose de laisser les créanciers voter sur un plan présenté par un créancier garanti, c'en est une autre de laisser ce créancier garanti voter sur son propre plan et exercer ainsi un contrôle sur le vote à seule fin d'être libéré de toute responsabilité. [par. 45-47]

[25] Le juge surveillant conclut que, dans les circonstances, permettre à Callidus de voter serait à la fois [TRADUCTION] « injuste et déraisonnable » (par. 47). Il note aussi que, tout au long de la procédure introduite en vertu de la LACC, Callidus a « manqué de transparence » (par. 41) et qu'elle « n'est motivée que par le litige [en cours] » (par. 44). En somme, il conclut que la conduite de Callidus est contraire à « l'opportunité, [à] la bonne foi et [à] la diligence » requises, et il ordonne que Callidus ne puisse pas voter sur le nouveau plan (par. 48, citant *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, par. 70).

[26] Puisque Callidus n'a pas été autorisée à voter sur le nouveau plan et que SMT a manifesté sans équivoque son intention de voter contre celui-ci, le juge surveillant conclut que le plan n'a aucune possibilité raisonnable de recevoir l'aval des créanciers. Il refuse donc de le soumettre au vote des créanciers.

[27] Pour ce qui est de la demande de Bluberi, le juge surveillant examine trois questions qui sont pertinentes pour les présents pourvois : (1) si l'AFL devait être soumis au vote des créanciers; (2) dans la négative, si l'AFL devait être approuvé par le tribunal; et (3) le cas échéant, s'il devait ordonner que la charge liée au financement du litige de 20 millions de dollars grève les actifs de Bluberi.

[28] Le juge surveillant décide qu'il n'est pas nécessaire de soumettre l'AFL au vote des créanciers parce qu'il ne s'agit pas d'un plan d'arrangement. Il considère qu'un tel plan suppose [TRADUCTION] « un

or compromise between a debtor and its creditors” (para. 71, citing *Re Crystallex*, 2012 ONCA 404, 293 O.A.C. 102, at para. 92 (“*Crystallex*”). In his view, the LFA lacked this essential feature. He also concluded that the LFA did not need to be accompanied by a plan, as Bluberi had stated its intention to file a plan in the future.

[29] After reviewing the terms of the LFA, the supervising judge found it met the criteria for approval of third party litigation funding set out in *Bayens v. Kinross Gold Corporation*, 2013 ONSC 4974, 117 O.R. (3d) 150, at para. 41, and *Hayes v. The City of Saint John*, 2016 NBQB 125, at para. 4 (CanLII). In particular, he considered Bentham’s percentage of return to be reasonable in light of its level of investment and risk. Further, the supervising judge rejected Callidus and the Creditors’ Group’s argument that the LFA gave too much discretion to Bentham. He found that the LFA did not allow Bentham to exert undue influence on the litigation of the Retained Claims, noting similarly broad clauses had been approved in the CCAA context (para. 82, citing *Schenk v. Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2015 ONSC 3215, 74 C.P.C. (7th) 332, at para. 23).

[30] Finally, the supervising judge imposed the Litigation Financing Charge on Bluberi’s assets. While significant, the supervising judge considered the amount to be reasonable given: the amount of damages that would be claimed from Callidus; Bentham’s financial commitment to the litigation; and the fact that Bentham was not charging any interim fees or interest (i.e., it would only profit in the event of successful litigation or settlement). Put simply, Bentham was taking substantial risks, and it was reasonable that it obtain certain guarantees in exchange.

[31] Callidus, again supported by the Creditors’ Group, appealed the supervising judge’s order, impleading Bentham in the process.

arrangement ou une transaction entre un débiteur et ses créanciers » (par. 71, citant *Re Crystallex*, 2012 ONCA 404, 293 O.A.C. 102, par. 92 (« *Crystallex* »)). À son avis, l’AFL est dépourvu de cette caractéristique essentielle. Il conclut aussi qu’il n’est pas nécessaire que l’AFL soit assorti d’un plan étant donné que Bluberi a exprimé l’intention d’en déposer un plus tard.

[29] Après en avoir examiné les modalités, le juge surveillant conclut que l’AFL respecte le critère d’approbation applicable en matière de financement d’un litige par un tiers qui est établi dans les décisions *Bayens c. Kinross Gold Corporation*, 2013 ONSC 4974, 117 O.R. (3d) 150, par. 41, et *Hayes c. The City of Saint John*, 2016 NBQB 125, par. 4 (CanLII). Plus particulièrement, il considère que le taux de retour de Bentham est raisonnable eu égard à son niveau d’investissement et de risque. Il rejette en outre l’argument avancé par Callidus et le groupe de créanciers, qui soutenaient que l’AFL donne trop de latitude à Bentham. Il conclut que l’AFL ne permet pas à Bentham d’exercer une influence indue sur le déroulement du litige lié aux réclamations réservées et souligne que des clauses générales semblables à celles qu’il contient ont déjà été approuvées dans le contexte de la LACC (par. 82, citant *Schenk c. Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2015 ONSC 3215, 74 C.P.C. (7th) 332, par. 23).

[30] Enfin, le juge surveillant ordonne que les actifs de Bluberi soient grevés de la charge liée au financement du litige. Il juge que, même s’il est élevé, le montant en question est raisonnable étant donné : le montant des dommages-intérêts qui sont réclamés à Callidus; l’engagement financier de Bentham dans le litige; et le fait que Bentham n’exige aucune provision pour frais ou intérêts (c.-à-d. qu’elle ne tirera profit de l’accord que si le procès ou le règlement est couronné de succès). En termes simples, Bentham prend des risques importants et il est raisonnable qu’elle obtienne certaines garanties en échange.

[31] Callidus, de nouveau appuyée par le groupe de créanciers, interjette appel de l’ordonnance du juge surveillant et met en cause Bentham.

B. *Quebec Court of Appeal, 2019 QCCA 171 (Dutil and Schrager J.J.A. and Dumas J. (ad hoc))*

[32] The Court of Appeal allowed the appeal, finding that “[t]he exercise of the judge’s discretion [was] not founded in law nor on a proper treatment of the facts so that irrespective of the standard of review applied, appellate intervention [was] justified” (para. 48 (CanLII)). In particular, the court identified two errors of relevance to these appeals.

[33] First, the court was of the view that the supervising judge erred in finding that Callidus had an improper purpose in seeking to vote on its New Plan. In its view, Callidus should have been permitted to vote. The court relied heavily on the notion that creditors have a right to vote in their own self-interest. It held that any judicial discretion to preclude voting due to improper purpose should be reserved for the “clearest of cases” (para. 62, referring to *Re Blackburn*, 2011 BCSC 1671, 27 B.C.L.R. (5th) 199, at para. 45). The court was of the view that Callidus’s transparent attempt to obtain a release from Bluberi’s claims against it did not amount to an improper purpose. The court also considered Callidus’s conduct prior to and during the CCAA proceedings to be incapable of justifying a finding of improper purpose.

[34] Second, the court concluded that the supervising judge erred in approving the LFA as interim financing because, in its view, the LFA was not connected to Bluberi’s commercial operations. The court concluded that the supervising judge had both “misconstrued in law the notion of interim financing and misapplied that notion to the factual circumstances of the case” (para. 78).

[35] In light of this perceived error, the court substituted its view that the LFA was a plan of arrangement and, as a result, should have been submitted

B. *Cour d’appel du Québec, 2019 QCCA 171 (les juges Dutil et Schrager et le juge Dumas (ad hoc))*

[32] La Cour d’appel accueille l’appel et conclut que [TRADUCTION] « [l]’exercice par le juge de son pouvoir discrétionnaire [n’était] pas fondé en droit, non plus qu’il ne reposait sur un traitement approprié des faits, de sorte que, peu importe la norme de contrôle appliquée, il [était] justifié d’intervenir en appel » (par. 48 (CanLII)). En particulier, la cour relève deux erreurs qui sont pertinentes pour les présents pourvois.

[33] D’une part, la cour conclut que le juge surveillant a commis une erreur en concluant que Callidus a agi dans un but illégitime en demandant l’autorisation de voter sur son nouveau plan. À son avis, Callidus aurait dû être autorisée à voter. La cour s’appuie grandement sur l’idée que les créanciers ont le droit de voter en fonction de leur propre intérêt. Elle juge que l’exercice du pouvoir discrétionnaire qui consiste à empêcher un créancier de voter dans un but illégitime devrait être [TRADUCTION] « réservé aux cas les plus évidents » (par. 62, renvoyant à *Re Blackburn*, 2011 BCSC 1671, 27 B.C.L.R. (5th) 199, par. 45). Selon elle, en tentant de façon transparente d’être libérée des réclamations de Bluberi à son égard, Callidus ne pouvait être considérée comme ayant agi dans un but illégitime. La cour conclut également que la conduite de Callidus, avant et pendant la procédure introduite en vertu de la LACC, ne pouvait justifier la conclusion qu’il existe un but illégitime.

[34] D’autre part, la cour conclut que le juge surveillant a eu tort d’approuver l’AFL en tant qu’accord de financement provisoire parce qu’à son avis, il n’est pas lié aux opérations commerciales de Bluberi. Elle conclut que le juge surveillant a [TRADUCTION] « donné à la notion de financement provisoire une interprétation non fondée en droit et qu’il a mal appliqué cette notion aux circonstances factuelles de l’affaire » (par. 78).

[35] À la lumière de ce qu’elle percevait comme une erreur, la cour substitue son opinion selon laquelle l’AFL est un plan d’arrangement et que pour

to a creditors' vote. It held that "[a]n arrangement or proposal can encompass both a compromise of creditors' claims as well as the process undertaken to satisfy them" (para. 85). The court considered the LFA to be a plan of arrangement because it affected the creditors' share in any eventual litigation proceeds, would cause them to wait for the outcome of any litigation, and could potentially leave them with nothing at all. Moreover, the court held that Bluberi's scheme "as a whole", being the prosecution of the Retained Claims and the LFA, should be submitted as a plan to the creditors for their approval (para. 89).

[36] Bluberi and Bentham (collectively, "appellants"), again supported by the Monitor, now appeal to this Court.

IV. Issues

[37] These appeals raise two issues:

- (1) Did the supervising judge err in barring Callidus from voting on its New Plan on the basis that it was acting for an improper purpose?
- (2) Did the supervising judge err in approving the LFA as interim financing, pursuant to s. 11.2 of the CCAA?

V. Analysis

A. *Preliminary Considerations*

[38] Addressing the above issues requires situating them within the contemporary Canadian insolvency landscape and, more specifically, the CCAA regime. Accordingly, before turning to those issues, we review (1) the evolving nature of CCAA proceedings; (2) the role of the supervising judge in those proceedings; and (3) the proper scope of appellate review of a supervising judge's exercise of discretion.

cette raison, il aurait dû être soumis au vote des créanciers. Elle conclut [TRADUCTION] « [qu']un arrangement ou une proposition peut englober une transaction visant les réclamations des créanciers ainsi que le processus suivi pour y donner suite » (par. 85). La cour juge que l'AFL est un plan d'arrangement parce qu'il a une incidence sur la participation des créanciers à l'indemnité susceptible d'être accordée à la suite d'un litige, qu'il oblige ceux-ci à attendre l'issue de tout litige, et qu'il est possible que les créanciers se retrouvent les mains vides. De plus, la cour conclut que le projet de Bluberi « dans son entièreté », soit la poursuite des réclamations réservées et l'AFL, doit être soumis à l'approbation des créanciers (par. 89).

[36] Bluberi et Bentham (collectivement, les « appelantes »), encore une fois appuyées par le contrôleur, se pourvoient maintenant devant notre Cour.

IV. Questions en litige

[37] Les pourvois soulèvent deux questions :

- (1) Le juge surveillant a-t-il commis une erreur en empêchant Callidus de voter sur son nouveau plan au motif qu'elle agissait dans un but illégitime?
- (2) Le juge surveillant a-t-il commis une erreur en approuvant l'AFL en tant que plan de financement provisoire, selon les termes de l'art. 11.2 de la LACC?

V. Analyse

A. *Considérations préliminaires*

[38] Pour répondre aux questions ci-dessus, nous devons les situer dans le contexte contemporain de l'insolvabilité au Canada, et plus précisément du régime de la LACC. Ainsi, avant de passer à ces questions, nous examinons (1) la nature évolutive des procédures intentées sous le régime de la LACC; (2) le rôle que joue le juge surveillant dans ces procédures; et (3) la portée du contrôle, en appel, de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge surveillant.

(1) The Evolving Nature of CCAA Proceedings

[39] The CCAA is one of three principal insolvency statutes in Canada. The others are the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“BIA”), which covers insolvencies of both individuals and companies, and the *Winding-up and Restructuring Act*, R.S.C. 1985, c. W-11 (“WURA”), which covers insolvencies of financial institutions and certain other corporations, such as insurance companies (WURA, s. 6(1)). While both the CCAA and the BIA enable reorganizations of insolvent companies, access to the CCAA is restricted to debtor companies facing total claims in excess of \$5 million (CCAA, s. 3(1)).

[40] Together, Canada’s insolvency statutes pursue an array of overarching remedial objectives that reflect the wide ranging and potentially “catastrophic” impacts insolvency can have (*Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271, at para. 1). These objectives include: providing for timely, efficient and impartial resolution of a debtor’s insolvency; preserving and maximizing the value of a debtor’s assets; ensuring fair and equitable treatment of the claims against a debtor; protecting the public interest; and, in the context of a commercial insolvency, balancing the costs and benefits of restructuring or liquidating the company (J. P. Sarra, “The Oscillating Pendulum: Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law”, in J. P. Sarra and B. Romaine, eds., *Annual Review of Insolvency Law 2016* (2017), 9, at pp. 9-10; J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2nd ed. 2013), at pp. 4-5 and 14; Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce, *Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies’ Creditors Arrangement Act* (2003), at pp. 9-10; R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2nd ed. 2015), at pp. 4-5).

(1) La nature évolutive des procédures intentées sous le régime de la LACC

[39] La LACC est l’une des trois principales lois canadiennes en matière d’insolvabilité. Les autres sont la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985 c. B-3 (« LFI »), qui traite de l’insolvabilité des personnes physiques et des sociétés, et la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, L.R.C. 1985 c. W-11 (« LLR »), qui traite de l’insolvabilité des institutions financières et de certaines autres personnes morales, telles que les compagnies d’assurance (LLR, par. 6(1)). Bien que la LACC et la LFI permettent toutes deux la restructuration de compagnies insolvables, l’accès à la LACC est limité aux sociétés débitrices qui sont aux prises avec des réclamations dont le montant total est supérieur à 5 millions de dollars (LACC, par. 3(1)).

[40] Ensemble, les lois canadiennes sur l’insolvabilité poursuivent un grand nombre d’objectifs réparateurs généraux qui témoignent de la vaste gamme des conséquences potentiellement « catastrophiques » qui peuvent découler de l’insolvabilité (*Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallus*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271, par. 1). Ces objectifs incluent les suivants : régler de façon rapide, efficace et impartiale l’insolvabilité d’un débiteur; préserver et maximiser la valeur des actifs d’un débiteur; assurer un traitement juste et équitable des réclamations déposées contre un débiteur; protéger l’intérêt public; et, dans le contexte d’une insolvabilité commerciale, établir un équilibre entre les coûts et les bénéfices découlant de la restructuration ou de la liquidation d’une compagnie (J. P. Sarra, « The Oscillating Pendulum : Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law », dans J. P. Sarra et B. Romaine, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2016* (2017), 9, p. 9-10; J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2^e éd. 2013), p. 4-5 et 14; Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l’insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (2003), p. 13-14; R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2^e éd. 2015), p. 4-5).

[41] Among these objectives, the CCAA generally prioritizes “avoiding the social and economic losses resulting from liquidation of an insolvent company” (*Century Services*, at para. 70). As a result, the typical CCAA case has historically involved an attempt to facilitate the reorganization and survival of the pre-filing debtor company in an operational state — that is, as a going concern. Where such a reorganization was not possible, the alternative course of action was seen as a liquidation through either a receivership or under the BIA regime. This is precisely the outcome that was sought in *Century Services* (see para. 14).

[42] That said, the CCAA is fundamentally insolvency legislation, and thus it also “has the simultaneous objectives of maximizing creditor recovery, preservation of going-concern value where possible, preservation of jobs and communities affected by the firm’s financial distress . . . and enhancement of the credit system generally” (Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, at p. 14; see also *Ernst & Young Inc. v. Essar Global Fund Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1 (“*Essar*”), at para. 103). In pursuit of those objectives, CCAA proceedings have evolved to permit outcomes that do not result in the emergence of the pre-filing debtor company in a restructured state, but rather involve some form of liquidation of the debtor’s assets under the auspices of the Act itself (Sarra, “The Oscillating Pendulum: Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law”, at pp. 19-21). Such scenarios are referred to as “liquidating CCAAs”, and they are now commonplace in the CCAA landscape (see *Third Eye Capital Corporation v. Ressources Dianor Inc./Dianor Resources Inc.*, 2019 ONCA 508, 435 D.L.R. (4th) 416, at para. 70).

[41] Parmi ces objectifs, la LACC priorise en général le fait d’« éviter les pertes sociales et économiques résultant de la liquidation d’une compagnie insolvable » (*Century Services*, par. 70). C’est pourquoi les affaires types qui relèvent de cette loi ont historiquement facilité la restructuration de l’entreprise débitrice qui n’a pas encore déposé de proposition en la maintenant dans un état opérationnel, c’est-à-dire en permettant qu’elle poursuive ses activités. Lorsqu’une telle restructuration n’était pas possible, on considérait qu’il fallait alors procéder à la liquidation par voie de mise sous séquestre ou sous le régime de la LFI. C’est précisément le résultat qui était recherché dans l’affaire *Century Services* (voir par. 14).

[42] Cela dit, la LACC est fondamentalement une loi sur l’insolvabilité, et à ce titre, elle a aussi [TRADUCTION] « comme objectifs simultanés de maximiser le recouvrement au profit des créanciers, de préserver la valeur d’exploitation dans la mesure du possible, de protéger les emplois et les collectivités touchées par les difficultés financières de l’entreprise [. . .] et d’améliorer le système de crédit de manière générale » (Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, p. 14; voir aussi *Ernst & Young Inc. c. Essar Global Fund Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1 (« *Essar* »), par. 103). Afin d’atteindre ces objectifs, les procédures intentées sous le régime de la LACC ont évolué de telle sorte qu’elles permettent des solutions qui évitent l’émergence, sous une forme restructurée, de la société débitrice qui existait avant le début des procédures, mais qui impliquent plutôt une certaine forme de liquidation des actifs du débiteur sous le régime même de la Loi (Sarra, « The Oscillating Pendulum : Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law », p. 19-21). Ces cas, qualifiés de [TRADUCTION] « procédures de liquidation sous le régime de la LACC », sont maintenant courants dans le contexte de la LACC (voir *Third Eye Capital Corporation c. Ressources Dianor Inc./Dianor Resources Inc.*, 2019 ONCA 508, 435 D.L.R. (4th) 416, par. 70).

[43] Liquidating CCAAs take diverse forms and may involve, among other things: the sale of the debtor company as a going concern; an “en bloc” sale of assets that are capable of being operationalized by a buyer; a partial liquidation or downsizing of business operations; or a piecemeal sale of assets (B. Kaplan, “Liquidating CCAAs: Discretion Gone Awry?”, in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law* (2008), 79, at pp. 87-89). The ultimate commercial outcomes facilitated by liquidating CCAAs are similarly diverse. Some may result in the continued operation of the business of the debtor under a different going concern entity (e.g., the liquidations in *Indalex* and *Re Canadian Red Cross Society* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), while others may result in a sale of assets and inventory with no such entity emerging (e.g., the proceedings in *Re Target Canada Co.*, 2015 ONSC 303, 22 C.B.R. (6th) 323, at paras. 7 and 31). Others still, like the case at bar, may involve a going concern sale of most of the assets of the debtor, leaving residual assets to be dealt with by the debtor and its stakeholders.

[44] CCAA courts first began approving these forms of liquidation pursuant to the broad discretion conferred by the Act. The emergence of this practice was not without criticism, largely on the basis that it appeared to be inconsistent with the CCAA being a “restructuring statute” (see, e.g., *Uti Energy Corp. v. Fracmaster Ltd.*, 1999 ABCA 178, 244 A.R. 93, at paras. 15-16, aff’d 1999 ABQB 379, 11 C.B.R. (4th) 204, at paras. 40-43; A. Nocilla, “The History of the Companies’ Creditors Arrangement Act and the Future of Re-Structuring Law in Canada” (2014), 56 *Can. Bus. L.J.* 73, at pp. 88-92).

[45] However, since s. 36 of the CCAA came into force in 2009, courts have been using it to effect liquidating CCAAs. Section 36 empowers courts to authorize the sale or disposition of a debtor

[43] Les procédures de liquidation sous le régime de la LACC revêtent différentes formes et peuvent, entre autres, inclure la vente de la société débitrice à titre d’entreprise en activité; la vente « en bloc » des éléments d’actif susceptibles d’être exploités par un acquéreur; une liquidation partielle de l’entreprise ou une réduction de ses activités; ou encore une vente de ses actifs élément par élément (B. Kaplan, « Liquidating CCAAs : Discretion Gone Awry? » dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law* (2008), 79, p. 87-89). Les résultats commerciaux ultimement obtenus à l’issue des procédures de liquidation introduites sous le régime de la LACC sont eux aussi variés. Certaines procédures peuvent avoir pour résultat la continuité des activités de la débitrice sous la forme d’une autre entité viable (p. ex., les sociétés liquidées dans *Indalex* et *Re Canadian Red Cross Society* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299 (C.J. Ont., Div. gén.)), alors que d’autres peuvent simplement aboutir à la vente des actifs et de l’inventaire sans donner naissance à une nouvelle entité (p. ex., la procédure en cause dans *Re Target Canada Co.*, 2015 ONSC 303, 22 C.B.R. (6th) 323, par. 7 et 31). D’autres encore, comme dans le dossier qui nous occupe, peuvent donner lieu à la vente de la plupart des actifs de la débitrice en vue de la poursuite de son activité, laissant à la débitrice et aux parties intéressées le soin de s’occuper des actifs résiduels.

[44] Les tribunaux chargés de l’application de la LACC ont d’abord commencé à approuver ces formes de liquidation en exerçant le vaste pouvoir discrétionnaire que leur confère la Loi. L’émergence de cette pratique a fait l’objet de critiques, essentiellement parce qu’elle semblait incompatible avec l’objectif de « restructuration » de la LACC (voir, p. ex., *Uti Energy Corp. c. Fracmaster Ltd.*, 1999 ABCA 178, 244 A.R. 93, par. 15-16, conf. 1999 ABQB 379, 11 C.B.R. (4th) 204, par. 40-43; A. Nocilla, « The History of the Companies’ Creditors Arrangement Act and the Future of Re-Structuring Law in Canada » (2014), 56 *Rev. can. dr. comm.* 73, p. 88-92).

[45] Toutefois, depuis que l’art. 36 de la LACC est entré en vigueur en 2009, les tribunaux l’utilisent pour consentir à une liquidation sous le régime de la LACC. L’article 36 confère aux tribunaux le pouvoir

company's assets outside the ordinary course of business.³ Significantly, when the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce recommended the adoption of s. 36, it observed that liquidation is not necessarily inconsistent with the remedial objectives of the CCAA, and that it may be a means to "raise capital [to facilitate a restructuring], eliminate further loss for creditors or focus on the solvent operations of the business" (p. 147). Other commentators have observed that liquidation can be a "vehicle to restructure a business" by allowing the business to survive, albeit under a different corporate form or ownership (Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, at p. 169; see also K. P. McElcheran, *Commercial Insolvency in Canada* (4th ed. 2019), at p. 311). Indeed, in *Indalex*, the company sold its assets under the CCAA in order to preserve the jobs of its employees, despite being unable to survive as their employer (see para. 51).

d'autoriser la vente ou la disposition des actifs d'une compagnie débitrice hors du cours ordinaire de ses affaires³. Fait important, lorsque le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce a recommandé l'adoption de l'art. 36, il a fait observer que la liquidation n'est pas nécessairement incompatible avec les objectifs réparateurs de la LACC et qu'il pourrait s'agir d'un moyen « soit pour obtenir des capitaux [et faciliter la restructuration] ou éviter des pertes plus graves aux créanciers, soit pour se concentrer sur ses activités solvables » (p. 163). D'autres auteurs ont observé que la liquidation peut [TRADUCTION] « être un moyen de restructurer une entreprise » en lui permettant de survivre, quoique sous une forme corporative différente ou sous la gouverne de propriétaires différents (Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, p. 169; voir aussi K. P. McElcheran, *Commercial Insolvency in Canada* (4^e éd. 2019), p. 311). D'ailleurs, dans l'arrêt *Indalex*, la compagnie a vendu ses actifs sous le régime de la LACC afin de protéger les emplois de son personnel, même si elle ne pouvait demeurer leur employeur (voir par. 51).

[46] Ultimately, the relative weight that the different objectives of the CCAA take on in a particular case may vary based on the factual circumstances, the stage of the proceedings, or the proposed solutions that are presented to the court for approval. Here, a parallel may be drawn with the BIA context. In *Orphan Well Association v. Grant Thornton Ltd.*, 2019 SCC 5, [2019] 1 S.C.R. 150, at para. 67, this Court explained that, as a general matter, the BIA serves two purposes: (1) the bankrupt's financial rehabilitation and (2) the equitable distribution of the bankrupt's assets among creditors. However,

[46] En définitive, le poids relatif attribué aux différents objectifs de la LACC dans une affaire donnée peut varier en fonction des circonstances factuelles, de l'étape des procédures ou des solutions qui sont présentées à la cour pour approbation. En l'espèce, il est possible d'établir un parallèle avec le contexte de la LFI. Dans l'arrêt *Orphan Well Association c. Grant Thornton Ltd.*, 2019 CSC 5, [2019] 1 R.C.S. 150, par. 67, notre Cour a expliqué que, de façon générale, la LFI vise deux objectifs : (1) la réhabilitation financière du failli, et (2) le partage équitable des actifs du failli entre les créanciers. Or, dans les cas où

³ We note that while s. 36 now codifies the jurisdiction of a supervising court to grant a sale and vesting order, and enumerates factors to guide the court's discretion to grant such an order, it is silent on when courts ought to approve a liquidation under the CCAA as opposed to requiring the parties to proceed to liquidation under a receivership or the BIA regime (see Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, at pp. 167-68; A. Nocilla, "Asset Sales Under the Companies' Creditors Arrangement Act and the Failure of Section 36" (2012) 52 *Can. Bus. L.J.* 226, at pp. 243-44 and 247). This issue remains an open question and was not put to this Court in either *Indalex* or these appeals.

³ Mentionnons que, bien que l'art. 36 codifie désormais le pouvoir du juge surveillant de rendre une ordonnance de vente et de dévolution, et qu'il énonce les facteurs devant orienter l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'accorder une telle ordonnance, il est muet quant aux circonstances dans lesquelles les tribunaux doivent approuver une liquidation sous le régime de la LACC plutôt que d'exiger des parties qu'elles procèdent à la liquidation par voie de mise sous séquestre ou sous le régime de la LFI (voir Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, p. 167-168; A. Nocilla, « Asset Sales Under the Companies' Creditors Arrangement Act and the Failure of Section 36 » (2012) 52 *Rev. can. dr. comm.* 226, p. 243-244 et 247). Cette question demeure ouverte et n'a pas été soumise à la Cour dans *Indalex* non plus que dans les présents pourvois.

in circumstances where a debtor corporation will never emerge from bankruptcy, only the latter purpose is relevant (see para. 67). Similarly, under the CCAA, when a reorganization of the pre-filing debtor company is not a possibility, a liquidation that preserves going-concern value and the ongoing business operations of the pre-filing company may become the predominant remedial focus. Moreover, where a reorganization or liquidation is complete and the court is dealing with residual assets, the objective of maximizing creditor recovery from those assets may take centre stage. As we will explain, the architecture of the CCAA leaves the case-specific assessment and balancing of these remedial objectives to the supervising judge.

(2) The Role of a Supervising Judge in CCAA Proceedings

[47] One of the principal means through which the CCAA achieves its objectives is by carving out a unique supervisory role for judges (see Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, at pp. 18-19). From beginning to end, each CCAA proceeding is overseen by a single supervising judge. The supervising judge acquires extensive knowledge and insight into the stakeholder dynamics and the business realities of the proceedings from their ongoing dealings with the parties.

[48] The CCAA capitalizes on this positional advantage by supplying supervising judges with broad discretion to make a variety of orders that respond to the circumstances of each case and “meet contemporary business and social needs” (*Century Services*, at para. 58) in “real-time” (para. 58, citing R. B. Jones, “The Evolution of Canadian Restructuring: Challenges for the Rule of Law”, in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2005* (2006), 481, at p. 484). The anchor of this discretionary authority is s. 11, which empowers a judge “to make any order that [the judge] considers appropriate in the circumstances”. This section has been described as “the engine” driving the statutory scheme (*Stelco*

la société débitrice ne s’extirpera jamais de la faillite, seul le dernier objectif est pertinent (voir par. 67). Dans la même veine, sous le régime de la LACC, lorsque la restructuration d’une société débitrice qui n’a pas déposé de proposition est impossible, une liquidation visant à protéger sa valeur d’exploitation et à maintenir ses activités courantes peut devenir l’objectif réparateur principal. En outre, lorsque la restructuration ou la liquidation est terminée et que le tribunal doit décider du sort des actifs résiduels, l’objectif de maximiser le recouvrement des créanciers à partir de ces actifs peut passer au premier plan. Comme nous l’expliquerons, la structure de la LACC laisse au juge surveillant le soin de procéder à un examen et à une mise en balance au cas par cas de ces objectifs réparateurs.

(2) Le rôle du juge surveillant dans les procédures intentées sous le régime de la LACC

[47] Un des principaux moyens par lesquels la LACC atteint ses objectifs réside dans le rôle particulier de surveillance qu’elle réserve aux juges (voir Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, p. 18-19). Chaque procédure fondée sur la LACC est supervisée du début à la fin par un seul juge surveillant. En raison de ses rapports continus avec les parties, ce dernier acquiert une connaissance approfondie de la dynamique entre les intéressés et des réalités commerciales entourant la procédure.

[48] La LACC mise sur la position avantageuse qu’occupe le juge surveillant en lui accordant le vaste pouvoir discrétionnaire de rendre toute une gamme d’ordonnances susceptibles de répondre aux circonstances de chaque cas et de « [s’adapter] aux besoins commerciaux et sociaux contemporains » (*Century Services*, par. 58) en « temps réel » (par. 58, citant R. B. Jones, « The Evolution of Canadian Restructuring : Challenges for the Rule of Law », dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2005* (2006), 481, p. 484). Le point d’ancrage de ce pouvoir discrétionnaire est l’art. 11, qui confère au juge le pouvoir de « rendre toute ordonnance qu’il estime indiquée ». Cette disposition a été décrite

Inc. (Re) (2005), 253 D.L.R. (4th) 109 (Ont. C.A.), at para. 36).

[49] The discretionary authority conferred by the CCAA, while broad in nature, is not boundless. This authority must be exercised in furtherance of the remedial objectives of the CCAA, which we have explained above (see *Century Services*, at para. 59). Additionally, the court must keep in mind three “baseline considerations” (at para. 70), which the applicant bears the burden of demonstrating: (1) that the order sought is appropriate in the circumstances, and (2) that the applicant has been acting in good faith and (3) with due diligence (para. 69).

[50] The first two considerations of appropriateness and good faith are widely understood in the CCAA context. Appropriateness “is assessed by inquiring whether the order sought advances the policy objectives underlying the CCAA” (para. 70). Further, the well-established requirement that parties must act in good faith in insolvency proceedings has recently been made express in s. 18.6 of the CCAA, which provides:

Good faith

18.6 (1) Any interested person in any proceedings under this Act shall act in good faith with respect to those proceedings.

Good faith — powers of court

(2) If the court is satisfied that an interested person fails to act in good faith, on application by an interested person, the court may make any order that it considers appropriate in the circumstances.

(See also *BIA*, s. 4.2; *Budget Implementation Act*, 2019, No. 1, S.C. 2019, c. 29, ss. 133 and 140.)

[51] The third consideration of due diligence requires some elaboration. Consistent with the CCAA regime generally, the due diligence consideration discourages parties from sitting on their rights and ensures that creditors do not strategically manoeuvre or

comme étant le « moteur » du régime législatif (*Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 109 (C.A. Ont.), par. 36).

[49] Quoique vaste, le pouvoir discrétionnaire conféré par la LACC n’est pas sans limites. Son exercice doit tendre à la réalisation des objectifs réparateurs de la LACC, que nous avons expliqués ci-dessus (voir *Century Services*, par. 59). En outre, la cour doit garder à l’esprit les trois « considérations de base » (par. 70) qu’il incombe au demandeur de démontrer : (1) que l’ordonnance demandée est indiquée, et (2) qu’il a agi de bonne foi et (3) avec la diligence voulue (par. 69).

[50] Les deux premières considérations, l’opportunité et la bonne foi, sont largement connues dans le contexte de la LACC. Le tribunal « évalue l’opportunité de l’ordonnance demandée en déterminant si elle favorisera la réalisation des objectifs de politique générale qui sous-tendent la Loi » (par. 70). Par ailleurs, l’exigence bien établie selon laquelle les parties doivent agir de bonne foi dans les procédures d’insolvabilité est depuis peu mentionnée de façon expresse à l’art. 18.6 de la LACC, qui dispose :

Bonne foi

18.6 (1) Tout intéressé est tenu d’agir de bonne foi dans le cadre d’une procédure intentée au titre de la présente loi.

Bonne foi — pouvoirs du tribunal

(2) S’il est convaincu que l’intéressé n’agit pas de bonne foi, le tribunal peut, à la demande de tout intéressé, rendre toute ordonnance qu’il estime indiquée.

(Voir aussi *LFI*, art. 4.2; *Loi n° 1 d’exécution du budget de 2019*, L.C. 2019, c. 29, art. 133 et 140.)

[51] La troisième considération, celle de la diligence, requiert qu’on s’y attarde. Conformément au régime de la LACC en général, la considération de diligence décourage les parties de rester sur leurs positions et fait en sorte que les créanciers n’usent

position themselves to gain an advantage (*Lehndorff General Partner Ltd., Re* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), at p. 31). The procedures set out in the CCAA rely on negotiations and compromise between the debtor and its stakeholders, as overseen by the supervising judge and the monitor. This necessarily requires that, to the extent possible, those involved in the proceedings be on equal footing and have a clear understanding of their respective rights (see McElcheran, at p. 262). A party's failure to participate in CCAA proceedings in a diligent and timely fashion can undermine these procedures and, more generally, the effective functioning of the CCAA regime (see, e.g., *North American Tungsten Corp. v. Global Tungsten and Powders Corp.*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6, at paras. 21-23; *Re BA Energy Inc.*, 2010 ABQB 507, 70 C.B.R. (5th) 24; *HSBC Bank Canada v. Bear Mountain Master Partnership*, 2010 BCSC 1563, 72 C.B.R. (5th) 276, at para. 11; *Caterpillar Financial Services Ltd. v. 360networks Corp.*, 2007 BCCA 14, 279 D.L.R. (4th) 701, at paras. 51-52, in which the courts seized on a party's failure to act diligently).

[52] We pause to note that supervising judges are assisted in their oversight role by a court appointed monitor whose qualifications and duties are set out in the CCAA (see ss. 11.7, 11.8 and 23 to 25). The monitor is an independent and impartial expert, acting as “the eyes and the ears of the court” throughout the proceedings (*Essar*, at para. 109). The core of the monitor's role includes providing an advisory opinion to the court as to the fairness of any proposed plan of arrangement and on orders sought by parties, including the sale of assets and requests for interim financing (see CCAA, s. 23(1)(d) and (i); Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, at pp. 566 and 569).

pas stratégiquement de ruse ou ne se placent pas eux-mêmes dans une position pour obtenir un avantage (*Lehndorff General Partner Ltd., Re* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24 (C.J. Ont. (Div. gén.)), p. 31). La procédure prévue par la LACC se fonde sur les négociations et les transactions entre le débiteur et les intéressés, le tout étant supervisé par le juge surveillant et le contrôleur. Il faut donc nécessairement que, dans la mesure du possible, ceux qui participent au processus soient sur un pied d'égalité et aient une compréhension claire de leurs droits respectifs (voir McElcheran, p. 262). La partie qui, dans le cadre d'une procédure fondée sur la LACC, n'agit pas avec diligence et en temps utile risque de compromettre le processus et, de façon plus générale, de nuire à l'efficacité du régime de la Loi (voir, p. ex., *North American Tungsten Corp. c. Global Tungsten and Powders Corp.*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6 par. 21-23; *Re BA Energy Inc.*, 2010 ABQB 507, 70 C.B.R. (5th) 24; *HSBC Bank Canada c. Bear Mountain Master Partnership*, 2010 BCSC 1563, 72 C.B.R. (5th) 276 par. 11; *Caterpillar Financial Services Ltd. c. 360networks Corp.*, 2007 BCCA 14, 279 D.L.R. (4th) 701, par. 51-52, où les tribunaux se sont penchés sur le manque de diligence d'une partie).

[52] Nous soulignons que les juges surveillants s'acquittent de leur rôle de supervision avec l'aide d'un contrôleur qui est nommé par le tribunal et dont les compétences et les attributions sont énoncées dans la LACC (voir art. 11.7, 11.8 et 23 à 25). Le contrôleur est un expert indépendant et impartial qui agit comme [TRADUCTION] « les yeux et les oreilles du tribunal » tout au long de la procédure (*Essar*, par. 109). Il a essentiellement pour rôle de donner au tribunal des avis consultatifs sur le caractère équitable de tout plan d'arrangement proposé et sur les ordonnances demandées par les parties, y compris celles portant sur la vente d'actifs et le financement provisoire (voir LACC, al. 23(1)d) et i); Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, p. 566 et 569).

(3) Appellate Review of Exercises of Discretion by a Supervising Judge

[53] A high degree of deference is owed to discretionary decisions made by judges supervising CCAA proceedings. As such, appellate intervention will only be justified if the supervising judge erred in principle or exercised their discretion unreasonably (see *Grant Forest Products Inc. v. Toronto-Dominion Bank*, 2015 ONCA 570, 387 D.L.R. (4th) 426, at para. 98; *Bridging Finance Inc. v. Béton Brunet 2001 inc.*, 2017 QCCA 138, 44 C.B.R. (6th) 175, at para. 23). Appellate courts must be careful not to substitute their own discretion in place of the supervising judge's (*New Skeena Forest Products Inc., Re*, 2005 BCCA 192, 39 B.C.L.R. (4th) 338, at para. 20).

[54] This deferential standard of review accounts for the fact that supervising judges are steeped in the intricacies of the CCAA proceedings they oversee. In this respect, the comments of Tysoe J.A. in *Canadian Metropolitan Properties Corp. v. Libin Holdings Ltd.*, 2009 BCCA 40, 308 D.L.R. (4th) 339 (“*Re Edgewater Casino Inc.*”), at para. 20, are apt:

... one of the principal functions of the judge supervising the CCAA proceeding is to attempt to balance the interests of the various stakeholders during the reorganization process, and it will often be inappropriate to consider an exercise of discretion by the supervising judge in isolation of other exercises of discretion by the judge in endeavoring to balance the various interests. ... CCAA proceedings are dynamic in nature and the supervising judge has intimate knowledge of the reorganization process. The nature of the proceedings often requires the supervising judge to make quick decisions in complicated circumstances.

[55] With the foregoing in mind, we turn to the issues on appeal.

(3) Le contrôle en appel de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge surveillant

[53] Les décisions discrétionnaires des juges chargés de la supervision des procédures intentées sous le régime de la LACC commandent un degré élevé de déférence. Ainsi, les cours d'appel ne seront justifiées d'intervenir que si le juge surveillant a commis une erreur de principe ou exercé son pouvoir discrétionnaire de manière déraisonnable (voir *Grant Forest Products Inc. c. Toronto-Dominion Bank*, 2015 ONCA 570, 387 D.L.R. (4th) 426, par. 98; *Bridging Finance Inc. c. Béton Brunet 2001 inc.*, 2017 QCCA 138, 44 C.B.R. (6th) 175, par. 23). Elles doivent prendre garde de ne pas substituer leur propre pouvoir discrétionnaire à celui du juge surveillant (*New Skeena Forest Products Inc., Re*, 2005 BCCA 192, 39 B.C.L.R. (4th) 338, par. 20).

[54] Cette norme déférente de contrôle tient compte du fait que le juge surveillant possède une connaissance intime des procédures intentées sous le régime de la LACC dont il assure la supervision. À cet égard, les observations formulées par le juge Tysoe dans *Canadian Metropolitan Properties Corp. c. Libin Holdings Ltd.*, 2009 BCCA 40, 308 D.L.R. (4th) 339 (« *Re Edgewater Casino Inc.* »), par. 20, sont pertinentes :

[TRADUCTION] ... une des fonctions principales du juge chargé de la supervision de la procédure fondée sur la LACC est d'essayer d'établir un équilibre entre les intérêts des différents intéressés durant le processus de restructuration, et il sera bien souvent inopportun d'examiner une des décisions qu'il aura rendues à cet égard isolément des autres. [...] Les procédures intentées sous le régime de la LACC sont de nature dynamique et le juge surveillant a une connaissance intime du processus de restructuration. La nature du processus l'oblige souvent à prendre des décisions rapides dans des situations complexes.

[55] En gardant ce qui précède à l'esprit, nous passons maintenant aux questions soulevées par le présent pourvoi.

B. *Callidus Should Not Be Permitted to Vote on Its New Plan*

[56] A creditor can generally vote on a plan of arrangement or compromise that affects its rights, subject to any specific provisions of the *CCAA* that may restrict its voting rights (e.g., s. 22(3)), or a proper exercise of discretion by the supervising judge to constrain or bar the creditor's right to vote. We conclude that one such constraint arises from s. 11 of the *CCAA*, which provides supervising judges with the discretion to bar a creditor from voting where the creditor is acting for an improper purpose. Supervising judges are best-placed to determine whether this discretion should be exercised in a particular case. In our view, the supervising judge here made no error in exercising his discretion to bar Callidus from voting on the New Plan.

(1) Parameters of Creditors' Right to Vote on Plans of Arrangement

[57] Creditor approval of any plan of arrangement or compromise is a key feature of the *CCAA*, as is the supervising judge's oversight of that process. Where a plan is proposed, an application may be made to the supervising judge to order a creditors' meeting to vote on the proposed plan (*CCAA*, ss. 4 and 5). The supervising judge has the discretion to determine whether to order the meeting. For the purposes of voting at a creditors' meeting, the debtor company may divide the creditors into classes, subject to court approval (*CCAA*, s. 22(1)). Creditors may be included in the same class if "their interests or rights are sufficiently similar to give them a commonality of interest" (*CCAA*, s. 22(2); see also L. W. Houlden, G. B. Morawetz and J. P. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (4th ed. (loose-leaf)), vol. 4, at §149). If the requisite "double majority" in each class of creditors — again, a majority in *number* of class members, which also represents two-thirds in *value* of the class members' claims — vote in favour of the plan, the supervising judge may sanction the plan (*Metcalf & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 296 D.L.R. (4th) 135, at para. 34; see *CCAA*, s. 6). The supervising judge will conduct what is

B. *Callidus ne devrait pas être autorisée à voter sur son nouveau plan*

[56] En général, un créancier peut voter sur un plan d'arrangement ou une transaction qui a une incidence sur ses droits, sous réserve des dispositions de la *LACC* qui peuvent limiter son droit de voter (p. ex., par. 22(3)), ou de l'exercice justifié par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire de limiter ou de supprimer ce droit. Nous concluons qu'une telle limite découle de l'art. 11 de la *LACC*, qui confère au juge surveillant le pouvoir discrétionnaire d'empêcher le créancier de voter lorsqu'il agit dans un but illégitime. Le juge surveillant est mieux placé que quiconque pour déterminer s'il doit exercer ce pouvoir dans un cas donné. À notre avis, le juge surveillant n'a, en l'espèce, commis aucune erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire pour empêcher Callidus de voter sur le nouveau plan.

(1) Les paramètres du droit d'un créancier de voter sur un plan d'arrangement

[57] L'approbation par les créanciers d'un plan d'arrangement ou d'une transaction est l'une des principales caractéristiques de la *LACC*, tout comme la supervision du processus assurée par le juge surveillant. Lorsqu'un plan est proposé, le juge surveillant peut, sur demande, ordonner que soit convoquée une assemblée des créanciers pour que ceux-ci puissent voter sur le plan proposé (*LACC*, art. 4 et 5). Le juge surveillant a le pouvoir discrétionnaire de décider ou non d'ordonner qu'une assemblée soit convoquée. Pour les besoins du vote à l'assemblée des créanciers, la compagnie débitrice peut établir des catégories de créanciers, sous réserve de l'approbation du tribunal (*LACC*, par. 22(1)). Peuvent faire partie de la même catégorie les créanciers « ayant des droits ou intérêts à ce point semblables [. . .] qu'on peut en conclure qu'ils ont un intérêt commun » (*LACC*, par. 22(2); voir aussi L. W. Houlden, G. B. Morawetz, et J. P. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (4^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 4, §149). Si la « double majorité » requise dans chaque catégorie de créanciers — rappelons qu'il s'agit de la majorité en *nombre* d'une catégorie, qui représente aussi les deux-tiers en *valeur* des réclamations de cette catégorie — vote

commonly referred to as a “fairness hearing” to determine, among other things, whether the plan is fair and reasonable (Wood, at pp. 490-92; see also Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, at p. 529; Houlden, Morawetz and Sarra at §45). Once sanctioned by the supervising judge, the plan is binding on each class of creditors that participated in the vote (CCAA, s. 6(1)).

[58] Creditors with a provable claim against the debtor whose interests are affected by a proposed plan are usually entitled to vote on plans of arrangement (Wood, at p. 470). Indeed, there is no express provision in the CCAA barring such a creditor from voting on a plan of arrangement, including a plan it sponsors.

[59] Notwithstanding the foregoing, the appellants submit that a purposive interpretation of s. 22(3) of the CCAA reveals that, as a general matter, a creditor should be precluded from voting on its own plan. Section 22(3) provides:

Related creditors

(3) A creditor who is related to the company may vote against, but not for, a compromise or arrangement relating to the company.

The appellants note that s. 22(3) was meant to harmonize the CCAA scheme with s. 54(3) of the BIA, which provides that “[a] creditor who is related to the debtor may vote against but not for the acceptance of the proposal.” The appellants point out that, under s. 50(1) of the BIA, only debtors can sponsor plans; as a result, the reference to “debtor” in s. 54(3) captures *all* plan sponsors. They submit that if s. 54(3) captures all plan sponsors, s. 22(3) of the CCAA must do the same. On this basis, the appellants ask us to extend the voting restriction in s. 22(3) to apply not only to creditors who are “related to the company”, as the provision states, but to any

en faveur du plan, le juge surveillant peut homologuer celui-ci (*Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 296 D.L.R. (4th) 135, par. 34; voir la LACC, art. 6). Le juge surveillant tiendra ce qu’on appelle communément une [TRADUCTION] « audience d’équité » pour décider, entre autres choses, si le plan est juste et raisonnable (Wood, p. 490-492; Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, p. 529; Houlden, Morawetz et Sarra, §45). Une fois homologué par le juge surveillant, le plan lie chaque catégorie de créanciers qui a participé au vote (LACC, par. 6(1)).

[58] Les créanciers qui ont une réclamation prouvable contre le débiteur et dont les intérêts sont touchés par un plan d’arrangement proposé ont habituellement le droit de voter sur un tel plan (Wood, p. 470). En fait, aucune disposition expresse de la LACC n’interdit à un créancier de voter sur un plan d’arrangement, y compris sur un plan dont il fait la promotion.

[59] Nonobstant ce qui précède, les appelantes soutiennent qu’une interprétation téléologique du par. 22(3) de la LACC révèle que, de façon générale, un créancier ne devrait pas pouvoir voter sur son propre plan. Le paragraphe 22(3) prévoit :

Créancier lié

(3) Le créancier lié à la compagnie peut voter contre, mais non pour, l’acceptation de la transaction ou de l’arrangement.

Les appelantes font remarquer que le par. 22(3) devait permettre d’harmoniser le régime de la LACC avec le par. 54(3) de la LFI, qui dispose que « [u]n créancier qui est lié au débiteur peut voter contre, mais non pour, l’acceptation de la proposition. » Elles soulignent que, en vertu du par. 50(1) de la LFI, seuls les débiteurs peuvent faire la promotion d’un plan; ainsi, le « débiteur » auquel renvoie le par. 54(3) s’entend de *tous* les promoteurs de plan. Elles soutiennent que, si le par. 54(3) vise tous les promoteurs de plan, le par. 22(3) de la LACC doit également les viser. Pour cette raison, les appelantes nous demandent d’étendre la restriction au droit de

creditor who sponsors a plan. They submit that this interpretation gives effect to the underlying intention of both provisions, which they say is to ensure that a creditor who has a conflict of interest cannot “dilute” or overtake the votes of other creditors.

[60] We would not accept this strained interpretation of s. 22(3). Section 22(3) makes no mention of conflicts of interest between creditors and plan sponsors generally. The wording of s. 22(3) only places voting restrictions on creditors who are “related to the [debtor] company”. These words are “precise and unequivocal” and, as such, must “play 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). In our view, the appellants’ analogy to the *BIA* is not sufficient to overcome the plain wording of this provision.

[61] While the appellants are correct that s. 22(3) was enacted to harmonize the treatment of related parties in the *CCAA* and *BIA*, its history demonstrates that it is not a general conflict of interest provision. Prior to the amendments incorporating s. 22(3) into the *CCAA*, the *CCAA* clearly allowed creditors to put forward a plan of arrangement (see Houlden, Morawetz and Sarra, at §33, *Red Cross; Re 1078385 Ontario Inc.* (2004), 206 O.A.C. 17). In contrast, under the *BIA*, only debtors could make proposals. Parliament is presumed to have been aware of this obvious difference between the two statutes (see *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at para. 59; see also *Third Eye*, at para. 57). Despite this difference, Parliament imported, with necessary modification, the wording of the *BIA* related creditor provision into the *CCAA*. Going beyond this language entails accepting that Parliament failed to choose the right words to give effect to its intention, which we do not.

voter imposée par le par. 22(3) de manière à ce qu’elle s’applique non seulement aux créanciers « lié[s] à la compagnie », comme le prévoit la disposition, mais aussi à tous les créanciers qui font la promotion d’un plan. Elles soutiennent que cette interprétation donne effet à l’intention sous-jacente aux deux dispositions, intention qui, de dire les appelantes, est de faire en sorte qu’un créancier qui est en conflit d’intérêts ne puisse pas « diluer » ou supplanter le vote des autres créanciers.

[60] Nous n’acceptons pas cette interprétation forcée du par. 22(3). Il n’est nullement question dans cette disposition de conflit d’intérêts entre les créanciers et les promoteurs d’un plan en général. Les restrictions au droit de voter imposées par le par. 22(3) ne s’appliquent qu’aux créanciers qui sont « lié[s] à la compagnie [débitrice] ». Ce libellé est « précis et non équivoque », et il doit ainsi « jouer un rôle primordial dans le processus d’interprétation » (*Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, par. 10). À notre avis, l’analogie que les appelantes font avec la *LFI* ne suffit pas à écarter le libellé clair de cette disposition.

[61] Bien que les appelantes aient raison de dire que l’adoption du par. 22(3) visait à harmoniser le traitement réservé aux parties liées par la *LACC* et la *LFI*, son historique montre qu’il ne s’agit pas d’une disposition générale relative aux conflits d’intérêts. Avant qu’elle soit modifiée et qu’on y incorpore le par. 22(3), la *LACC* permettait clairement aux créanciers de présenter un plan d’arrangement (voir Houlden, Morawetz et Sarra, §33, *Red Cross; Re 1078385 Ontario Inc.* (2004), 206 O.A.C. 17). À l’opposé, en vertu de la *LFI*, seuls les débiteurs pouvaient déposer une proposition. Il faut présumer que le législateur était au fait de cette différence évidente entre les deux lois (voir *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, par. 59; voir aussi *Third Eye*, par. 57). Le législateur a malgré tout importé dans la *LACC*, avec les adaptations nécessaires, le texte de la disposition de la *LFI* portant sur les créanciers liés. Aller au-delà de ce libellé suppose d’accepter que le législateur n’a pas choisi les bons mots pour donner effet à son intention, ce que nous ne ferons pas.

[62] Indeed, Parliament did not mindlessly reproduce s. 54(3) of the *BIA* in s. 22(3) of the *CCAA*. Rather, it made two modifications to the language of s. 54(3) to bring it into conformity with the language of the *CCAA*. First, it changed “proposal” (a defined term in the *BIA*) to “compromise or arrangement” (a term used throughout the *CCAA*). Second, it changed “debtor” to “company”, recognizing that companies are the only kind of debtor that exists in the *CCAA* context.

[63] Our view is further supported by Industry Canada’s explanation of the rationale for s. 22(3) as being to “reduce the ability of debtor companies to organize a restructuring plan that confers additional benefits to related parties” (Office of the Superintendent of Bankruptcy Canada, *Bill C-12: Clause by Clause Analysis* (online), cl. 71, s. 22 (emphasis added); see also Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce, at p. 151).

[64] Finally, we note that the *CCAA* contains other mechanisms that attenuate the concern that a creditor with conflicting legal interests with respect to a plan it proposes may distort the creditors’ vote. Although we reject the appellants’ interpretation of s. 22(3), that section still bars creditors who are related to the debtor company from voting in favour of *any* plan. Additionally, creditors who do not share a sufficient commonality of interest may be forced to vote in separate classes (s. 22(1) and (2)), and, as we will explain, a supervising judge may bar a creditor from voting where the creditor is acting for an improper purpose.

(2) Discretion to Bar a Creditor From Voting in Furtherance of an Improper Purpose

[65] There is no dispute that the *CCAA* is silent on when a creditor who is otherwise entitled to vote on a plan can be barred from voting. However, *CCAA* supervising judges are often called upon “to sanction measures for which there is no explicit authority in the *CCAA*” (*Century Services*, at para. 61; see also para. 62). In *Century Services*, this Court endorsed

[62] En fait, le législateur n’a pas reproduit de façon irréfléchie, au par. 22(3) de la *LACC*, le texte du par. 54(3) de la *LFI*. Au contraire, il a apporté deux modifications au libellé du par. 54(3) pour l’adapter à celui employé dans la *LACC*. Premièrement, il a remplacé le terme « proposition » (défini dans la *LFI*) par les mots « transaction ou arrangement » (employés tout au long dans la *LACC*). Deuxièmement, il a remplacé « débiteur » par « compagnie », reconnaissant ainsi que les compagnies sont les seuls débiteurs qui existent dans le contexte de la *LACC*.

[63] Notre opinion est en outre appuyée par Industrie Canada, selon qui l’adoption du par. 22(3) se justifie par la volonté de « réduire la capacité des compagnies débitrices d’établir un plan de restructuration apportant des avantages supplémentaires à des personnes qui leur sont liées » (Bureau du surintendant des faillites Canada, *Projet de loi C-12 : analyse article par article* (en ligne), cl. 71, art. 22 (nous soulignons); voir aussi Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, p. 166).

[64] Enfin, nous soulignons que la *LACC* prévoit d’autres mécanismes qui réduisent le risque qu’un créancier en situation de conflit d’intérêts par rapport au plan qu’il propose puisse biaiser le vote des créanciers. Bien que nous rejetions l’interprétation donnée par les appelantes au par. 22(3), ce paragraphe interdit tout de même aux créanciers liés à la compagnie débitrice de voter en faveur de *tout* plan. De plus, les créanciers qui n’ont pas suffisamment d’intérêts en commun pourraient être contraints de voter dans des catégories distinctes (par. 22(1) et (2)); et, comme nous l’expliquerons, le juge surveillant peut empêcher un créancier de voter si ce dernier agit dans un but illégitime.

(2) Le pouvoir discrétionnaire d’interdire à un créancier de voter dans un but illégitime

[65] Il est acquis aux débats que la *LACC* ne contient aucune disposition énonçant les circonstances dans lesquelles un créancier, autrement admissible à voter sur un plan, peut être empêché de le faire. Toutefois, les juges chargés d’appliquer la *LACC* sont souvent appelés à « sanctionner des mesures non expressément prévues par la *LACC* »

a “hierarchical” approach to determining whether jurisdiction exists to sanction a proposed measure: “. . . courts [must] rely first on an interpretation of the provisions of the CCAA text before turning to inherent or equitable jurisdiction to anchor measures taken in a CCAA proceeding” (para. 65). In most circumstances, a purposive and liberal interpretation of the provisions of the CCAA will be sufficient “to ground measures necessary to achieve its objectives” (para. 65).

[66] Applying this approach, we conclude that jurisdiction exists under s. 11 of the CCAA to bar a creditor from voting on a plan of arrangement or compromise where the creditor is acting for an improper purpose.

[67] Courts have long recognized that s. 11 of the CCAA signals legislative endorsement of the “broad reading of CCAA authority developed by the jurisprudence” (*Century Services*, at para. 68). Section 11 states:

General power of court

11 Despite anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up and Restructuring Act*, if an application is made under this Act in respect of a debtor company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, subject to the restrictions set out in this Act, on notice to any other person or without notice as it may see fit, make any order that it considers appropriate in the circumstances.

On the plain wording of the provision, the jurisdiction granted by s. 11 is constrained only by restrictions set out in the CCAA itself, and the requirement that the order made be “appropriate in the circumstances”.

[68] Where a party seeks an order relating to a matter that falls within the supervising judge’s purview, and for which there is no CCAA provision conferring more specific jurisdiction, s. 11 necessarily is the

(*Century Services*, par. 61; voir aussi par. 62). Dans l’arrêt *Century Services*, notre Cour a souscrit à l’approche « hiérarchisée » qui vise à déterminer si le tribunal a compétence pour sanctionner une mesure proposée : « . . . les tribunaux procèderont d’abord à une interprétation des dispositions de la LACC avant d’invoquer leur compétence inhérente ou leur compétence en equity pour justifier des mesures prises dans le cadre d’une procédure fondée sur la LACC » (par. 65). Dans la plupart des cas, une interprétation téléologique et large des dispositions de la LACC suffira à « justifier les mesures nécessaires à la réalisation de ses objectifs » (par. 65).

[66] Après avoir appliqué cette approche, nous concluons que l’art. 11 de la LACC confère au tribunal le pouvoir d’interdire à un créancier de voter sur un plan d’arrangement ou une transaction s’il agit dans un but illégitime.

[67] Les tribunaux reconnaissent depuis longtemps que le libellé de l’art. 11 de la LACC indique que le législateur a sanctionné « l’interprétation large du pouvoir conféré par la LACC qui a été élaborée par la jurisprudence » (*Century Services*, par. 68). L’article 11 est ainsi libellé :

Pouvoir général du tribunal

11 Malgré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, le tribunal peut, dans le cas de toute demande sous le régime de la présente loi à l’égard d’une compagnie débitrice, rendre, sur demande d’un intéressé, mais sous réserve des restrictions prévues par la présente loi et avec ou sans avis, toute ordonnance qu’il estime indiquée.

Selon le libellé clair de la disposition, le pouvoir conféré par l’art. 11 n’est limité que par les restrictions imposées par la LACC elle-même, ainsi que par l’exigence que l’ordonnance soit « indiquée » dans les circonstances.

[68] Lorsqu’une partie sollicite une ordonnance relativement à une question qui entre dans le champ de compétence du juge surveillant, mais pour laquelle aucune disposition de la LACC ne confère plus

provision of first resort in anchoring jurisdiction. As Blair J.A. put it in *Stelco*, s. 11 “for the most part supplants the need to resort to inherent jurisdiction” in the CCAA context (para. 36).

[69] Oversight of the plan negotiation, voting, and approval process falls squarely within the supervising judge’s purview. As indicated, there are no specific provisions in the CCAA which govern when a creditor who is otherwise eligible to vote on a plan may nonetheless be barred from voting. Nor is there any provision in the CCAA which suggests that a creditor has an absolute right to vote on a plan that cannot be displaced by a proper exercise of judicial discretion. However, given that the CCAA regime contemplates creditor participation in decision-making as an integral facet of the workout regime, creditors should only be barred from voting where the circumstances demand such an outcome. In other words, it is necessarily a discretionary, circumstance-specific inquiry.

[70] Thus, it is apparent that s. 11 serves as the source of the supervising judge’s jurisdiction to issue a discretionary order barring a creditor from voting on a plan of arrangement. The exercise of this discretion must further the remedial objectives of the CCAA and be guided by the baseline considerations of appropriateness, good faith, and due diligence. This means that, where a creditor is seeking to exercise its voting rights in a manner that frustrates, undermines, or runs counter to those objectives — that is, acting for an “improper purpose” — the supervising judge has the discretion to bar that creditor from voting.

[71] The discretion to bar a creditor from voting in furtherance of an improper purpose under the CCAA parallels the similar discretion that exists under the BIA, which was recognized in *Laserworks Computer Services Inc. (Bankruptcy), Re*, 1998 NSCA 42, 165 N.S.R. (2d) 296. In *Laserworks*, the Nova Scotia

précisément compétence, l’art. 11 est nécessairement la disposition à laquelle on peut recourir d’emblée pour fonder la compétence du tribunal. Comme l’a dit le juge Blair dans l’arrêt *Stelco*, l’art. 11 [TRA-DUCTION] « fait en sorte que la plupart du temps, il est inutile de recourir à la compétence inhérente » dans le contexte de la LACC (par. 36).

[69] La supervision des négociations entourant le plan, tout comme le vote et le processus d’approbation, relève nettement de la compétence du juge surveillant. Comme nous l’avons dit, aucune disposition de la LACC ne vise le cas où un créancier par ailleurs admissible à voter sur un plan peut néanmoins être empêché de le faire. Il n’existe non plus aucune disposition de la LACC selon laquelle le droit que possède un créancier de voter sur un plan est absolu et que ce droit ne peut pas être écarté par l’exercice légitime du pouvoir discrétionnaire du tribunal. Toutefois, étant donné le régime de la LACC, dont l’un des aspects essentiels tient à la participation du créancier au processus décisionnel, les créanciers ne devraient être empêchés de voter que si les circonstances l’exigent. Autrement dit, il faut nécessairement procéder à un examen discrétionnaire axé sur les circonstances propres à chaque situation.

[70] L’article 11 constitue donc manifestement la source de la compétence du juge surveillant pour rendre une ordonnance discrétionnaire empêchant un créancier de voter sur un plan d’arrangement. L’exercice du pouvoir discrétionnaire doit favoriser la réalisation des objets réparateurs de la LACC et être fondé sur les considérations de base que sont l’opportunité, la bonne foi et la diligence. Cela signifie que, lorsqu’un créancier cherche à exercer ses droits de vote de manière à contrecarrer, à miner ces objectifs ou à aller à l’encontre de ceux-ci — c’est-à-dire à agir dans un « but illégitime » — le juge surveillant a le pouvoir discrétionnaire d’empêcher le créancier de voter.

[71] Le pouvoir discrétionnaire d’empêcher un créancier de voter dans un but illégitime au sens de la LACC s’apparente au pouvoir discrétionnaire semblable qui existe en vertu de la LFI, lequel a été reconnu dans l’arrêt *Laserworks Computer Services Inc. (Bankruptcy), Re*, 1998 NSCA 42, 165 N.S.R.

Court of Appeal concluded that the discretion to bar a creditor from voting in this way stemmed from the court's power, inherent in the scheme of the *BIA*, to supervise “[e]ach step in the bankruptcy process” (at para. 41), as reflected in ss. 43(7), 108(3), and 187(9) of the Act. The court explained that s. 187(9) specifically grants the power to remedy a “substantial injustice”, which arises “when the *BIA* is used for an improper purpose” (para. 54). The court held that “[a]n improper purpose is any purpose collateral to the purpose for which the bankruptcy and insolvency legislation was enacted by Parliament” (para. 54).

[72] While not determinative, the existence of this discretion under the *BIA* lends support to the existence of similar discretion under the *CCAA* for two reasons.

[73] First, this conclusion would be consistent with this Court's recognition that the *CCAA* “offers a more flexible mechanism with greater judicial discretion” than the *BIA* (*Century Services*, at para. 14 (emphasis added)).

[74] Second, this Court has recognized the benefits of harmonizing the two statutes to the extent possible. For example, in *Indalex*, the Court observed that “in order to avoid a race to liquidation under the *BIA*, courts will favour an interpretation of the *CCAA* that affords creditors analogous entitlements” to those received under the *BIA* (para. 51; see also *Century Services*, at para. 24; *Nortel Networks Corp., Re*, 2015 ONCA 681, 391 D.L.R. (4th) 283, at paras. 34-46). Thus, where the statutes are capable of bearing a harmonious interpretation, that interpretation ought to be preferred “to avoid the ills that can arise from [insolvency] ‘statute-shopping’” (*Kitchener Frame Ltd.*, 2012 ONSC 234, 86 C.B.R. (5th) 274, at para. 78; see also para. 73). In our view, the articulation of “improper purpose” set out in *Laserworks* — that is, any purpose collateral to the purpose of insolvency legislation — is entirely harmonious with the nature and scope of judicial discretion afforded by the *CCAA*. Indeed, as we have explained, this

(2d) 296. Dans *Laserworks*, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu que le pouvoir discrétionnaire d'empêcher un créancier de voter de cette façon découlait du pouvoir du tribunal, inhérent au régime établi par la *LFI*, de superviser [TRADUCTION] « [c]haque étape du processus de faillite » (par. 41), comme l'indiquent les par. 43(7), 108(3) et 187(9) de la Loi. La cour a expliqué que le par. 187(9) confère expressément le pouvoir de remédier à une « injustice grave », laquelle se produit « lorsque la *LFI* est utilisée dans un but illégitime » (par. 54). La cour a statué que « [l]e but illégitime est un but qui est accessoire à l'objet pour lequel la loi en matière de faillite et d'insolvabilité a été adoptée par le législateur » (par. 54).

[72] Bien qu'elle ne soit pas déterminante, l'existence de ce pouvoir discrétionnaire en vertu de la *LFI* étaye l'existence d'un pouvoir discrétionnaire semblable en vertu de la *LACC* pour deux raisons.

[73] D'abord, cette conclusion serait compatible avec le fait que la Cour a reconnu que la *LACC* « établit un mécanisme plus souple, dans lequel les tribunaux disposent d'un plus grand pouvoir discrétionnaire » que sous le régime de la *LFI* (*Century Services*, par. 14 (nous soulignons)).

[74] Ensuite, la Cour a reconnu les bienfaits de l'harmonisation, dans la mesure du possible, des deux lois. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Indalex*, la Cour a souligné que « pour éviter de précipiter une liquidation sous le régime de la *LFI*, les tribunaux privilégieront une interprétation de la *LACC* qui confère [. . .] aux créanciers [des droits analogues] » à ceux dont ils jouissent en vertu de la *LFI* (par. 51; voir également *Century Services*, par. 24; *Nortel Networks Corp., Re*, 2015 ONCA 681, 391 D.L.R. (4th) 283, par. 34-46). Ainsi, lorsque les lois permettent une interprétation harmonieuse, il y a lieu de retenir cette interprétation [TRADUCTION] « afin d'écarter les embûches pouvant découler du choix des créanciers de “recourir à la loi la plus favorable” [en matière d'insolvabilité] » (*Kitchener Frame Ltd.*, 2012 ONSC 234, 86 C.B.R. (5th) 274, par. 78; voir aussi par. 73). À notre avis, la manière dont a été formulé le « but illégitime » dans l'arrêt *Laserworks* — c'est-à-dire un but accessoire à l'objet de la loi en

discretion is to be exercised in accordance with the CCAA's objectives as an insolvency statute.

[75] We also observe that the recognition of this discretion under the CCAA advances the basic fairness that “permeates Canadian insolvency law and practice” (Sarra, “The Oscillating Pendulum: Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law”, at p. 27; see also *Century Services*, at paras. 70 and 77). As Professor Sarra observes, fairness demands that supervising judges be in a position to recognize and meaningfully address circumstances in which parties are working against the goals of the statute:

The Canadian insolvency regime is based on the assumption that creditors and the debtor share a common goal of maximizing recoveries. The substantive aspect of fairness in the insolvency regime is based on the assumption that all involved parties face real economic risks. Unfairness resides where only some face these risks, while others actually benefit from the situation . . . If the CCAA is to be interpreted in a purposive way, the courts must be able to recognize when people have conflicting interests and are working actively against the goals of the statute. [Emphasis added.]

(“The Oscillating Pendulum: Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law”, at p. 30)

In this vein, the supervising judge’s oversight of the CCAA voting regime must not only ensure strict compliance with the Act, but should further its goals as well. We are of the view that the policy objectives of the CCAA necessitate the recognition of the discretion to bar a creditor from voting where the creditor is acting for an improper purpose.

matière d’insolvabilité — s’harmonise parfaitement avec la nature et la portée du pouvoir discrétionnaire judiciaire que confère la LACC. En effet, comme nous l’avons expliqué, ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé conformément aux objets de la LACC en tant que loi en matière d’insolvabilité.

[75] Nous soulignons également que la reconnaissance de l’existence de ce pouvoir discrétionnaire sous le régime de la LACC favorise l’équité fondamentale qui [TRADUCTION] « imprègne le droit et la pratique en matière d’insolvabilité au Canada » (Sarra, « The Oscillating Pendulum : Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law », p. 27; voir également *Century Services*, par. 70 et 77). Comme le fait observer la professeure Sarra, l’équité commande que les juges surveillants soient en mesure de reconnaître les situations où les parties empêchent la réalisation des objectifs de la loi et de prendre des mesures utiles à leur égard :

[TRADUCTION] Le régime d’insolvabilité canadien repose sur la présomption que les créanciers et le débiteur ont pour objectif commun de maximiser les recouvrements. L’aspect substantiel de la justice dans le régime d’insolvabilité repose sur la présomption que toutes les parties concernées sont exposées à de réels risques économiques. L’injustice réside dans les situations où seules certaines personnes sont exposées aux risques, tandis que d’autres tirent en fait avantage de la situation. [. . .] Si l’on veut que la LACC reçoive une interprétation téléologique, les tribunaux doivent être en mesure de reconnaître les situations où les gens ont des intérêts opposés et s’emploient activement à contrecarrer les objectifs de la loi. [Nous soulignons.]

(« The Oscillating Pendulum : Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law », p. 30)

Dans le même ordre d’idées, la surveillance du régime de droit de vote prévu par la LACC qu’exerce le juge surveillant ne doit pas seulement assurer une application stricte de la Loi, mais doit aussi favoriser la réalisation de ses objectifs. Nous estimons que la réalisation des objectifs de politique de la LACC nécessite la reconnaissance du pouvoir discrétionnaire d’empêcher un créancier de voter s’il agit dans un but illégitime.

[76] Whether this discretion ought to be exercised in a particular case is a circumstance-specific inquiry that must balance the various objectives of the CCAA. As this case demonstrates, the supervising judge is best-positioned to undertake this inquiry.

(3) The Supervising Judge Did Not Err in Prohibiting Callidus From Voting

[77] In our view, the supervising judge's decision to bar Callidus from voting on the New Plan discloses no error justifying appellate intervention. As we have explained, discretionary decisions like this one must be approached from the appropriate posture of deference. It bears mentioning that, when he made this decision, the supervising judge was intimately familiar with Bluberi's CCAA proceedings. He had presided over them for over 2 years, received 15 reports from the Monitor, and issued approximately 25 orders.

[78] The supervising judge considered the whole of the circumstances and concluded that Callidus's vote would serve an improper purpose (paras. 45 and 48). We agree with his determination. He was aware that, prior to the vote on the First Plan, Callidus had chosen not to value *any* of its claim as unsecured and later declined to vote at all — despite the Monitor explicitly inviting it to do so.⁴ The supervising judge was also aware that Callidus's First Plan had failed to receive the other creditors' approval at the creditors' meeting of December 15, 2017, and that Callidus had chosen not to take the opportunity to amend or increase the value of its plan at that time, which it was entitled to do (see CCAA, ss. 6 and 7; Monitor, I.F., at para. 17). Between the failure of the First Plan and the proposal of the New Plan — which was identical to the First Plan, save for a modest increase of \$250,000 — none of the factual circumstances relating to Bluberi's financial or business

⁴ It bears noting that the Monitor's statement in this regard did not decide whether Callidus would ultimately have been entitled to vote on the First Plan. Because Callidus did not even attempt to vote on the First Plan, this question was never put to the supervising judge.

[76] La question de savoir s'il y a lieu d'exercer le pouvoir discrétionnaire dans une situation donnée appelle une analyse fondée sur les circonstances propres à chaque situation qui doit mettre en balance les divers objectifs de la LACC. Comme le démontre le présent dossier, le juge surveillant est le mieux placé pour procéder à cette analyse.

(3) Le juge surveillant n'a pas commis d'erreur en interdisant à Callidus de voter

[77] À notre avis, la décision du juge surveillant d'empêcher Callidus de voter sur le nouveau plan ne révèle aucune erreur justifiant l'intervention d'une cour d'appel. Comme nous l'avons expliqué, il faut adopter l'attitude de déférence appropriée à l'égard des décisions discrétionnaires de ce genre. Il convient de mentionner que, lorsqu'il a rendu sa décision, le juge surveillant connaissait très bien les procédures fondées sur la LACC relatives à Bluberi. Il les avait présidées pendant plus de 2 ans, avait reçu 15 rapports du contrôleur et avait délivré environ 25 ordonnances.

[78] Le juge surveillant a tenu compte de l'ensemble des circonstances et a conclu que le vote de Callidus viserait un but illégitime (par. 45 et 48). Nous sommes d'accord avec cette conclusion. Il savait qu'avant le vote sur le premier plan, Callidus avait choisi de n'évaluer *aucune partie* de sa réclamation à titre de créancier non garanti et s'était par la suite abstenue de voter — bien que le contrôleur l'ait expressément invité à le faire⁴. Le juge surveillant savait aussi que le premier plan de Callidus n'avait pas reçu l'aval des autres créanciers à l'assemblée des créanciers tenue le 15 décembre 2017, et que Callidus avait choisi de ne pas profiter de l'occasion pour modifier ou augmenter la valeur de son plan à ce moment-là, ce qu'elle était en droit de faire (voir LACC, art. 6 et 7; contrôleur, m.i., par. 17). Entre l'insuccès du premier plan et la proposition du nouveau plan — qui était identique au premier plan, hormis la modeste augmentation de 250 000 \$ — les

⁴ Il convient de souligner que la déclaration du contrôleur à cet égard ne permettait pas de décider si Callidus aurait finalement eu le droit de voter sur le premier plan. Comme Callidus n'a même pas essayé de voter sur le premier plan, cette question n'a jamais été soumise au juge surveillant.

affairs had materially changed. However, Callidus sought to value the *entirety* of its security at *nil* and, on that basis, sought leave to vote on the New Plan as an unsecured creditor. If Callidus were permitted to vote in this way, the New Plan would certainly have met the s. 6(1) threshold for approval. In these circumstances, the inescapable inference was that Callidus was attempting to strategically value its security to acquire control over the outcome of the vote and thereby circumvent the creditor democracy the CCAA protects. Put simply, Callidus was seeking to take a “second kick at the can” and manipulate the vote on the New Plan. The supervising judge made no error in exercising his discretion to prevent Callidus from doing so.

[79] Indeed, as the Monitor observes, “[o]nce a plan of arrangement or proposal has been submitted to the creditors of a debtor for voting purposes, to order a second creditors’ meeting to vote on a substantially similar plan would not advance the policy objectives of the CCAA, nor would it serve and enhance the public’s confidence in the process or otherwise serve the ends of justice” (I.F., at para. 18). This is particularly the case given that the cost of having another meeting to vote on the New Plan would have been upwards of \$200,000 (see supervising judge’s reasons, at para. 72).

[80] We add that Callidus’s course of action was plainly contrary to the expectation that parties act with due diligence in an insolvency proceeding — which, in our view, includes acting with due diligence in valuing their claims and security. At all material times, Bluberi’s Retained Claims have been the sole asset securing Callidus’s claim. Callidus has pointed to nothing in the record that indicates that the value of the Retained Claims has changed. Had Callidus been of the view that the Retained Claims had no value, one would have expected Callidus to have valued its security accordingly prior to the vote on the First Plan, if not earlier. Parenthetically, we note that, irrespective of the timing, an attempt at

circonstances factuelles se rapportant aux affaires financières ou commerciales de Bluberi n’avaient pas réellement changé. Pourtant, Callidus a tenté d’évaluer la *totalité* de sa sûreté à *zéro* et, sur cette base, a demandé l’autorisation de voter sur le nouveau plan à titre de créancier non garanti. Si Callidus avait été autorisée à voter de cette façon, le nouveau plan aurait certainement satisfait au critère d’approbation prévu par le par. 6(1). Dans ces circonstances, la seule conclusion possible était que Callidus tentait d’évaluer stratégiquement la valeur de sa sûreté afin de prendre le contrôle du vote et ainsi contourner la démocratie entre les créanciers que défend la LACC. En termes simples, Callidus cherchait à « se donner une seconde chance » et à manipuler le vote sur le nouveau plan. Le juge surveillant n’a pas commis d’erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire pour empêcher Callidus de le faire.

[79] En effet, comme le fait observer le contrôleur, [TRADUCTION] « [u]ne fois que le plan d’arrangement ou la proposition ont été présentés aux créanciers du débiteur aux fins d’un vote, le fait d’ordonner la tenue d’une seconde assemblée des créanciers pour voter sur un plan à peu près semblable ne favoriserait pas la réalisation des objectifs de politique de la LACC, pas plus qu’il ne servirait ou n’accroîtrait la confiance du public dans le processus ou ne servirait par ailleurs les fins de la justice » (m.i., par. 18). C’est particulièrement le cas en l’espèce étant donné que la tenue d’une autre assemblée pour voter sur le nouveau plan aurait coûté plus de 200 000 \$ (voir les motifs du juge surveillant, par. 72).

[80] Ajoutons que la façon d’agir de Callidus était manifestement contraire à l’attente selon laquelle les parties agissent avec diligence dans les procédures d’insolvabilité — ce qui, à notre avis, comprend le fait de faire preuve de diligence raisonnable dans l’évaluation de leurs réclamations et sûretés. Pendant toute la période pertinente, les réclamations retenues de Bluberi ont constitué les seuls éléments d’actif garantissant la réclamation de Callidus. Cette dernière n’a rien relevé dans le dossier qui indique que la valeur des réclamations retenues a changé. Si Callidus estimait que les réclamations retenues n’avaient aucune valeur, on se serait attendu à ce qu’elle ait évalué sa sûreté en conséquence avant

such a valuation may well have failed. This would have prevented Callidus from voting as an unsecured creditor, even in the absence of Callidus's improper purpose.

[81] As we have indicated, discretionary decisions attract a highly deferential standard of review. Deference demands that review of a discretionary decision begin with a proper characterization of the basis for the decision. Respectfully, the Court of Appeal failed in this regard. The Court of Appeal seized on the supervising judge's somewhat critical comments relating to Callidus's goal of being released from the Retained Claims and its conduct throughout the proceedings as being incapable of grounding a finding of improper purpose. However, as we have explained, these considerations did not drive the supervising judge's conclusion. His conclusion was squarely based on Callidus' attempt to manipulate the creditors' vote to ensure that its New Plan would succeed where its First Plan had failed (see supervising judge's reasons, at paras. 45-48). We see nothing in the Court of Appeal's reasons that grapples with this decisive impropriety, which goes far beyond a creditor merely acting in its own self-interest.

[82] In sum, we see nothing in the supervising judge's reasons on this point that would justify appellate intervention. Callidus was properly barred from voting on the New Plan.

[83] Before moving on, we note that the Court of Appeal addressed two further issues: whether Callidus is "related" to Bluberi within the meaning of s. 22(3) of the *CCAA*; and whether, if permitted to vote, Callidus should be ordered to vote in a separate class from Bluberi's other creditors (see *CCAA*, s. 22(1) and (2)). Given our conclusion that the supervising judge did not err in barring Callidus from voting on the New Plan on the basis that Callidus was acting for an improper purpose, it is unnecessary to

le vote sur le premier plan, voire même plus tôt. Nous ouvrons une parenthèse pour souligner que, peu importe le moment, la tentative d'évaluer ainsi la sûreté aurait pu fort bien échouer. Cela aurait empêché Callidus de voter à titre de créancier non garanti même si elle ne poursuivait pas de but illégitime.

[81] Comme nous l'avons indiqué, les décisions discrétionnaires appellent une norme de contrôle empreinte d'une grande déférence. La déférence commande que l'examen d'une décision discrétionnaire commence par la qualification appropriée du fondement de la décision. Soit dit en tout respect, la Cour d'appel a échoué à cet égard. La Cour d'appel s'est saisie des commentaires quelque peu critiques formulés par le juge surveillant à l'égard de l'objectif de Callidus d'être libérée des réclamations retenues et de la conduite de celle-ci tout au long des procédures pour affirmer qu'il ne s'agissait pas de considérations pouvant donner lieu à une conclusion de but illégitime. Toutefois, comme nous l'avons expliqué, ce ne sont pas ces considérations qui ont amené le juge surveillant à tirer sa conclusion. Sa conclusion reposait nettement sur la tentative de Callidus de manipuler le vote des créanciers pour faire en sorte que son nouveau plan soit retenu alors que son premier plan ne l'avait pas été (voir les motifs du juge surveillant, par. 45-48). Nous ne voyons rien dans les motifs de la Cour d'appel qui s'attaque à cette irrégularité déterminante, qui va beaucoup plus loin que le simple fait pour un créancier d'agir dans son propre intérêt.

[82] En résumé, nous ne voyons rien dans les motifs du juge surveillant sur ce point qui justifie l'intervention d'une cour d'appel. Callidus a été à juste titre empêchée de voter sur le nouveau plan.

[83] Avant de passer au prochain point, soulignons que la Cour d'appel a abordé deux questions supplémentaires : Callidus est-elle « liée » à Bluberi au sens du par. 22(3) de la *LACC*? Si Callidus est autorisée à voter, convient-il de lui ordonner de voter dans une catégorie distincte des autres créanciers de Bluberi (voir la *LACC*, par. 22(1) et (2))? Vu notre conclusion que le juge surveillant n'a pas commis d'erreur en interdisant à Callidus de voter sur le nouveau plan au motif qu'elle avait agi dans un but illégitime, il n'est

address either of these issues. However, nothing in our reasons should be read as endorsing the Court of Appeal’s analysis of them.

C. Bluberi’s LFA Should Be Approved as Interim Financing

[84] In our view, the supervising judge made no error in approving the LFA as interim financing pursuant to s. 11.2 of the *CCAA*. Interim financing is a flexible tool that may take on a range of forms. As we will explain, third party litigation funding may be one such form. Whether third party litigation funding should be approved as interim financing is a case-specific inquiry that should have regard to the text of s. 11.2 and the remedial objectives of the *CCAA* more generally.

(1) Interim Financing and Section 11.2 of the *CCAA*

[85] Interim financing, despite being expressly provided for in s. 11.2 of the *CCAA*, is not defined in the Act. Professor Sarra has described it as “refer[ring] primarily to the working capital that the debtor corporation requires in order to keep operating during restructuring proceedings, as well as to the financing to pay the costs of the workout process” (*Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, at p. 197). Interim financing used in this way — sometimes referred to as “debtor-in-possession” financing — protects the going-concern value of the debtor company while it develops a workable solution to its insolvency issues (p. 197; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), at paras. 7, 9 and 24; *Boutiques San Francisco Inc. v. Richter & Associés Inc.*, 2003 CanLII 36955 (Que. Sup. Ct.), at para. 32). That said, interim financing is not limited to providing debtor companies with immediate operating capital. Consistent with the remedial objectives of the *CCAA*, interim financing

pas nécessaire de se prononcer sur l’une ou l’autre de ces questions. Cependant, rien dans les présents motifs ne doit être interprété comme souscrivant à l’analyse que la Cour d’appel a faite de ces questions.

C. L’AFL de Bluberi devrait être approuvé à titre de financement temporaire

[84] À notre avis, le juge surveillant n’a commis aucune erreur en approuvant l’AFL à titre de financement temporaire en vertu de l’art. 11.2 de la *LACC*. Le financement temporaire est un outil souple qui peut revêtir différentes formes. Comme nous l’expliquerons, le financement d’un litige par un tiers peut constituer l’une de ces formes. La question de savoir s’il y a lieu d’approuver le financement d’un litige par un tiers à titre de financement temporaire commande une analyse fondée sur les faits de l’espèce qui doit tenir compte du libellé de l’art. 11.2 et des objectifs réparateurs de la *LACC* de façon plus générale.

(1) Le financement temporaire et l’art. 11.2 de la *LACC*

[85] Bien qu’il soit expressément prévu par l’art. 11.2 de la *LACC*, le financement temporaire n’est pas défini dans la Loi. La professeure Sarra l’a décrit comme [TRADUCTION] « vis[ant] principalement le fonds de roulement dont a besoin la société débitrice pour continuer de fonctionner pendant la restructuration ainsi que les fonds nécessaires pour payer les frais liés au processus de sauvetage » (*Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, p. 197). Utilisé de cette façon, le financement temporaire — parfois appelé financement de [TRADUCTION] « débiteur-exploitant » — protège la valeur d’exploitation de la compagnie débitrice pendant qu’elle met au point une solution viable à ses problèmes d’insolvabilité (p. 197; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314 (C.J. Ont. (Div. gén.)), par. 7, 9 et 24; *Boutiques San Francisco Inc. c. Richter & Associés Inc.*, 2003 CanLII 36955 (C.S. Qc), par. 32). Cela dit, le financement temporaire ne se limite pas à fournir un fonds de roulement

at its core enables the preservation and realization of the value of a debtor's assets.

[86] Since 2009, s. 11.2(1) of the CCAA has codified a supervising judge's discretion to approve interim financing, and to grant a corresponding security or charge in favour of the lender in the amount the judge considers appropriate:

Interim financing

11.2 (1) On application by a debtor company and on notice to the secured creditors who are likely to be affected by the security or charge, a court may make an order declaring that all or part of the company's property is subject to a security or charge — in an amount that the court considers appropriate — in favour of a person specified in the order who agrees to lend to the company an amount approved by the court as being required by the company, having regard to its cash-flow statement. The security or charge may not secure an obligation that exists before the order is made.

[87] The breadth of a supervising judge's discretion to approve interim financing is apparent from the wording of s. 11.2(1). Aside from the protections regarding notice and pre-filing security, s. 11.2(1) does not mandate any standard form or terms.⁵ It simply provides that the financing must be in an amount that is "appropriate" and "required by the company, having regard to its cash-flow statement".

⁵ A further exception has been codified in the 2019 amendments to the CCAA, which create s. 11.2(5) (see *Budget Implementation Act, 2019, No. 1*, s. 138). This section provides that at the time an initial order is sought, "no order shall be made under subsection [11.2](1) unless the court is also satisfied that the terms of the loan are limited to what is reasonably necessary for the continued operations of the debtor company in the ordinary course of business during that period". This provision does not apply in this case, and the parties have not relied on it. However, it may be that it restricts the ability of supervising judges to approve LFAs as interim financing at the time of granting an Initial Order.

immédiat aux compagnies débitrices. Conformément aux objectifs réparateurs de la LACC, le financement temporaire permet essentiellement de préserver et de réaliser la valeur des éléments d'actif du débiteur.

[86] Depuis 2009, le par. 11.2(1) de la LACC a codifié le pouvoir discrétionnaire du juge surveillant d'approuver le financement temporaire et d'accorder une charge ou une sûreté correspondante, d'un montant qu'il estime indiqué, en faveur du prêteur :

Financement temporaire

11.2 (1) Sur demande de la compagnie débitrice, le tribunal peut par ordonnance, sur préavis de la demande aux créanciers garantis qui seront vraisemblablement touchés par la charge ou sûreté, déclarer que tout ou partie des biens de la compagnie sont grevés d'une charge ou sûreté — d'un montant qu'il estime indiqué — en faveur de la personne nommée dans l'ordonnance qui accepte de prêter à la compagnie la somme qu'il approuve compte tenu de l'état de l'évolution de l'encaisse et des besoins de celle-ci. La charge ou sûreté ne peut garantir qu'une obligation postérieure au prononcé de l'ordonnance.

[87] L'étendue du pouvoir discrétionnaire du juge surveillant d'approuver le financement temporaire ressort du libellé du par. 11.2(1). Abstraction faite des protections concernant le préavis et les sûretés constituées avant le dépôt des procédures, le par. 11.2(1) ne prescrit aucune forme ou condition type⁵. Il prévoit simplement que le financement doit être d'un montant qui est « indiqué » et qui tient compte de « l'état de l'évolution de l'encaisse et des besoins de [la compagnie] ».

⁵ Une autre exception a été codifiée dans les modifications apportées en 2019 à la LACC qui créent le par. 11.2(5) (voir *Loi n° 1 d'exécution du budget de 2019*, art. 138). Cet article prévoit que, lorsqu'une ordonnance relative à la demande initiale a été demandée, « le tribunal ne rend l'ordonnance visée au paragraphe [11.2](1) que s'il est également convaincu que les modalités du financement temporaire demandé sont limitées à ce qui est normalement nécessaire à la continuation de l'exploitation de la compagnie débitrice dans le cours ordinaire de ses affaires durant cette période ». Cette disposition ne s'applique pas en l'espèce, et les parties ne l'ont pas invoquée. Toutefois, il se peut qu'elle ait pour effet d'empêcher les juges surveillants d'approuver des AFL à titre de financement temporaire au moment où l'ordonnance relative à la demande initiale est rendue.

[88] The supervising judge may also grant the lender a “super-priority charge” that will rank in priority over the claims of any secured creditors, pursuant to s. 11.2(2):

Priority — secured creditors

(2) The court may order that the security or charge rank in priority over the claim of any secured creditor of the company.

[89] Such charges, also known as “priming liens”, reduce lenders’ risks, thereby incentivizing them to assist insolvent companies (Innovation, Science and Economic Development Canada, *Archived — Bill C-55: clause by clause analysis*, last updated December 29, 2016 (online), cl. 128, s. 11.2; Wood, at p. 387). As a practical matter, these charges are often the only way to encourage this lending. Normally, a lender protects itself against lending risk by taking a security interest in the borrower’s assets. However, debtor companies under CCAA protection will often have pledged all or substantially all of their assets to other creditors. Accordingly, without the benefit of a super-priority charge, an interim financing lender would rank behind those other creditors (McElcheran, at pp. 298-99). Although super-priority charges do subordinate secured creditors’ security positions to the interim financing lender’s — a result that was controversial at common law — Parliament has indicated its general acceptance of the trade-offs associated with these charges by enacting s. 11.2(2) (see M. B. Rotsztain and A. Dostal, “Debtor-In-Possession Financing”, in S. Ben-Ishai and A. Duggan, eds., *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law: Bill C-55, Statute c. 47 and Beyond* (2007), 227, at pp. 228-29 and 240-50). Indeed, this balance was expressly considered by the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce that recommended codifying interim financing in the CCAA (pp. 100-104).

[90] Ultimately, whether proposed interim financing should be approved is a question that the supervising judge is best-placed to answer. The CCAA

[88] Le juge surveillant peut également accorder au prêteur une « charge super prioritaire » qui aura priorité sur toute réclamation des créanciers garantis, en vertu du par. 11.2(2) :

Priorité — créanciers garantis

(2) Le tribunal peut préciser, dans l’ordonnance, que la charge ou sûreté a priorité sur toute réclamation des créanciers garantis de la compagnie.

[89] Ces charges, également appelées « superprivilèges », réduisent les risques des prêteurs, les incitant ainsi à aider les compagnies insolvables (Innovation, Sciences et Développement économique Canada, *Archivé — Projet de loi C-55 : analyse article par article*, dernière mise à jour le 29 décembre 2016 (en ligne), cl. 128, art. 11.2; Wood, p. 387). Sur le plan pratique, ces charges constituent souvent le seul moyen d’encourager ce type de prêt. Généralement, le prêteur se protège contre le risque de crédit en prenant une sûreté sur les éléments d’actifs de l’emprunteur. Or, les compagnies débitrices qui sont sous la protection de la LACC ont souvent donné en gage la totalité ou la presque totalité de leurs actifs à d’autres créanciers. En l’absence d’une charge super prioritaire, le prêteur qui accepte d’apporter un financement temporaire prendrait rang derrière les autres créanciers (McElcheran, p. 298-299). Bien que la charge super prioritaire subordonne les sûretés des créanciers garantis à celle du prêteur qui apporte un financement temporaire — un résultat qui a suscité la controverse en common law — le législateur a signifié son acceptation générale des transactions allant de pair avec ces charges en adoptant le par. 11.2(2) (voir M. B. Rotsztain et A. Dostal, « Debtor-In-Possession Financing », dans S. Ben-Ishai et A. Duggan, dir., *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law : Bill C-55, Statute c. 47 and Beyond* (2007), 227, p. 228-229 et 240-250). En effet, cet équilibre a été expressément pris en considération par le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, qui a recommandé la codification du financement temporaire dans la LACC (p. 111-115).

[90] Au bout du compte, la question de savoir s’il y a lieu d’approuver le financement temporaire projeté est une question à laquelle le juge surveillant est le

sets out a number of factors that help guide the exercise of this discretion. The inclusion of these factors in s. 11.2 was informed by the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce's view that they would help meet the "fundamental principles" that have guided the development of Canadian insolvency law, including "fairness, predictability and efficiency" (p. 103; see also Innovation, Science and Economic Development Canada, cl. 128, s. 11.2). In deciding whether to grant interim financing, the supervising judge is to consider the following non-exhaustive list of factors:

Factors to be considered

(4) In deciding whether to make an order, the court is to consider, among other things,

- (a) the period during which the company is expected to be subject to proceedings under this Act;
- (b) how the company's business and financial affairs are to be managed during the proceedings;
- (c) whether the company's management has the confidence of its major creditors;
- (d) whether the loan would enhance the prospects of a viable compromise or arrangement being made in respect of the company;
- (e) the nature and value of the company's property;
- (f) whether any creditor would be materially prejudiced as a result of the security or charge; and
- (g) the monitor's report referred to in paragraph 23(1)(b), if any.

(CCAA, s. 11.2(4))

[91] Prior to the coming into force of the above provisions in 2009, courts had been using the general discretion conferred by s. 11 to authorize interim financing and associated super-priority charges

mieux placé pour répondre. La LACC énonce un certain nombre de facteurs qui encadrent l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. L'inclusion de ces facteurs dans le par. 11.2 reposait sur le point de vue du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce selon lequel ils permettraient de respecter les « principes fondamentaux » ayant guidé la conception des lois en matière d'insolvabilité au Canada, notamment « l'équité, la prévisibilité et l'efficience » (p. 115; voir également Innovation, Sciences et Développement économique Canada, cl. 128, art. 11.2). Pour décider s'il y a lieu d'accorder le financement temporaire, le juge surveillant doit prendre en considération les facteurs non exhaustifs suivants :

Facteurs à prendre en considération

(4) Pour décider s'il rend l'ordonnance, le tribunal prend en considération, entre autres, les facteurs suivants :

- a) la durée prévue des procédures intentées à l'égard de la compagnie sous le régime de la présente loi;
- b) la façon dont les affaires financières et autres de la compagnie seront gérées au cours de ces procédures;
- c) la question de savoir si ses dirigeants ont la confiance de ses créanciers les plus importants;
- d) la question de savoir si le prêt favorisera la conclusion d'une transaction ou d'un arrangement viable à l'égard de la compagnie;
- e) la nature et la valeur des biens de la compagnie;
- f) la question de savoir si la charge ou sûreté causera un préjudice sérieux à l'un ou l'autre des créanciers de la compagnie;
- g) le rapport du contrôleur visé à l'alinéa 23(1)b).

(LACC, par. 11.2(4))

[91] Avant l'entrée en vigueur en 2009 des dispositions susmentionnées, les tribunaux utilisaient le pouvoir discrétionnaire général que confère l'art. 11 pour autoriser le financement temporaire

(*Century Services*, at para. 62). Section 11.2 largely codifies the approaches those courts have taken (Wood, at p. 388; McElcheran, at p. 301). As a result, where appropriate, guidance may be drawn from the pre-codification interim financing jurisprudence.

[92] As with other measures available under the CCAA, interim financing is a flexible tool that may take different forms or attract different considerations in each case. Below, we explain that third party litigation funding may, in appropriate cases, be one such form.

(2) Supervising Judges May Approve Third Party Litigation Funding as Interim Financing

[93] Third party litigation funding generally involves “a third party, otherwise unconnected to the litigation, agree[ing] to pay some or all of a party’s litigation costs, in exchange for a portion of that party’s recovery in damages or costs” (R. K. Agarwal and D. Fenton, “Beyond Access to Justice: Litigation Funding Agreements Outside the Class Actions Context” (2017), 59 *Can. Bus. L.J.* 65, at p. 65). Third party litigation funding can take various forms. A common model involves the litigation funder agreeing to pay a plaintiff’s disbursements and indemnify the plaintiff in the event of an adverse cost award in exchange for a share of the proceeds of any successful litigation or settlement (see *Dugal v. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1785, 105 O.R. (3d) 364; *Bayens*).

[94] Outside of the CCAA context, the approval of third party litigation funding agreements has been somewhat controversial. Part of that controversy arises from the potential of these agreements to offend the common law doctrines of champerty and

et la constitution des charges super prioritaires s’y rattachant (*Century Services*, par. 62). L’article 11.2 codifie en grande partie les approches adoptées par ces tribunaux (Wood, p. 388; McElcheran, p. 301). En conséquence, il est possible, le cas échéant, de s’inspirer de la jurisprudence relative au financement temporaire antérieure à la codification.

[92] Comme c’est le cas pour les autres mesures susceptibles d’être prises sous le régime de la LACC, le financement temporaire est un outil souple qui peut revêtir différentes formes ou faire intervenir différentes considérations dans chaque cas. Comme nous l’expliquerons plus loin, le financement d’un litige par un tiers peut, dans les cas qui s’y prêtent, constituer l’une de ces formes.

(2) Les juges surveillants peuvent approuver le financement d’un litige par un tiers à titre de financement temporaire

[93] Le financement d’un litige par un tiers met généralement en cause [TRANSLATION] « un tiers, n’ayant par ailleurs aucun lien avec le litige, [qui] accepte de payer une partie ou la totalité des frais de litige d’une partie, en échange d’une portion de la somme recouvrée par cette partie au titre des dommages-intérêts ou des dépens » (R. K. Agarwal et D. Fenton, « Beyond Access to Justice : Litigation Funding Agreements Outside the Class Actions Context » (2017), 59 *Rev. can. dr. comm.* 65, p. 65). Le financement d’un litige par un tiers peut revêtir diverses formes. Un modèle courant met en cause un bailleur de fonds de litiges qui s’engage à payer les débours du demandeur et à indemniser ce dernier dans l’éventualité d’une adjudication des dépens défavorable, en échange d’une partie de la somme obtenue dans le cadre d’un procès ou d’un règlement couronné de succès (voir *Dugal c. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1785, 105 O.R. (3d) 364; *Bayens*).

[94] En dehors du cadre de la LACC, l’approbation des accords de financement d’un litige par un tiers a été quelque peu controversée. Une partie de cette controverse découle de la possibilité que ces accords portent atteinte aux doctrines de common

maintenance.⁶ The tort of maintenance prohibits “officious intermeddling with a lawsuit which in no way belongs to one” (L. N. Klar et al., *Remedies in Tort* (loose-leaf), vol. 1, by L. Berry, ed., at p. 14-11, citing *Langtry v. Dumoulin* (1884), 7 O.R. 644 (Ch. Div.), at p. 661). Champerty is a species of maintenance that involves an agreement to share in the proceeds or otherwise profit from a successful suit (*McIntyre Estate v. Ontario (Attorney General)* (2002), 218 D.L.R. (4th) 193 (Ont. C.A.), at para. 26).

[95] Building on jurisprudence holding that *contingency fee* arrangements are not champertous where they are not motivated by an improper purpose (e.g., *McIntyre Estate*), lower courts have increasingly come to recognize that *litigation funding* agreements are also not *per se* champertous. This development has been focussed within class action proceedings, where it arose as a response to barriers like adverse cost awards, which were stymieing litigants’ access to justice (see *Dugal*, at para. 33; *Marcotte v. Banque de Montréal*, 2015 QCCS 1915, at paras. 43-44 (CanLII); *Houle v. St. Jude Medical Inc.*, 2017 ONSC 5129, 9 C.P.C. (8th) 321, at para. 52, aff’d 2018 ONSC 6352, 429 D.L.R. (4th) 739 (Div. Ct.); see also *Stanway v. Wyeth*, 2013 BCSC 1585, 56 B.C.L.R. (5th) 192, at para. 13). The jurisprudence on the approval of third party litigation funding agreements in the class action context — and indeed, the parameters of their legality generally — is still evolving, and no party before this Court has invited us to evaluate it.

⁶ The extent of this controversy varies by province. In Ontario, champertous agreements are forbidden by statute (see *An Act respecting Champerty*, R.S.O. 1897, c. 327). In Quebec, concerns associated with champerty and maintenance do not arise as acutely because champerty and maintenance are not part of the law as such (see *Montgrain v. Banque nationale du Canada*, 2006 QCCA 557, [2006] R.J.Q. 1009; G. Michaud, “New Frontier: The Emergence of Litigation Funding in the Canadian Insolvency Landscape” in J. P. Sarra et al., eds., *Annual Review of Insolvency Law 2018* (2019), 221, at p. 231).

law concernant la champartie (*champerty*) et le soutien abusif (*maintenance*)⁶. Le délit de soutien abusif interdit [TRADUCTION] « l’immixtion trop empressée dans une action avec laquelle on n’a rien à voir » (L. N. Klar et autres, *Remedies in Tort* (feuilles mobiles), vol. 1, par L. Berry, dir., p. 14-11, citant *Langtry c. Dumoulin* (1884), 7 O.R. 644 (Ch. Div.), p. 661). La champartie est une sorte de soutien abusif qui comporte un accord prévoyant le partage de la somme obtenue ou de tout autre profit réalisé dans le cadre d’une action réussie (*McIntyre Estate c. Ontario (Attorney General)* (2002), 218 D.L.R. (4th) 193 (C.A. Ont.), par. 26).

[95] S’appuyant sur la jurisprudence voulant que les conventions d’honoraires conditionnels ne constituent pas de la champartie lorsqu’elles ne sont pas motivées par un but illégitime (p. ex., *McIntyre Estate*), les tribunaux d’instance inférieure en sont venus progressivement à reconnaître que les accords de *financement d’un litige* ne constituent pas non plus de la champartie *en soi*. Cette évolution s’est opérée surtout dans le contexte des recours collectifs, en réaction aux obstacles, comme les adjudications de dépens défavorables, qui entravaient l’accès des parties à la justice (voir *Dugal*, par. 33; *Marcotte c. Banque de Montréal*, 2015 QCCS 1915, par. 43-44 (CanLII); *Houle c. St. Jude Medical Inc.*, 2017 ONSC 5129, 9 C.P.C. (8th) 321, par. 52, conf. par 2018 ONSC 6352, 429 D.L.R. (4th) 739 (C. div.); voir également *Stanway c. Wyeth*, 2013 BCSC 1585, 56 B.C.L.R. (5th) 192, par. 13). La jurisprudence relative à l’approbation des accords de financement de litige par un tiers dans le contexte des recours collectifs — et même les paramètres de leur légalité en général — continue d’évoluer, et aucune des parties au présent pourvoi ne nous a invités à l’analyser.

⁶ L’ampleur de la controverse varie selon les provinces. En Ontario, les accords de champartie sont interdits par la loi (voir *An Act respecting Champerty*, R.S.O. 1897, c. 327). Au Québec, les questions relatives à la champartie et au soutien abusif ne se posent pas de façon aussi aiguë parce que la champartie et le soutien abusif ne font pas partie du droit comme tel (voir *Montgrain c. Banque nationale du Canada*, 2006 QCCA 557, [2006] R.J.Q. 1009; G. Michaud, « New Frontier : The Emergence of Litigation Funding in the Canadian Insolvabilité Landscape » dans J. P. Sarra et autres, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2018* (2019), 221, p. 231).

[96] That said, insofar as third party litigation funding agreements are not *per se* illegal, there is no principled basis upon which to restrict supervising judges from approving such agreements as interim financing in appropriate cases. We acknowledge that this funding differs from more common forms of interim financing that are simply designed to help the debtor “keep the lights on” (see *Royal Oak*, at paras. 7 and 24). However, in circumstances like the case at bar, where there is a single litigation asset that could be monetized for the benefit of creditors, the objective of maximizing creditor recovery has taken centre stage. In those circumstances, litigation funding furthers the basic purpose of interim financing: allowing the debtor to realize on the value of its assets.

[97] We conclude that third party litigation funding agreements may be approved as interim financing in CCAA proceedings when the supervising judge determines that doing so would be fair and appropriate, having regard to all the circumstances and the objectives of the Act. This requires consideration of the specific factors set out in s. 11.2(4) of the CCAA. That said, these factors need not be mechanically applied or individually reviewed by the supervising judge. Indeed, not all of them will be significant in every case, nor are they exhaustive. Further guidance may be drawn from other areas in which third party litigation funding agreements have been approved.

[98] The foregoing is consistent with the practice that is already occurring in lower courts. Most notably, in *Crystallex*, the Ontario Court of Appeal approved a third party litigation funding agreement in circumstances substantially similar to the case at bar. *Crystallex* involved a mining company that had the right to develop a large gold deposit in Venezuela. *Crystallex* eventually became insolvent and (similar to *Bluberi*) was left with only a single significant asset: a US\$3.4 billion arbitration claim against Venezuela. After entering CCAA protection,

[96] Cela dit, dans la mesure où les accords de financement de litige par un tiers ne sont pas illégaux *en soi*, il n’y a aucune raison de principe qui permet d’empêcher les juges surveillants d’approuver ce type d’accord à titre de financement temporaire dans les cas qui s’y prêtent. Nous reconnaissons que cette forme de financement diffère des formes plus courantes de financement temporaire qui visent simplement à aider le débiteur à [TRADUCTION] « payer les frais courants » (voir *Royal Oak*, par. 7 et 24). Toutefois, dans des circonstances semblables à celles en l’espèce, lorsqu’il existait un seul élément d’actif susceptible de monétisation au bénéfice des créanciers, l’objectif visant à maximiser le recouvrement des créanciers a occupé le devant de la scène. En pareilles circonstances, le financement de litige favorise la réalisation de l’objectif fondamental du financement temporaire : permettre au débiteur de réaliser la valeur de ses éléments d’actif.

[97] Nous concluons que les accords de financement de litige par un tiers peuvent être approuvés à titre de financement temporaire dans le cadre des procédures fondées sur la LACC lorsque le juge surveillant estime qu’il serait juste et approprié de le faire, compte tenu de l’ensemble des circonstances et des objectifs de la Loi. Cela implique la prise en considération des facteurs précis énoncés au par. 11.2(4) de la LACC. Cela dit, ces facteurs ne doivent pas être appliqués machinalement ou examinés individuellement par le juge surveillant. En effet, ils ne seront pas tous importants dans tous les cas, et ils ne sont pas non plus exhaustifs. Des enseignements supplémentaires peuvent être tirés d’autres domaines où des accords de financement de litige par un tiers ont été approuvés.

[98] Ce qui précède est compatible avec la pratique qui a déjà cours devant les tribunaux d’instance inférieure. Plus particulièrement, dans *Crystallex*, la Cour d’appel de l’Ontario a approuvé un accord de financement de litige par un tiers dans des circonstances très semblables à celles en l’espèce. Cette affaire mettait en cause une société minière ayant le droit d’exploiter un grand gisement d’or au Venezuela. *Crystallex* est finalement devenue insolvable, et (comme *Bluberi*) il ne lui restait plus qu’un seul élément d’actif important : une réclamation

Crystallex sought the approval of a third party litigation funding agreement. The agreement contemplated that the lender would advance substantial funds to finance the arbitration in exchange for, among other things, a percentage of the net proceeds of any award or settlement. The supervising judge approved the agreement as interim financing pursuant to s. 11.2. The Court of Appeal unanimously found no error in the supervising judge's exercise of discretion. It concluded that s. 11.2 "does not restrict the ability of the supervising judge, where appropriate, to approve the grant of a charge securing financing before a plan is approved that may continue after the company emerges from CCAA protection" (para. 68).

[99] A key argument raised by the creditors in *Crystallex* — and one that Callidus and the Creditors' Group have put before us now — was that the litigation funding agreement at issue was a plan of arrangement and not interim financing. This was significant because, if the agreement was in fact a plan, it would have had to be put to a creditors' vote pursuant to ss. 4 and 5 of the CCAA prior to receiving court approval. The court in *Crystallex* rejected this argument, as do we.

[100] There is no definition of plan of arrangement in the CCAA. In fact, the CCAA does not refer to plans at all — it only refers to an "arrangement" or "compromise" (see ss. 4 and 5). The authors of *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* offer the following general definition of these terms, relying on early English case law:

A "compromise" presupposes some dispute about the rights compromised and a settling of that dispute on terms that are satisfactory to the debtor and the creditor. An agreement to accept less than 100¢ on the dollar would be a compromise where the debtor disputes the debt or lacks the means to pay it. "Arrangement" is a broader word

d'arbitrage de 3,4 milliards de dollars américains contre le Venezuela. Après s'être placée sous la protection de la LACC, Crystallex a demandé l'approbation d'un accord de financement de litige par un tiers. L'accord prévoyait que le prêteur avancerait des fonds importants pour financer l'arbitrage en échange, notamment, d'un pourcentage de la somme nette obtenue à la suite d'une sentence ou d'un règlement. Le juge surveillant a approuvé l'accord à titre de financement temporaire en vertu de l'art. 11.2. La Cour d'appel a conclu à l'unanimité que le juge surveillant n'avait commis aucune erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Elle a conclu que l'art. 11.2 [TRADUCTION] « n'empêche pas le juge surveillant d'approuver, s'il y a lieu, avant qu'un plan soit approuvé, l'octroi d'une charge garantissant un financement qui pourra continuer après que la compagnie aura émergé de la protection de la LACC » (par. 68).

[99] Dans *Crystallex*, l'un des principaux arguments soulevés par les créanciers — et l'un de ceux qu'ont soulevés Callidus et le groupe de créanciers dans le présent pourvoi — était que l'accord de financement de litige en cause était un plan d'arrangement et non pas un financement temporaire. Il s'agissait d'un argument important car, si l'accord était en fait un plan, il aurait dû être soumis à un vote des créanciers conformément aux art. 4 et 5 de la LACC avant de recevoir l'aval du tribunal. La cour, dans *Crystallex*, a rejeté cet argument, et nous en faisons autant.

[100] La LACC ne définit pas le plan d'arrangement. En fait, la LACC ne fait aucunement allusion aux plans — elle fait uniquement état d'un « arrangement » ou d'une « transaction » (voir art. 4 et 5). S'appuyant sur l'ancienne jurisprudence anglaise, les auteurs de *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* proposent la définition générale suivante de ces termes :

[TRADUCTION] La « transaction » suppose d'emblée l'existence d'un différend au sujet des droits visés par la transaction et d'un règlement de ce différend selon des conditions jugées satisfaisantes par le débiteur et le créancier. L'accord visant à accepter une somme inférieure à 100 ¢ par dollar constituerait une transaction lorsque

than “compromise” and is not limited to something analogous to a compromise. It would include any scheme for reorganizing the affairs of the debtor: *Re Guardian Assur. Co.*, [1917] 1 Ch. 431, 61 Sol. Jo 232, [1917] H.B.R. 113 (C.A.); *Re Refund of Dues under Timber Regulations*, [1935] A.C. 185 (P.C.).

(Houlden, Morawetz and Sarra, at §33)

[101] The apparent breadth of these terms notwithstanding, they do have some limits. More recent jurisprudence suggests that they require, at minimum, some compromise of creditors’ rights. For example, in *Crystallex* the litigation funding agreement at issue (known as the Tenor DIP facility) was held not to be a plan of arrangement because it did not “compromise the terms of [the creditors’] indebtedness or take away . . . their legal rights” (para. 93). The Court of Appeal adopted the following reasoning from the lower court’s decision, with which we substantially agree:

A “plan of arrangement” or a “compromise” is not defined in the CCAA. It is, however, to be an arrangement or compromise between a debtor and its creditors. The Tenor DIP facility is not on its face such an arrangement or compromise between *Crystallex* and its creditors. Importantly the rights of the noteholders are not taken away from them by the Tenor DIP facility. The noteholders are unsecured creditors. Their rights are to sue to judgment and enforce the judgment. If not paid, they have a right to apply for a bankruptcy order under the BIA. Under the CCAA, they have the right to vote on a plan of arrangement or compromise. None of these rights are taken away by the Tenor DIP.

(*Re Crystallex International Corporation*, 2012 ONSC 2125, 91 C.B.R. (5th) 169, at para. 50)

[102] Setting out an exhaustive definition of plan of arrangement or compromise is unnecessary to resolve these appeals. For our purposes, it is sufficient to conclude that plans of arrangement require at least

le débiteur conteste la dette ou n’a pas les moyens de la payer. Le mot « arrangement » a un sens plus large que le mot « transaction » et ne se limite pas à quelque chose qui ressemble à une transaction. Il viserait tout plan de réorganisation des affaires du débiteur : *Re Guardian Assur. Co.*, [1917] 1 Ch. 431, 61 Sol. Jo 232, [1917] H.B.R. 113 (C.A.); *Re Refund of Dues under Timber Regulations*, [1935] A.C. 185 (C.P.).

(Houlden, Morawetz et Sarra, §33)

[101] Malgré leur vaste portée apparente, ces termes connaissent quand même certaines limites. Selon une jurisprudence plus récente, ils exigeraient, à tout le moins, une certaine transaction à l’égard des droits des créanciers. Dans *Crystallex*, par exemple, on a conclu que l’accord de financement de litige en cause (également appelé [TRADUCTION] « facilité de DE Tenor ») ne constituait pas un plan d’arrangement parce qu’il ne comportait pas [TRADUCTION] « une transaction visant les conditions [des] dettes envers [des créanciers] ni ne [. . .] privait [ceux-ci] de [. . .] leurs droits reconnus par la loi » (par. 93). La Cour d’appel a fait sien le raisonnement suivant du tribunal de première instance, auquel nous souscrivons pour l’essentiel :

[TRADUCTION] Le « plan d’arrangement » et la « transaction » ne sont pas définis dans la LACC. Il doit toutefois s’agir d’un arrangement ou d’une transaction entre un débiteur et ses créanciers. La facilité de DE Tenor ne constitue pas, à première vue, un arrangement ou une transaction entre *Crystallex* et ses créanciers. Fait important, les détenteurs de billets ne sont pas privés de leurs droits par la facilité de DE Tenor. Les détenteurs de billets sont des créanciers non garantis. Leurs droits se résument à poursuivre en vue d’obtenir un jugement et à faire exécuter ce jugement. S’ils ne sont pas payés, ils ont le droit de demander une ordonnance de faillite en vertu de la LFI. Sous le régime de la LACC, ils ont le droit de voter sur un plan d’arrangement ou une transaction. La facilité de DE Tenor ne les prive d’aucun de ces droits.

(*Re Crystallex International Corporation*, 2012 ONSC 2125, 91 C.B.R. (5th) 169, par. 50)

[102] Il n’est pas nécessaire de définir exhaustivement les notions de plan d’arrangement ou de transaction pour trancher les présents pourvois. Il suffit de conclure que les plans d’arrangement doivent au

some compromise of creditors' rights. It follows that a third party litigation funding agreement aimed at extending financing to a debtor company to realize on the value of a litigation asset does not necessarily constitute a plan of arrangement. We would leave it to supervising judges to determine whether, in the particular circumstances of the case before them, a particular third party litigation funding agreement contains terms that effectively convert it into a plan of arrangement. So long as the agreement does not contain such terms, it may be approved as interim financing pursuant to s. 11.2 of the CCAA.

[103] We add that there may be circumstances in which a third party litigation funding agreement may contain or incorporate a plan of arrangement (e.g., if it contemplates a plan for distribution of litigation proceeds among creditors). Alternatively, a supervising judge may determine that, despite an agreement itself not being a plan of arrangement, it should be packaged with a plan and submitted to a creditors' vote. That said, we repeat that third party litigation funding agreements are not necessarily, or even generally, plans of arrangement.

[104] None of the foregoing is seriously contested before us. The parties essentially agree that third party litigation funding agreements *can* be approved as interim financing. The dispute between them focusses on whether the supervising judge erred in exercising his discretion to approve the LFA in the absence of a vote of the creditors, either because it was a plan of arrangement or because it should have been accompanied by a plan of arrangement. We turn to these issues now.

(3) The Supervising Judge Did Not Err in Approving the LFA

[105] In our view, there is no basis upon which to interfere with the supervising judge's exercise of his discretion to approve the LFA as interim financing.

moins comporter une certaine transaction à l'égard des droits des créanciers. Il s'ensuit que l'accord de financement de litige par un tiers visant à apporter un financement à la compagnie débitrice pour réaliser la valeur d'un élément d'actif ne constitue pas nécessairement un plan d'arrangement. Nous sommes d'avis de laisser aux juges surveillants le soin de déterminer si, compte tenu des circonstances particulières de l'affaire dont ils sont saisis, l'accord de financement de litige par un tiers comporte des conditions qui le convertissent effectivement en plan d'arrangement. Si l'accord ne comporte pas de telles conditions, il peut être approuvé à titre de financement temporaire en vertu de l'art. 11.2 de la LACC.

[103] Ajoutons que, dans certaines circonstances, l'accord de financement de litige par un tiers peut contenir ou incorporer un plan d'arrangement (p. ex., s'il contient un plan prévoyant la distribution aux créanciers des sommes obtenues dans le cadre du litige). Subsidiairement, le juge surveillant peut décider que, bien que l'accord lui-même ne constitue pas un plan d'arrangement, il y a lieu de l'accompagner d'un plan et de le soumettre à un vote des créanciers. Cela dit, nous le répétons, les accords de financement de litige par un tiers ne constituent pas nécessairement, ni même généralement, des plans d'arrangement.

[104] Rien de ce qui précède n'est sérieusement contesté en l'espèce. Les parties s'entendent essentiellement pour dire que les accords de financement de litige par un tiers *peuvent* être approuvés à titre de financement temporaire. Le différend qui les oppose porte sur la question de savoir si le juge surveillant a commis une erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire d'approuver l'AFL en l'absence d'un vote des créanciers, soit parce qu'il constituait un plan d'arrangement, soit parce qu'il aurait dû être accompagné d'un plan d'arrangement. Nous abordons maintenant cette question.

(3) Le juge surveillant n'a pas commis d'erreur en approuvant l'AFL

[105] À notre avis, il n'y a aucune raison d'intervenir dans l'exercice par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire d'approuver l'AFL à titre de

The supervising judge considered the LFA to be fair and reasonable, drawing guidance from the principles relevant to approving similar agreements in the class action context (para. 74, citing *Bayens*, at para. 41; *Hayes*, at para. 4). In particular, he canvassed the terms upon which Bentham and Bluberi's lawyers would be paid in the event the litigation was successful, the risks they were taking by investing in the litigation, and the extent of Bentham's control over the litigation going forward (paras. 79 and 81). The supervising judge also considered the unique objectives of CCAA proceedings in distinguishing the LFA from ostensibly similar agreements that had not received approval in the class action context (paras. 81-82, distinguishing *Houle*). His consideration of those objectives is also apparent from his reliance on *Crystallex*, which, as we have explained, involved the approval of interim financing in circumstances substantially similar to the case at bar (see paras. 67 and 71). We see no error in principle or unreasonableness to this approach.

[106] While the supervising judge did not canvass each of the factors set out in s. 11.2(4) of the CCAA individually before reaching his conclusion, this was not itself an error. A review of the supervising judge's reasons as a whole, combined with a recognition of his manifest experience with Bluberi's CCAA proceedings, leads us to conclude that the factors listed in s. 11.2(4) concern matters that could not have escaped his attention and due consideration. It bears repeating that, at the time of his decision, the supervising judge had been seized of these proceedings for well over two years and had the benefit of the Monitor's assistance. With respect to each of the s. 11.2(4) factors, we note that:

- the judge's supervisory role would have made him aware of the potential length of Bluberi's CCAA proceedings and the extent of creditor support for Bluberi's management (s. 11.2(4)(a) and (c)), though we observe that these factors

financement temporaire. Se fondant sur les principes applicables à l'approbation d'accords semblables dans le contexte des recours collectifs (par. 74, citant *Bayens*, par. 41; *Hayes*, par. 4), le juge surveillant a estimé que l'AFL était juste et raisonnable. Plus particulièrement, il a examiné soigneusement les conditions selon lesquelles les avocats de Bentham et de Bluberi seraient payés si le litige était couronné de succès, les risques qu'ils prenaient en investissant dans le litige et l'étendue du contrôle qu'exercerait désormais Bentham sur le litige (par. 79 et 81). Le juge surveillant a également pris en compte les objectifs uniques des procédures fondées sur la LACC en établissant une distinction entre l'AFL et des accords apparemment semblables qui n'avaient pas été approuvés dans le contexte des recours collectifs (par. 81-82, établissant une distinction avec l'affaire *Houle*). Sa prise en compte de ces objectifs ressort également du fait qu'il s'est fondé sur *Crystallex*, qui, comme nous l'avons expliqué, portait sur l'approbation d'un financement temporaire dans des circonstances très semblables à celles en l'espèce (voir par. 67 et 71). Nous ne voyons aucune erreur de principe ni rien de déraisonnable dans cette approche.

[106] Certes, le juge surveillant n'a pas examiné à fond chacun des facteurs énoncés au par. 11.2(4) de la LACC de façon individuelle avant de tirer sa conclusion, mais cela ne constituait pas une erreur en soi. L'examen des motifs du juge surveillant dans leur ensemble, conjugué à la reconnaissance de son expérience évidente des procédures intentées par Bluberi sous le régime de la LACC, nous mène à conclure que les facteurs énumérés au par. 11.2(4) concernent des questions qui n'auraient pu échapper à son attention et à son examen adéquat. Il convient de rappeler qu'au moment où il a rendu sa décision, le juge surveillant était saisi des procédures en question depuis plus de deux ans et avait pu bénéficier de l'aide du contrôleur. En ce qui a trait à chacun des facteurs énoncés au par. 11.2(4), nous soulignons ce qui suit :

- le rôle de surveillance du juge lui aurait permis de connaître la durée prévue des procédures intentées par Bluberi sous le régime de la LACC ainsi que la mesure dans laquelle les dirigeants de Bluberi bénéficiaient du soutien des créanciers

appear to be less significant than the others in the context of this particular case (see para. 96);

- the LFA itself explains “how the company’s business and financial affairs are to be managed during the proceedings” (s. 11.2(4)(b));
- the supervising judge was of the view that the LFA would enhance the prospect of a viable plan, as he accepted (1) that Bluberi intended to submit a plan and (2) Bluberi’s submission that approval of the LFA would assist it in finalizing a plan “with a view towards achieving maximum realization” of its assets (para. 68, citing 9354-9186 Québec inc. and 9354-9178 Québec inc.’s application, at para. 99; s. 11.2(4)(d));
- the supervising judge was apprised of the “nature and value” of Bluberi’s property, which was clearly limited to the Retained Claims (s. 11.2(4)(e));
- the supervising judge implicitly concluded that the creditors would not be materially prejudiced by the Litigation Financing Charge, as he stated that “[c]onsidering the results of the vote [on the First Plan], and given the particular circumstances of this matter, the only potential recovery lies with the lawsuit that the Debtors will launch” (para. 91 (emphasis added); s. 11.2(4)(f)); and
- the supervising judge was also well aware of the Monitor’s reports, and drew from the most recent report at various points in his reasons (see, e.g., paras. 64-65 and fn. 1; s. 11.2(4)(g)). It is worth noting that the Monitor supported approving the LFA as interim financing.

[107] In our view, it is apparent that the supervising judge was focussed on the fairness at stake to all parties, the specific objectives of the CCAA, and the particular circumstances of this case when he approved the LFA as interim financing. We cannot say that he erred in the exercise of his discretion.

(al. 11.2(4)a) et c)), mais nous constatons que ces facteurs semblent revêtir beaucoup moins d’importance que les autres dans le contexte de la présente affaire (voir par. 96);

- l’AFL lui-même indique « la façon dont les affaires financières et autres de la compagnie seront gérées au cours de ces procédures » (al. 11.2(4)b));
- le juge surveillant était d’avis que l’AFL favoriserait la conclusion d’un plan viable, car il a accepté (1) le fait que Bluberi avait l’intention de présenter un plan et (2) l’argument de Bluberi selon lequel l’approbation de l’AFL l’aiderait à conclure un plan [TRADUCTION] « visant à atteindre une réalisation maximale » de ses éléments d’actif (par. 68, citant la demande de 9354-9186 Québec inc. et de 9354-9178 Québec inc., par. 99; al. 11.2(4)d));
- le juge surveillant était au courant de la « nature et [de] la valeur » des biens de Bluberi, qui se limitaient clairement aux réclamations retenues (al. 11.2(4)e));
- le juge surveillant a conclu implicitement que la charge relative au financement de litige ne causerait pas un préjudice sérieux aux créanciers, car il a affirmé que [TRADUCTION] « [c]ompte tenu du résultat du vote [sur le premier plan] et des circonstances particulières de la présente affaire, la seule possibilité de recouvrement réside dans l’action que vont tenter les débiteurs » (par. 91 (nous soulignons); al. 11.2(4)f));
- le juge surveillant était aussi bien au fait des rapports du contrôleur, et s’est appuyé sur le plus récent d’entre eux à divers endroits dans ses motifs (voir, p. ex., par. 64-65 et note 1; al. 11.2(4)g)). Il convient de souligner que le contrôleur appuyait l’approbation de l’AFL à titre de financement temporaire.

[107] À notre avis, il est manifeste que le juge surveillant a mis l’accent sur l’équité envers toutes les parties, les objectifs précis de la LACC et les circonstances particulières de la présente affaire lorsqu’il a approuvé l’AFL à titre de financement temporaire. Nous ne pouvons affirmer qu’il a commis une erreur

Although we are unsure whether the LFA was as favourable to Bluberi’s creditors as it might have been — to some extent, it does prioritize Bentham’s recovery over theirs — we nonetheless defer to the supervising judge’s exercise of discretion.

[108] To the extent the Court of Appeal held otherwise, we respectfully do not agree. Generally speaking, our view is that the Court of Appeal again failed to afford the supervising judge the necessary deference. More specifically, we wish to comment on three of the purported errors in the supervising judge’s decision that the Court of Appeal identified.

[109] First, it follows from our conclusion that LFAs can constitute interim financing that the Court of Appeal was incorrect to hold that approving the LFA as interim financing “transcended the nature of such financing” (para. 78).

[110] Second, in our view, the Court of Appeal was wrong to conclude that the LFA was a plan of arrangement, and that *Crystallex* was distinguishable on its facts. The Court of Appeal held that the LFA and associated super-priority Litigation Financing Charge formed a plan because they subordinated the rights of Bluberi’s creditors to those of Bentham.

[111] We agree with the supervising judge that the LFA is not a plan of arrangement because it does not propose any compromise of the creditors’ rights. To borrow from the Court of Appeal in *Crystallex*, Bluberi’s litigation claim is akin to a “pot of gold” (para. 4). Plans of arrangement determine how to distribute that pot. They do not generally determine what a debtor company should do to fill it. The fact that the creditors may walk away with more or less money at the end of the day does not change the nature or existence of their rights to access the pot once it is filled, nor can it be said to “compromise” those rights. When the “pot of gold” is secure — that

dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire. Nous ne savons pas avec certitude si l’AFL était aussi favorable aux créanciers de Bluberi qu’il aurait pu l’être — dans une certaine mesure, il donne priorité au recouvrement de Bentham sur le leur — mais nous nous en remettons néanmoins à l’exercice par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire.

[108] Dans la mesure où la Cour d’appel a conclu le contraire, en toute déférence, nous ne sommes pas d’accord. De façon générale, nous estimons que la Cour d’appel a encore une fois omis de faire preuve de la déférence nécessaire à l’égard du juge surveillant. Plus particulièrement, nous souhaitons faire des observations sur trois des erreurs qu’aurait décelées la Cour d’appel dans la décision du juge surveillant.

[109] Premièrement, il découle de notre conclusion selon laquelle les AFL peuvent constituer un financement temporaire que la Cour d’appel a eu tort de conclure que l’approbation de l’AFL à titre de financement temporaire [TRADUCTION] « transcendait la nature de ce type de financement » (par. 78).

[110] Deuxièmement, à notre avis, la Cour d’appel a eu tort de conclure que l’AFL était un plan d’arrangement, et qu’il était possible d’établir une distinction entre l’espèce et les faits de l’affaire *Crystallex*. La Cour d’appel a conclu que l’AFL et la charge relative au financement de litige super prioritaire s’y rattachant constituaient un plan parce qu’ils subordonnaient les droits des créanciers de Bluberi à ceux de Bentham.

[111] Nous souscrivons à l’opinion du juge surveillant selon laquelle l’AFL ne constitue pas un plan d’arrangement parce qu’il ne propose aucune transaction visant les droits des créanciers. Pour reprendre la formule qu’a employée la Cour d’appel dans *Crystallex*, la réclamation de Bluberi s’apparente à une [TRADUCTION] « marmite d’or » (par. 4). Les plans d’arrangement établissent la façon dont le contenu de cette marmite sera distribué. Ils n’indiquent généralement pas ce que la compagnie débitrice devra faire pour la remplir. Le fait que les créanciers puissent en fin de compte remporter plus ou moins d’argent ne modifie en rien la nature ou

is, in the event of any litigation or settlement — the net funds will be distributed to the creditors. Here, if the Retained Claims generate funds in excess of Bluberi’s total liabilities, the creditors will be paid in full; if there is a shortfall, a plan of arrangement or compromise will determine how the funds are distributed. Bluberi has committed to proposing such a plan (see supervising judge’s reasons, at para. 68, distinguishing *Cliffs Over Maple Bay Investments Ltd. v. Fisgard Capital Corp.*, 2008 BCCA 327, 296 D.L.R. (4th) 577).

[112] This is the very same conclusion that was reached in *Crystallex* in similar circumstances:

The facts of this case are unusual: there is a single “pot of gold” asset which, if realized, will provide significantly more than required to repay the creditors. The supervising judge was in the best position to balance the interests of all stakeholders. I am of the view that the supervising judge’s exercise of discretion in approving the Tenor DIP Loan was reasonable and appropriate, despite having the effect of constraining the negotiating position of the creditors.

...

... While the approval of the Tenor DIP Loan affected the Noteholders’ leverage in negotiating a plan, and has made the negotiation of a plan more complex, it did not compromise the terms of their indebtedness or take away any of their legal rights. It is accordingly not an arrangement, and a creditor vote was not required. [paras. 82 and 93]

[113] We disagree with the Court of Appeal that *Crystallex* should be distinguished on the basis that it involved a single option for creditor recovery (i.e., the arbitration) while this case involves two (i.e., litigation of the Retained Claims and Callidus’s New

l’existence de leurs droits d’avoir accès à la marmite une fois qu’elle est remplie, pas plus qu’on ne saurait dire qu’il s’agit d’une « transaction » à l’égard de leurs droits. Lorsque la « marmite d’or » aura été obtenue — c’est-à-dire dans l’éventualité d’une action ou d’un règlement — les sommes nettes seront distribuées aux créanciers. En l’espèce, si les réclamations retenues permettent de recouvrer des sommes qui dépassent le total des dettes de Bluberi, les créanciers seront payés en entier; si les sommes sont insuffisantes, un plan d’arrangement ou une transaction établira la façon dont les sommes seront distribuées. Bluberi s’est engagée à proposer un tel plan (voir les motifs du juge surveillant, par. 68, établissant une distinction avec *Cliffs Over Maple Bay Investments Ltd. c. Fisgard Capital Corp.*, 2008 BCCA 327, 296 D.L.R. (4th) 577).

[112] C’est exactement la même conclusion qui a été tirée dans *Crystallex* dans des circonstances semblables :

[TRADUCTION] Les faits de l’espèce sont inhabituels : la « marmite d’or » ne contient qu’un seul élément d’actif qui, s’il est réalisé, rapportera beaucoup plus que ce qui est nécessaire pour rembourser les créanciers. Le juge surveillant était le mieux placé pour établir un équilibre entre les intérêts de toutes les parties intéressées. J’estime que l’exercice par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire d’approuver le prêt de DE Tenor était raisonnable et approprié, bien qu’il ait eu pour effet de limiter la position de négociation des créanciers.

...

... L’approbation du prêt de DE Tenor a certes amoindri l’influence que pouvaient exercer les détenteurs de billets lors de la négociation d’un plan, et rendu plus complexe la négociation d’un plan, mais ce prêt ne constituait pas une transaction visant les conditions de leurs dettes ni ne les privait de l’un de leurs droits reconnus par la loi. Il ne s’agit donc pas d’un arrangement, et un vote des créanciers n’était pas nécessaire. [par. 82 et 93]

[113] Nous ne souscrivons pas à l’opinion de la Cour d’appel selon laquelle il y a lieu d’établir une distinction avec *Crystallex* parce que, dans cette affaire, les créanciers disposaient d’un seul moyen de recouvrement (c.-à-d. l’arbitrage) tandis que, dans la

Plan). Given the supervising judge's conclusion that Callidus could not vote on the New Plan, that plan was not a viable alternative to the LFA. This left the LFA and litigation of the Retained Claims as the "only potential recovery" for Bluberi's creditors (supervising judge's reasons, at para. 91). Perhaps more significantly, even if there were multiple options for creditor recovery in either *Crystallex* or this case, the mere presence of those options would not necessarily have changed the character of the third party litigation funding agreements at issue or converted them into plans of arrangement. The question for the supervising judge in each case is whether the agreement before them ought to be approved as interim financing. While other options for creditor recovery may be relevant to that discretionary decision, they are not determinative.

[114] We add that the Litigation Financing Charge does not convert the LFA into a plan of arrangement by "subordinat[ing]" creditors' rights (C.A. reasons, at para. 90). We accept that this charge would have the effect of placing secured creditors like Callidus behind in priority to Bentham. However, this result is expressly provided for in s. 11.2 of the *CCAA*. This "subordination" does not convert statutorily authorized interim financing into a plan of arrangement. Accepting this interpretation would effectively extinguish the supervising judge's authority to approve these charges without a creditors' vote pursuant to s. 11.2(2).

[115] Third, we are of the view that the Court of Appeal was wrong to decide that the supervising judge should have submitted the LFA together with a plan to the creditors for their approval (para. 89). As we have indicated, whether to insist that a debtor package their third party litigation funding agreement

présente affaire, il y en a deux (c.-à-d. l'introduction d'une action à l'égard des réclamations retenues et le nouveau plan de Callidus). Étant donné que le juge surveillant avait conclu que Callidus ne pouvait pas voter sur le nouveau plan, ce plan ne constituait pas une solution de rechange viable à l'AFL. La [TRADUCTION] « seule possibilité de recouvrement » qui s'offrait aux créanciers de Bluberi résidait donc dans l'AFL et l'introduction d'une action à l'égard des réclamations retenues (motifs du juge surveillant, par. 91). Fait peut-être plus important, même si les créanciers avaient disposé de plusieurs moyens de recouvrement, tant dans l'affaire *Crystallex* que dans la présente affaire, la simple existence de ces moyens n'aurait pas nécessairement modifié la nature des accords de financement de litige par un tiers en cause ni n'aurait eu pour effet de les convertir en plans d'arrangement. La question que doit se poser le juge surveillant dans chaque affaire est de savoir si l'accord qui lui est soumis doit être approuvé à titre de financement temporaire. Certes, les autres moyens de recouvrement dont disposent les créanciers peuvent entrer en ligne de compte dans la prise de cette décision discrétionnaire, mais ils ne sont pas déterminants.

[114] Ajoutons que la charge relative au financement de litige ne convertit pas l'AFL en plan d'arrangement en [TRADUCTION] « subordonn[ant] » les droits des créanciers (motifs de la Cour d'appel, par. 90). Nous reconnaissons que cette charge aurait pour effet de placer les créanciers garantis comme Callidus derrière Bentham dans l'ordre de priorité, mais ce résultat est expressément prévu par l'art. 11.2 de la *LACC*. Cette « subordination » ne convertit pas le financement temporaire autorisé par la loi en plan d'arrangement. Retenir cette interprétation aurait pour effet d'annihiler le pouvoir du juge surveillant d'approuver ces charges sans un vote des créanciers en vertu du par. 11.2(2).

[115] Troisièmement, nous estimons que la Cour d'appel a eu tort de conclure que le juge surveillant aurait dû soumettre l'AFL accompagné d'un plan à l'approbation des créanciers (par. 89). Comme nous l'avons indiqué, la décision d'exiger que le débiteur accompagne d'un plan son accord de financement

with a plan is a discretionary decision for the supervising judge to make.

[116] Finally, at the appellants' insistence, we point out that the Court of Appeal's suggestion that the LFA is somehow "akin to an equity investment" was unhelpful and potentially confusing (para. 90). That said, this characterization was clearly *obiter dictum*. To the extent that the Court of Appeal relied on it as support for the conclusion that the LFA was a plan of arrangement, we have already explained why we believe the Court of Appeal was mistaken on this point.

VI. Conclusion

[117] For these reasons, at the conclusion of the hearing we allowed these appeals and reinstated the supervising judge's order. Costs were awarded to the appellants in this Court and the Court of Appeal.

Appeals allowed with costs in the Court and in the Court of Appeal.

Solicitors for the appellants/interveners 9354-9186 Québec inc. and 9354-9178 Québec inc.: Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Solicitors for the appellants/interveners IMF Bentham Limited (now known as Omni Bridgeway Limited) and Bentham IMF Capital Limited (now known as Omni Bridgeway Capital (Canada) Limited): Woods, Montréal.

Solicitors for the respondent Callidus Capital Corporation: Gowling WLG (Canada), Montréal.

Solicitors for the respondents International Game Technology, Deloitte LLP, Luc Carignan, François Vigneault, Philippe Millette, Francis Proulx and François Pelletier: McCarthy Tétrault, Montréal.

Solicitors for the intervenor Ernst & Young Inc.: Stikeman Elliott, Montréal.

de litige par un tiers est une décision discrétionnaire qui appartient au juge surveillant.

[116] Enfin, sur les instances des appelantes, nous soulignons que l'affirmation de la Cour d'appel selon laquelle l'AFL [TRADUCTION] « s'apparente [en quelque sorte] à un placement à échéance non déterminée » était inutile et pouvait prêter à confusion (par. 90). Cela dit, il s'agissait manifestement d'une remarque incidente. Dans la mesure où la Cour d'appel s'est fondée sur cette qualification pour conclure que l'AFL constituait un plan d'arrangement, nous avons déjà expliqué pourquoi nous croyons que la Cour d'appel a fait erreur sur ce point.

VI. Conclusion

[117] Pour ces motifs, à l'issue de l'audience, nous avons accueilli les pourvois et rétabli l'ordonnance du juge surveillant. Les dépens devant notre Cour et la Cour d'appel ont été adjugés aux appelantes.

Pourvois accueillis avec dépens devant la Cour et la Cour d'appel.

Procureurs des appelantes/intervenantes 9354-9186 Québec inc. et 9354-9178 Québec inc. : Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Procureurs des appelantes/intervenantes IMF Bentham Limited (maintenant connue sous le nom d'Omni Bridgeway Limited) et Corporation Bentham IMF Capital (maintenant connue sous le nom de Corporation Omni Bridgeway Capital (Canada)) : Woods, Montréal.

Procureurs de l'intimée Callidus Capital Corporation : Gowling WLG (Canada), Montréal.

Procureurs des intimés International Game Technology, Deloitte S.E.N.C.R.L., Luc Carignan, François Vigneault, Philippe Millette, Francis Proulx et François Pelletier : McCarthy Tétrault, Montréal.

Procureurs de l'intervenante Ernst & Young Inc. : Stikeman Elliott, Montréal.

Solicitors for the interveners the Insolvency Institute of Canada and the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals: Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Procureurs des intervenants l'Institut d'insolvabilité du Canada et l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation : Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Tab
10

CITATION: Pinnacle v. Kraus, 2012 ONSC 6376

COURT FILE NO.: CV-12-9731-00CL

DATE: 20121109

**SUPERIOR COURT OF JUSTICE – ONTARIO
COMMERCIAL LIST**

RE: Pinnacle Capital Resources Limited in its capacity as general partner of Red Ash Capital Partners II Limited Partnership, Applicant

AND:

Kraus Inc., Kraus Canada Inc., Strudex Fibres Limited and 538626 B.C. Ltd.,
Respondents

BEFORE: L.A. Pattillo J.

COUNSEL: *Linc Rogers and Jenna Willis*, for the Receiver

Larry Ellis, for the Applicant

Raymond Slattery and David Ullmann, for Equistar Chemicals, LP

HEARD: November 7, 2012

ENDORSEMENT

Introduction

[1] This matter involves two motions.

[2] The first is by PricewaterhouseCoopers Inc. (“PwC”) in its capacity as Court-appointed receiver (the “Receiver”) of the respondents Kraus Inc. (“Kraus”), Kraus Canada Inc. (“Kraus Canada”), Strudex Fibres Limited (“Strudex”) and 538626 B.C. Ltd. (collectively, the “Companies”) for, among other things, an order discharging it and releasing it from any and all further obligations as Receiver, upon filing its discharge certificate.

[3] The second is a motion by Equistar Chemicals, LP (“Equistar”) for a) An order varying paragraph 8 of the Sale and Approval and Vesting Order dated June 11, 2012 by unsealing the confidential appendices; b) An order directing PwC to provide answers to questions posed by Equistar; and c) An order directing PwC to pay Equistar \$35,425.25.

Background

[4] Red Ash Capital Partners II Limited Partnership was a secured creditor of the Companies.

[5] The applicant Pinnacle Capital Resources Limited, in its capacity as general partner of Red Ash Capital Partners II Limited Partnership ("Red Ash"), obtained an order of the Court dated May 28, 2012 appointing PwC Interim Receiver of Kraus, Kraus Canada and Strudex (collectively the "Operating Companies") In that capacity, PwC filed two reports, the first dated May 29, 2012 and the second June 10, 2012.

[6] On June 11, 2012, again on Red Ash's application, PwC was appointed trustee in bankruptcy of each of the Operating Companies. On the same day, and pursuant to Red Ash's receivership application, PwC was appointed as Receiver of the Companies.

[7] Also on June 11, 2010, the Court issued a Sale Approval and Vesting Order approving a going concern sale transaction (the "Sale Transaction") of substantially all of the assets of the Companies (the "Purchased Assets") contemplated by an asset purchase agreement between the Receiver and Kraus Brands LP (the "Purchaser"), a party related to Red Ash, dated as of June 11, 2012 (the "Sale Agreement").

[8] Paragraph 8 of the Sale Approval and Vesting Order provides that the documents marked as Confidential Appendices A, B and C to the Receiver's First Report contain confidential information and shall remain confidential and shall not form part of the permanent court record pending further order of the Court.

[9] The Sale Transaction closed on June 11, 2012.

[10] The reasons for the interim receivership were set out in the material filed in support of the initial application. The Interim Receiver monitored the receipts and disbursements of the Companies but did not take possession of the assets of the Operating Companies nor did it manage or operate their businesses. The Interim Receivership ended when the Receivership Order became effective on June 11, 2012.

[11] Pursuant to the Receivership Order, the Receiver had a very narrow mandate. It was appointed specifically to complete the Sale Transaction in accordance with the Sale Agreement and convey the Purchased Assets "without taking possession or control thereof".

[12] During the period of the Interim Receivership, and as suppliers received notice of the application to appoint a receiver of the Companies, the Interim Receiver and/or the Companies received claims for the repossession of property pursuant to s. 81.1 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, as amended (the "BIA"). As at June 11, 2012, the date of the Sale Approval and Vesting Order became effective, a total of nine claimants, including Equistar, had delivered 81.1 claims totalling \$2,248,734.

[13] Because certain of the Purchased Assets were subject to the s. 81.1 claims (the s. 81.1 Assets), the Sale Approval and Vesting Order provided in paragraph 6 thereof that the s. 81.1 Assets do not vest in the Purchaser until such time as the applicable s. 81.1 claim is determined by agreement of the parties or by further order of the Court. The Sale Approval and Vesting Order further provides that, notwithstanding the foregoing, the Purchaser is entitled to use and consume any s. 81.1 Asset, provided the Purchaser pays to the Receiver, in trust, the invoice amount of any s. 81.1 Asset used and consumed by the Companies or the Purchaser.

[14] Paragraph 6 of the Sale Approval and Vesting Order required that the Receiver file a report advising as to the s. 81.1 Assets in the possession of the Companies as at June 11, 2012 and “to the extent ascertainable, as at May 28, 2012.”

[15] In satisfaction of the requirement in paragraph 6 of the Sale Approval and Vesting Order, the Receiver filed its Third Report dated June 14, 2012. The Third Report contained a list of the s. 81.1 claimants, the steps by the Receiver to determine the s. 81.1 Assets in the possession of the Companies on June 11, 2012, the steps taken to segregate and preserve those assets and the inspections by s. 81.1 claimants. It also detailed the Receiver’s attempts to determine the s. 81.1 Assets in the possession of the Companies on May 28, 2012.

Equistar’s s. 81.1 Claim

[16] On June 8, 2012, the Receiver received a s. 81.1 claim in the amount of \$551,951.00 from Equistar. Equistar supplied poly resin to the Companies.

[17] On June 12, 2012, a representative of Equistar attended at Strudex’s premises and was shown the silos where Equistar’s goods were normally delivered. The representative did a visual inspection of the goods remaining in the applicable silo and was provided production records for that silo. A digital meter reading of the silo was also taken in the presence of Equistar’s representative.

[18] Subsequently, the Receiver assessed the s. 81.1 claims using the criteria set out in s. 81.1 of the BIA. The Receiver assessed the eligible value of Equistar’s claim to be \$35,425.25. On June 19, 2012, the Receiver advised Equistar of its assessment.

[19] On July 31, 2012, Equistar’s US attorney sent a letter to the Receiver taking issue with the Receiver’s determination of value. Equistar’s position was that its claim should include all goods Equistar delivered within 30 days prior to May 28, 2012. It took issue with the challenges the Receiver reported it had faced in respect of assessing the status of the s. 81.1 Assets as at May 28, 2012 and requested further analysis.

[20] The Receiver responded to Equistar’s attorney’s letter on August 7, 2012. It provided further details as to Strudex’s inventory system, records, tracking, etc. as well as specific detail in respect of the use of product supplied by Equistar to Strudex in the period between May 28 and June 11, 2012, according to the records available to the Receiver. The letter further stated that if Equistar wished to conduct further investigation of the matter, the Receiver would attempt to facilitate such investigation with the Purchaser. The Receiver heard nothing further from Equistar.

[21] In the period since June 11, 2012, the Purchaser used or consumed the s. 81.1 Assets subject to Equistar’s claim that were in the Companies possession on June 11, 2012. In accordance with paragraph 6 of the Sale Approval and Vesting Order, the Purchaser paid to the Receiver, in trust, the invoice amount of the s. 81.1 Assets subject to Equistar’s s. 81.1 claim that it used or consumed subsequent to June 11, 2012 in the amount of \$35,425.25. The Receiver continues to hold such funds in trust pending agreement amongst the Purchaser and Equistar or further order of the Court.

Equistar's Motion

[22] The Receiver's discharge motion was originally returnable on October 16, 2012. At the request of counsel for Equistar who were retained on October 9, 2012, the motion was adjourned to November 5, 2012 "to permit further review by creditor". Equistar had been previously represented in the receivership proceedings.

[23] On October 24, 2012, Equistar's counsel sent a letter to the Receiver's counsel enclosing a list of 114 questions "for response by the Receiver in connection with the Receiver's impending motion for discharge."

[24] The questions cover a very broad range of topics, including:

- a. the relationship between the Receiver and Red Ash and the extent of Red Ash's control over the actions and decisions of the Receiver and the funding of the receivership;
- b. information available to proposed purchasers about the existence of s. 81.1 claims and the goods supplied by them;
- c. the extent of the relationship between PwC and the Companies and the extent of control exercised by PwC in that capacity prior to its appointment;
- d. the extent of PwC's control over the sale process;
- e. any advice given by PwC to the directors and officers of the Companies related to their obligations with respect to trading while insolvent;
- f. the decision to sell the cash gleaned from suppliers products as part of the assets on closing;
- g. the Liquidation Analysis (Confidential Appendices C) and whether or not the Receiver considered the impact on unsecured creditors in evaluating same;
- h. the decision to use the interim receivership structure and its impact on suppliers;
- i. forecasts of consumption of supplier goods available to or relied upon by the Receiver; investigations conducted by the Receiver, as described in the Third Report, which relate to the extent of goods supplied by Equistar;
- j. specific questions related to the quantities of the goods supplied by Equistar;
- k. general questions about how the Receiver perceived the treatment of unsecured creditors and the suppliers, and what steps, if any it took to advise the relevant parties in connection with same.

[25] On October 31, 2012, the Receiver replied to the October 24, 2012 letter and advised that it had reviewed and considered Equistar's questions and in the Receiver's view, the questions were inappropriate, irrelevant to Equistar's s. 81.1 claim, had been dealt with in the Receiver's prior communications with Equistar and/or related to activities already approved by the Court. Accordingly, it advised that it would not be answering any of the questions.

[26] On November 5, 2012, the Receiver's discharge motion was put over to November 7, 2012 to enable Equistar to bring its motion to obtain the answers to the questions and unseal the Confidential Appendices. It further amended its notice of motion to also seek payment of \$35,425.25

Law and Analysis

(a) The Questions

[27] A court-appointed receiver is an officer of the court and is in a fiduciary capacity to all stakeholders: *Nash v. C.I.B.C. Trust Corp.*, 1996 CarswellOnt 2185 (O.C.J. Gen Div.) at para. 6. The fact that the receiver owes fiduciary duties to stakeholders does not, however, entitle a stakeholder to go on a fishing expedition for information: *Turbo Logistics Canada Inc. v. HSBC Bank Canada* (2009), 81 C.B.R. (5th) 169 (Ont. S.C.J.) at para. 18.

[28] A court-appointed receiver is required to respond to reasonable requests for information from parties with an interest in the receivership: *Battery Plus Inc., Re* (2002), 31 C.B.R. (4th) 196 (Ont. S.C.J. [Commercial List]). What is reasonable must be determined, in my view, having regard to the interest of the requesting party and the relevance of the information sought based on the issue or issues. In addition, and as noted by Farley J. in *Bell Canada International Inc., Re* [2003] O.J. No. 4738 (S.C.J. [Commercial List]) at para. 9, the objectivity and neutrality of the officer of the court is also a factor to consider.

[29] Equistar submits that it is entitled to the answers to its questions in order to determine the correct amount of its s. 81.1 claim; who the directing minds were that caused the claim to arise; and whether or not any claim exists against any of the parties, including the Receiver for their actions in creating an unpaid debt owing to Equistar.

[30] The vast majority of the 114 questions relate to the Receiver's relationship with Red Ash and the Companies prior to and during the receivership as well as various steps during the receivership. Those questions have nothing to do with Equistar's s. 81.1 claim. Those questions are nothing more, in my view, than a fishing expedition to see if Equistar can uncover some sort of impropriety which it suspects may have occurred but of which it has no proof. In that regard, it is instructive that Equistar has provided no evidence of impropriety before or during the receivership. All it has are suspicions of impropriety which is not sufficient to elevate its questions into the reasonable category.

[31] Questions 12 and 13 and 75 to 97 relate for the most part to Equistar's s. 81.1 claim. The problem is that the Receiver has already answered Equistar's questions concerning its claim and provided it with all of its information. The Receiver duly and thoroughly investigated and provided all relevant facts it was able to obtain to Equistar. I would have thought that if Equistar

had any follow up questions, it would have contacted the Receiver directly with them. Equistar provided no evidence that it requires further information or that to its knowledge, the information is available and the Receiver has failed to provide it. In fact, it is a reasonable inference from a number of the questions that Equistar already knows the answer.

[32] The Receiver has no further information or documents relating to Equistar's claim. In my view, in responding as it has to Equistar's questions relating to its s. 81.1 claim, the Receiver has acted reasonably and in accordance with its duty. In the circumstances, it is not required, in my view, to answer Equistar's further questions which in the circumstances, are either irrelevant or unreasonable and in most cases, both.

[33] Equistar's motion in respect of the 114 questions is therefore dismissed.

(b) Unsealing the Confidential Appendices

[34] Equistar also seeks an order unsealing the Confidential Appendices as provided in paragraph 8 of the Sale Approval and Vesting Order.

[35] The First Report describes the three Appendices. Appendix A is a Confidential Information Memorandum prepared by PricewaterhouseCooper Corporate Finance with the assistance of the Companies management for the sale process in the fall of 2011. It describes the Companies business in significant detail. Appendix B is a detailed summary of the four highest offers received in December 2011 and the three revised offers received in January 2012 in respect of the sale of the Operating Companies. Appendix C is a Liquidation Analysis of assets and business of the Companies based on net book values as of March 31, 2012.

[36] In the First Report, the Receiver requested the sealing of the three Appendices from the public record until after closing of the Sale Transaction or further order of the court. As noted, paragraph 9 of the Sale Approval and Vesting Order provides that the Appendices contain confidential information and shall remain confidential and shall not form part of the permanent record pending further order of the court.

[37] Equistar submits that because the Sale Transaction is complete, there is no reason to continue with the sealing order and the documents should be unsealed. It submitted that the two circumstances justifying a sealing order as set out in *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, [2002] 2 S.C.R. 522 (S.C.C.) are no longer present here.

[38] Counsel for Red Ash opposed Equistar's request to unseal the documents. It submits that given the Court determined, as part of the Sale Approval and Vesting Order, that the Appendices were confidential, Equistar's motion for unsealing should fail as it has not established that the documents are no longer confidential. In the alternative, it submits that the documents remain confidential. In respect of that submission, because it was only served with Equistar's motion material on the eve of the motion, Red Ash requests an adjournment in order that it can file material to establish that the documents in question still remain confidential.

[39] As Newbould J. pointed out in *Look Communications Inc. v. Look Mobile Corp.*, 2009 CarswellOnt 7952 at para. 17, it is often the case that on the Commercial List sensitive

documents concerning an asset sale are sealed in order to protect the sale process. Once that process has been completed, it follows that the information in the documents is no longer confidential.

[40] I am mindful of the importance of public disclosure in the courts as discussed in *Sierra Club*. I therefore think, given the circumstances in which the Appendices were sealed, that Red Ash should be required to establish that the documents in issue still remain confidential. Accordingly, I intend to adjourn that portion of Equistar's motion, to be brought back on with proper notice to Red Ash in order to allow it to properly respond.

(c) The \$35,425.25

[41] The final relief requested by Equistar is the payment by the Receiver of the \$35,425.25 it is holding in trust in respect of its s. 81.1 claim.

[42] The Sale Approval and Vesting Order provide in paragraph 6(b) that a s. 81.1 claim is to be determined "by court order or by agreement amongst the Receiver, the applicable claimant to the s. 81.1 Asset and the Purchaser". Paragraph 6 (e) provides that where the Purchaser pays the Receiver in trust for the s. 81.1 assets its used or consumed, the cash payment "shall stand in place and stead of the s. 81.1 Asset, with such cash to be disposed of in accordance with" the determination as provided in paragraph 6(b).

[43] There has been no court order or agreement with respect to Equistar's s. 81.1 claim. Equistar has not yet sought such determination. Accordingly, pursuant to paragraph 6 of the Sale Approval and Vesting Order, the \$35,425.25 being held by the Receiver in trust cannot be disposed of until such determination.

[44] Equistar's request for payment of \$35,425.25 is therefore dismissed.

The Receiver's Motion

[45] The Receiver's appointment was for the narrow purposes of completing the sale of the assets of the Companies and certain miscellaneous post-closing matters and reporting on the s. 81.1 assets in possession of the Companies at the time of its appointment and if possible, on May 28, 2012. Those purposes have been completed.

[46] All s. 81.1 claims except for Equistar's have been resolved. The Receiver proposes that it pay the \$35,425.25 it is holding in trust on account of Equistar's s. 81.1 claim to be paid to the Trustee in Bankruptcy of the Operating Companies to permit Equistar's claim to be settled or resolved by court order in the bankruptcy. In my view, given that PwC is also the Trustee, this is a reasonable solution.

[47] The Receiver seeks a release and discharge from any and all claims arising out of its actions as Receiver save and except for gross negligence or wilful misconduct on its part. It is that request which prompted Equistar's list of questions. The release is a standard term in the Commercial List model order of discharge. In my view, in the absence of any evidence of

improper or negligent conduct on the part of the Receiver, the release should issue. A receiver is entitled to close its file once and for all. There is no such evidence here.

Conclusion

[48] Based on the material filed, the discharge order as requested by the Receiver should issue.

[49] Equistar's motion is dismissed except for the portion relating to the unsealing of the Confidential Appendices which shall be adjourned to be brought back on, if so desired, on proper notice to Red Ash and the Receiver.

[50] There will be no order of costs in respect of the Receiver's discharge motion. The Receiver is entitled, however, to costs in respect of Equistar's motion. In the absence of agreement, brief submissions of no more than two pages along with a cost outline shall be made by the Receiver within ten days. Equistar shall respond within ten days of receipt of the Receiver's submissions.

L. A. Pattillo J.

Released: November 9, 2012

Tab

11

CITATION: Royal Bank of Canada v. 1514357 Ontario Ltd., 2013 ONSC 2602
COURT FILE NO.: CV-11-9269-00CL
DATE: 20130506

SUPERIOR COURT OF JUSTICE – ONTARIO

(COMMERCIAL LIST)

RE: ROYAL BANK OF CANADA, Applicant

AND:

**1514357 ONTARIO LTD., 1458402 ONTARIO LIMITED, 1512449
ONTARIO LTD., 1573454 ONTARIO LTD., 1226577 ONTARIO LTD.,
LAUREL CLARRY, JOHN LEE AND BINKSY WHITTLE, Respondents**

BEFORE: CUMMING J.

COUNSEL: Steven Graff and Ian Aversa, for msi Spergel Inc.

John Lee and Laurel Clarry, for 1514357 Ontario Ltd.

HEARD: APRIL 29 and May 6, 2013

ENDORSEMENT

The Motions

[1] msi Spergel as Court-appointed substitute receiver brings a motion to, *inter alia*, approve its fees and disbursements and those of its counsel. Mr. Philip Gennis carried out the receivership on behalf of msi Spergel.

[2] Mr. John Lee and Ms. Laurel Clarry appeared on behalf of 1514357 Ontario Ltd. (the “Debtor”). Ms. Clarry is the controlling shareholder of the Debtor. Mr. Lee has refinanced the Debtor so as to extinguish the unpaid debt owed to the Royal Bank which had been the reason for the receivership.

Background

[3] Grant Thornton Limited was appointed receiver of the Debtor by Court Order dated September 9, 2011 on application by the Royal Bank pursuant to s. 243(1) of the *Bankruptcy and Insolvency Act* and s. 191 of the *Courts of Justice Act*.

[13] I do not read the transcript as imposing a limitation on fees and disbursements or as limiting a charge on the assets and the Order given does not so provide. Indeed, the Receiver's counsel stated at the hearing on November 8, 2012 that "our fees are covered by a charge against the assets, in any event". However, as I have already said above, the clear reasonable expectation of everyone at the November 8, 2012 hearing was that there would be sufficient monies after the sale of the abovementioned unit to meet the remaining fees of the Receiver and its counsel through the approval of the \$30,000 provided for by the Order of Pattillo J.

[14] The sale of Unit 15, Level 2, NSCC62 for \$185,000 was to Mr. Lee. There was a dispute as to the provisions in the Agreement of Purchase and Sale dated October 30, 2012 in respect of payment of HST relating to the purchase, which resulted in a November 26 Amending Agreement to the Agreement of Purchase and Sale, approved by an Endorsement of Campbell J. on November 26, 2013.

[15] The Receiver's Discharge Certificate was filed on November 29, 2012.

[16] The Receiver then began the process of completing the administration of the receivership estate by preparing and filing with Canada Revenue Agency (the "CRA") the corporate tax return for the fiscal year ending February 29, 2012 and HST returns for the Receiver's separate HST account, opened in the normal course after the Appointment Order in September 2011.

[17] In the normative course of events, the discharge of a receiver would not be sought until the full completion of the administration of the estate in receivership. However, in the instant situation, a term of the offer to purchase by Mr. Lee was that the Receiver be discharged. Hence, the recovery of funds from government filings and the accounting in respect thereof necessarily could not be completed until after the filing of the Receiver's Discharge Certificate.

[18] The Receiver had filed pre-receivership nil HST returns with the CRA. These pre-receivership returns were later withdrawn as it was determined by the Receiver they were based upon information inadvertently overlooked and refunds totalling \$25,000 received from the CRA were returned to the CRA. The Receiver had reportedly repeatedly requested from the accountant for the Debtor, over some twelve months, the accountant's working papers which when received indicated a payable for unremitted HST of some \$46,000 and this implied a right of set-off in favour of the CRA. Accordingly, the \$25,000 refund was returned to the CRA on January 25, 2013. The record suggests the Debtor had an accumulated liability to the CRA of unremitted HST in respect of which the Debtor had never filed returns. The first five reports of the Receiver indicate that Ms. Clarry was uncooperative and unresponsive in providing any records and documents of the Debtor.

[19] There was considerable argument advanced by Mr. Lee and Ms. Clarry at the hearing that the Receiver intended to appropriate any tax refunds for his personal benefit. These submissions have no merit and were baseless.

[20] Any tax refunds would accrue to the benefit of and constitute property of the estate of the receivership, and any distribution would require court approval. The Debtor and Ms. Clarry and Mr. Lee make unfounded claims against the Receiver in this regard.

Tab
12

Alberta Court of Queen's Bench
Meadow Rue Holdings Ltd. v. Alberta
Date: 1989-09-21

W.J. Kenny (Cook Duke Cox Tod and Kenny), for
D.E. Turnback (Bryan and Wilson), for Coopers and Lybrand Ltd.;
Bodil J. Jensen, for Meadow Rue Holdings Ltd.,

(Edmonton No. 8803-19832)

September 21, 1989.

[1] QUINN, Master in Chambers: — This is an application by each of the defendants in this action for summary dismissal of the plaintiffs' claims against them, on the ground that there is no merit in the plaintiffs' claims, pursuant to Rule 159(2).

[2] To understand the background to the present case, it is necessary to refer to action No. 8003-14423 (the dairy action) which was commenced by Meadow Rue Holdings Ltd. (Meadow Rue) on June 6, 1980, against Her Majesty the Queen in Right of Alberta, (Her Majesty) Kim Whitehead (Whitehead) and others. In that action Meadow Rue claims it carried on a dairy business and that in or about October, 1978, it learned that the milk it produced was contaminated. The defendant Whitehead was an inspector with the Dairy Division of the Alberta Government. He advised Meadow Rue that the source of the contamination was the cows, and ordered 26 cows culled from the Meadow Rue herd. That occurred after Meadow Rue had spent a considerable amount of money in attempts to cure the problem with the cows.

[3] It is alleged in the dairy action that Meadow Rue subsequently learned that the source of the milk contamination was not the cows, but rather from certain dairy equipment that had been improperly installed by the defendant Merv's Dairy and Farm Supply (Merv's). Meadow Rue alleges the information and advice given by Whitehead was negligently given. Meadow Rue claimed special damages of \$293,551.67 and general damages of \$200,000.00 from the defendants. The action never came to trial. The defendants' examination for discovery of the plaintiff was commenced but never concluded. The discoveries were scheduled to continue on October 25 and 26, 1983, but were cancelled and never rescheduled.

[19] Coopers and Lybrand has been described in these proceedings as a receiver, not as a receiver-manager. No argument was addressed to me turning on that distinction and it is fair to say Coopers and Lybrand have been treated by counsel on this application as if it is a receiver-manager. Accordingly, I am treating Coopers and Lybrand as a receiver-manager to which the provisions of **Business Corporations Act** (supra) concerning receiver-managers apply.

[20] Whatever authority Coopers and Lybrand has as a receiver-manager comes to it by reason of the provisions in the debenture. Section 93 of **Business Corporations Act** (supra) provides that a receiver-manager appointed under an instrument shall act in accordance with that instrument and any direction of the Court made under section 95 thereof. For the purposes of this application I will assume the debenture empowered Coopers and Lybrand to commence or continue actions on behalf of the Company (subject of course to section 91 of the said **Act**, quoted above). That is the strongest position that can be taken from the point of view of the respondents (plaintiffs) in the present application. I would also note that counsel for the applicants (defendant) did not submit in argument that Coopers and Lybrand lacked authority to commence or continue an action on behalf of the company.

[21] The present action against the receiver-manager is predicated upon the existence of a duty by the receiver-manager to continue the dairy action and to carry on the Meadow Rue business. It seems clear from the authorities however that no such duty exists. A receiver-manager has an option but not a duty to proceed with (or commence) an action in the name of the company as well as an option but not a duty to carry on the business. In the present case the dairy business of Meadow Rue had in fact been discontinued before the receiver-manager was appointed. With reference to section 10(c) of the statement of claim by which it is alleged the receiver-manager wrongfully discontinued the dairy action against some defendants, the evidence discloses that the plaintiffs, through their then legal counsel, consented in writing to the partial discontinuance of action No. 8003 14426 against Mervin Skjaverland trading as Merv's Dairy and Farm Supply. The evidence also discloses that the plaintiffs had agreed to the discontinuance of the action against Cunningham Refrigeration Limited.

Tab
13

SUPERIOR COURT OF JUSTICE – ONTARIO

COMMERCIAL LIST

RE: Christine Marie Haunert-Faga, Applicant

AND:

Stephen Leonardo Glen Faga, Respondent

BEFORE: D. M. Brown J.

COUNSEL: C. Reed, for the Receiver

R. Rueter, for the Receiver in the Recovery Action

M. Neirinck, for the Defendants in the Recovery Action, Giluiana Caprara in her personal capacity and in her capacity as Estate Trustee without a Will of the Estate of Bruno Caprara, deceased, Marco Caprara, Christian Caprara and Faga Group Construction Limited

M. Marrie, for the Defendant in the Recovery Action, Presta Caparrotta LLP

J. Long, for the Defendant in the Recovery Action, Domenico Faga

HEARD: March 8, 2013

REASONS FOR DECISION

I. Motion by a receiver-in-aid-of-execution for a cost immunity order

[1] Christine Marie Haunert-Faga and Stephen Leonardo Glen Faga were husband and wife. In 2007 they divorced. The May 9, 2007 Divorce Judgment which Christine obtained against Stephen required him to pay her \$4.4 million, of which \$1.3 million covered child support for their three young children. Stephen assigned his shares in Delzap Construction Ltd. to Christine in partial satisfaction of the Judgment. He has not paid anything else.

[2] Christine's difficulties in enforcing the Judgment against Stephen led to this Court appointing a receiver-in-aid-of-execution on December 8, 2010. The Receiver, A. Farber & Partners Inc., collected some assets, but to date Christine has only received an interim distribution of \$50,000.00.

[7] The Receiver retained independent counsel, the Rueter Scargall Bennett LLP firm, to draft and commence a claim against the Faga family members and companies, as well as Ms. Macdonald and Presta Caparrotta, to recover monies which it claims belong to Stephen and which are exigible for execution. The RSB firm has agreed to act on a quasi-contingency basis and the Receiver has agreed that the firm will enjoy a first charge over all proceeds of such litigation. RSB issued the Statement of Claim in the Recovery Action on October 5, 2012; it seeks to recover \$4.8 million. The plaintiff is A. Farber & Partners Inc. in its capacity as Court Appointed Receiver of Stephen Leonardo Glen Faga. No defences have been filed pending the outcome of this motion.

[8] According to the Receiver's Statement of Receipts & Disbursements for the period up to September 30, 2012, receipts amounted to \$2.007 million, expenses (including counsel fees to March 29, 2012) totaled \$133,502, with net receipts of \$1.87 million. A disbursement of \$50,000 was made to Christine in May, 2012. However, professional fees not yet approved or paid amount to \$1.8 million: Receiver, \$340,000; Froese Forensic, \$500,000; and two law firms, \$960,000. If those amounts are approved, the Receiver reported that "the Receivership estate will have approximately \$121,000 available to pay fees and costs incurred after August 31, 2012".

[9] Given that state of affairs for the estate, the Receiver reported:

[I]t is very likely that in the event, no matter how remote, that the Recovery Action is not successful and costs are awarded to the defendants, there will be no net assets available in the Receivership estate to respond to those cost claims.

The Receiver is not prepared to assume personal liability for the costs of the Recovery Action. The Receiver will not personally benefit from the Recovery Action. If the Court does not grant an Order that the Receiver has no personal liability for the costs of the Recovery Action, then the Receiver will discontinue that action and the Receivership estate will be deprived of any benefit of the claims advanced in that action.

[10] Christine filed an undertaking with the Court in the following form:

I, Christine Marie Haunert-Faga, undertake to the Court to abide by any Order of the Court awarding costs to the Defendants in [the Recovery Action] which the Court, in its discretion, orders me to pay personally.

[11] The defendants in the Recovery Action opposed the order sought by the Receiver, taking the position that the Recovery Action should be subject to the usual "loser pays" cost rule.

III. Analysis

A. The general principles

[12] Receivers, and trustees in bankruptcy, possess powers to litigate but, in the usual course of affairs, they do not labour under duties to litigate. Paragraph 4 of the Appointment Order

provided that the Receiver was empowered and authorized to do certain things, “where the Receiver considers it necessary or desirable”, including “to initiate, prosecute and continue the prosecution of any and all court proceedings...with respect to the Debtor, the Property or the Receiver...” So, the Receiver is authorized to bring the Recovery Action, but it was not obligated to initiate that action.

[13] The general rule is that a receiver or trustee litigates at its peril if there is no source of indemnity available to it, with the two standard sources of indemnity residing in the assets of the estate or a contract of indemnity from one or more creditors.¹ As put by this Court in the 1984 case of *Touche Ross Ltd. v. Weldwood of Canada Sales Ltd.*:

The cases are old but they are legion in support of the general rule. It matters not that it appeared eminently desirable to the trustee to launch the actions.²

[14] The policy reason for the general rule was explained in the *Touche Ross* case:

There are two conflicting policies, one of protecting successful defendants from unwarranted charges just as they would be protected when a creditor sued personally, and the other policy of encouraging diligence and fearlessness in trustees in their administration of bankrupt estates. The former is stronger and should prevail if only because the trustee has every means at his disposal to protect his position either by resorting to the assets when they prove sufficient or to the interested creditors wherever they display a sufficient interest in the litigation...³

[15] The discipline imposed by a “loser pays” costs rule applies equally to decisions to commence proceedings by a receiver or trustee. As Middleton J. put the matter in *Thorne v. Canadian Steering Wheel Co.*:

I cannot conceive that the action would ever have been brought or pressed if the plaintiff had any idea of his personal liability, and this being now established, it will serve as a warning to trustees in bankruptcy that litigation ought not to be indulged in upon the theory that there is not a personal liability. It is not the intention of *The Bankruptcy Act* that the creditors should have the right to sue without incurring the ordinary risk of costs if unsuccessful.⁴

[16] In *Livent. Inc. (Special Receiver) v. Deloitte & Touche*, Master Short referred to more recent re-affirmations of the general rule:

¹ *Touche Ross Ltd. v. Weldwood of Canada Sales Ltd.* (1984), 49 C.B.R. (N.S.) 284 (Ont. S.C., Bktpcy). See also: *Thorne Riddell Inc. v. Sinclair* (1983), 49 C.B.R. (N.S.) 196 (Ont. S.C.), para. 27; *Canadian Imperial Bank of Commerce v. 437544 Ontario Inc.* (1995), 43 C.P.C. (3d) 216 (Ont. C.A.), para. 14;

² *Touche Ross*, *supra.*, para. 7

³ *Ibid.*, para. 10.

⁴ [1923] 4 D.L.R. 1127 (Ont. H.C.), para. 10.

Tab

14

IN THE SUPREME COURT OF BRITISH COLUMBIA

Citation: ***Ching-Peng Chien et al. v. Canada
Eighty-Eight and Yong,***
2005 BCSC 466

Date: 20050331
Docket: No. A951688
Registry: Vancouver

Between:

**Ching-Peng Chien, Anthony Man Chiu Sun, Chieh Hsiung Chen, Mei Hua
Chang, Yang I Liao, Chao Chi Huang, Wun Gi Liu, Shuang Ching Wu, Ban
Ching Wee, Jung Kuang Chang, Kai Ho Lai, Edward Chung Ming Leung, Louis
Man Kong Suen, Hsueh-Ping Liaw, Li-Chi Hsu, Yung Hua Shu, Kao Ching Hsu,
Shin Ling Yang, Shek Chuen Louie, Lin Tuan Chen, Chi Yuan Kuo, Chin Piao
Wu and Yoshio Maruko**

Petitioners

And

**The Canada Eighty-Eight Fund, The Canada Eighty-Eight Fund Management
Co. Ltd. and Alan Yong**

Respondents

Before: The Honourable Madam Justice Allan

Reasons for Judgment

Counsel for the petitioners:

Kathleen MacDonald

Counsel for the respondent Alan Yong:

David J. Taylor

Counsel for the Receiver Manager:

Brian L. Child

Date and place of hearing:

March 21, 2005
Vancouver, B.C.

number of times but adjourned each time, either on Mr. Yong's application or because of a lack of court time. The petitioners then applied for an order appointing Deloitte& Touche as receiver manager of Canada 88. Mr. Yong consented to the application, subject to certain conditions, one of which being a term that the order was not based on any finding of wrongdoing by Mr. Yong or the Management Company. The consent order was made by Master Doolan on March 6, 1996.

The March 26, 2001 application of the Receiver Manager

[6] The Receiver Manager conducted certain investigations and collected substantial funds. At a certain point, it became concerned with the cost of further investigations and litigation, where any chance of recovery was uncertain. Accordingly, after consulting the Investors, the Receiver Manager sought directions from the Court, recommending that no further investigations be carried out and that litigation not be continued or commenced.

[7] On March 26, 2001, I accepted those recommendations and made an order accordingly. The Receiver Manager raised a further issue involving the distribution of surplus funds as between Investors who had invested \$150,000 and those who had invested \$250,000. I ordered that the eight Investors who had invested \$250,000 would each receive up to \$100,000 before there was any distribution to the other Investors.

Tab
15



CANADA

CONSOLIDATION

CODIFICATION

Bankruptcy and Insolvency Act

Loi sur la faillite et l'insolvabilité

R.S.C., 1985, c. B-3

L.R.C. (1985), ch. B-3

Current to March 17, 2026

À jour au 17 mars 2026

Last amended on December 12, 2024

Dernière modification le 12 décembre 2024

(e) as soon as funds are available, pay to the former trustee his remuneration and disbursements as approved by the court.

R.S., 1985, c. B-3, s. 36; 1992, c. 27, s. 14; 1997, c. 12, s. 24; 2004, c. 25, s. 23; 2005, c. 47, ss. 28, 123(E); 2007, c. 36, s. 11(F).

Appeal to court against trustee

37 Where the bankrupt or any of the creditors or any other person is aggrieved by any act or decision of the trustee, he may apply to the court and the court may confirm, reverse or modify the act or decision complained of and make such order in the premises as it thinks just.

R.S., c. B-3, s. 19.

Proceeding by creditor when trustee refuses to act

38 (1) Where a creditor requests the trustee to take any proceeding that in his opinion would be for the benefit of the estate of a bankrupt and the trustee refuses or neglects to take the proceeding, the creditor may obtain from the court an order authorizing him to take the proceeding in his own name and at his own expense and risk, on notice being given the other creditors of the contemplated proceeding, and on such other terms and conditions as the court may direct.

Transfer to creditor

(2) On an order under subsection (1) being made, the trustee shall assign and transfer to the creditor all his right, title and interest in the chose in action or subject-matter of the proceeding, including any document in support thereof.

Benefits belong to creditor

(3) Any benefit derived from a proceeding taken pursuant to subsection (1), to the extent of his claim and the costs, belongs exclusively to the creditor instituting the proceeding, and the surplus, if any, belongs to the estate.

Trustee may institute proceeding

(4) Where, before an order is made under subsection (1), the trustee, with the permission of the inspectors, signifies to the court his readiness to institute the proceeding for the benefit of the creditors, the order shall fix the time within which he shall do so, and in that case the benefit derived from the proceeding, if instituted within the time so fixed, belongs to the estate.

R.S., 1985, c. B-3, s. 38; 2004, c. 25, s. 24(F).

e) dès que les fonds sont disponibles, paie à l'ancien syndic sa rémunération et ses débours, approuvés par le tribunal.

L.R. (1985), ch. B-3, art. 36; 1992, ch. 27, art. 14; 1997, ch. 12, art. 24; 2004, ch. 25, art. 23; 2005, ch. 47, art. 28 et 123(A); 2007, ch. 36, art. 11(F).

Appel au tribunal contre le syndic

37 Lorsqu'un acte ou une décision du syndic lèse le failli ou l'un des créanciers ou toute autre personne, l'intéressé peut s'adresser au tribunal, et ce dernier peut confirmer, infirmer ou modifier l'acte ou la décision qui fait l'objet de la plainte et rendre à ce sujet l'ordonnance qu'il juge équitable.

S.R., ch. B-3, art. 19.

Procédures par un créancier lorsque le syndic refuse d'agir

38 (1) Lorsqu'un créancier demande au syndic d'initier des procédures qui, à son avis, seraient à l'avantage de l'actif du failli, et que le syndic refuse ou néglige d'initier ces procédures, le créancier peut obtenir du tribunal une ordonnance l'autorisant à initier des procédures en son propre nom et à ses propres frais et risques, en donnant aux autres créanciers avis des procédures projetées, et selon les autres modalités que peut ordonner le tribunal.

Droits du créancier

(2) Lorsque cette ordonnance est rendue, le syndic cède et transfère au créancier tous ses droits, titres et intérêts sur les biens et droits qui font l'objet de ces procédures, y compris tout document à l'appui.

Les profits appartiennent au créancier

(3) Tout profit provenant de procédures exercées en vertu du paragraphe (1), jusqu'à concurrence de sa réclamation et des frais, appartient exclusivement au créancier intentant ces procédures, et l'excédent, s'il en est, appartient à l'actif.

Le syndic peut initier des procédures

(4) Lorsque, avant qu'une ordonnance soit rendue en vertu du paragraphe (1), le syndic, avec la permission des inspecteurs, déclare au tribunal qu'il est prêt à initier les procédures au profit des créanciers, l'ordonnance doit prescrire le délai qui lui est imparti pour ce faire, et dans ce cas le profit résultant des procédures, si elles sont intentées dans le délai ainsi prescrit, appartient à l'actif.

L.R. (1985), ch. B-3, art. 38; 2004, ch. 25, art. 24(F).

Court may declare that stays, etc., cease

69.4 A creditor who is affected by the operation of sections 69 to 69.31 or any other person affected by the operation of section 69.31 may apply to the court for a declaration that those sections no longer operate in respect of that creditor or person, and the court may make such a declaration, subject to any qualifications that the court considers proper, if it is satisfied

(a) that the creditor or person is likely to be materially prejudiced by the continued operation of those sections; or

(b) that it is equitable on other grounds to make such a declaration.

1992, c. 27, s. 36; 1997, c. 12, s. 65.

Non-application of certain provisions

69.41 (1) Sections 69 to 69.31 do not apply in respect of a claim referred to in subsection 121(4).

No remedy, etc.

(2) Notwithstanding subsection (1), no creditor with a claim referred to in subsection 121(4) has any remedy, or shall commence or continue any action, execution or other proceeding, against

(a) property of a bankrupt that has vested in the trustee; or

(b) amounts that are payable to the estate of the bankrupt under section 68.

1997, c. 12, s. 65.

No stay, etc., in certain cases

69.42 Despite anything in this Act, no provision of this Act shall have the effect of staying or restraining, and no order may be made under this Act staying or restraining,

(a) the exercise by the Minister of Finance or the Superintendent of Financial Institutions of any power, duty or function assigned to them by the *Bank Act*, the *Cooperative Credit Associations Act*, the *Insurance Companies Act* or the *Trust and Loan Companies Act*;

(b) the exercise by the Governor in Council, the Minister of Finance or the Canada Deposit Insurance Corporation of any power, duty or function assigned to them by the *Canada Deposit Insurance Corporation Act*; or

(c) the exercise by the Attorney General of Canada of any power, assigned to him or her by the *Winding-up and Restructuring Act*.

2001, c. 9, s. 574.

Déclaration de non-application

69.4 Tout créancier touché par l'application des articles 69 à 69.31 ou toute personne touchée par celle de l'article 69.31 peut demander au tribunal de déclarer que ces articles ne lui sont plus applicables. Le tribunal peut, avec les réserves qu'il estime indiquées, donner suite à la demande s'il est convaincu que la continuation d'application des articles en question lui causera vraisemblablement un préjudice sérieux ou encore qu'il serait, pour d'autres motifs, équitable de rendre pareille décision.

1992, ch. 27, art. 36; 1997, ch. 12, art. 65.

Précision

69.41 (1) Les articles 69 à 69.31 ne s'appliquent pas aux réclamations visées au paragraphe 121(4).

Recours interdits

(2) Malgré le paragraphe (1), le créancier d'une réclamation mentionnée au paragraphe 121(4) n'a aucun recours et ne peut intenter ou continuer d'actions, exécutions ou autres procédures relativement aux biens du failli dévolus au syndic ou aux montants à verser à l'actif de la faillite au titre de l'article 68.

1997, ch. 12, art. 65.

Restrictions

69.42 Malgré les autres dispositions de la présente loi, aucune disposition de la présente loi ne peut avoir pour effet de suspendre ou restreindre et aucune ordonnance ne peut être rendue, pour suspendre ou restreindre :

a) l'exercice par le ministre des Finances ou par le surintendant des institutions financières des attributions qui leur sont conférées par la *Loi sur les banques*, la *Loi sur les associations coopératives de crédit*, la *Loi sur les sociétés d'assurances* ou la *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*;

b) l'exercice par le gouverneur en conseil, le ministre des Finances ou la Société d'assurance-dépôts du Canada des attributions qui leur sont conférées par la *Loi sur la Société d'assurance-dépôts du Canada*;

(g) generally, for carrying into effect the purposes and provisions of this Part.

R.S., 1985, c. B-3, s. 240; 1992, c. 27, s. 88.

Audit of proceedings

241 The accounts of every clerk that relate to proceedings under this Part are subject to audit in the same manner as if the accounts were the accounts of a provincial officer.

R.S., c. B-3, s. 212.

Application of this Part

242 (1) The Governor in Council shall, at the request of the lieutenant governor in council of a province, declare, by order, that this Part applies or ceases to apply, as the case may be, in respect of the province.

Automatic application

(2) Subject to an order being made under subsection (1) declaring that this Part ceases to apply in respect of a province, if this Part is in force in the province immediately before that subsection comes into force, this Part applies in respect of the province.

R.S., 1985, c. B-3, s. 242; 2002, c. 7, s. 85; 2007, c. 36, s. 57.

PART XI

Secured Creditors and Receivers

Court may appoint receiver

243 (1) Subject to subsection (1.1), on application by a secured creditor, a court may appoint a receiver to do any or all of the following if it considers it to be just or convenient to do so:

(a) take possession of all or substantially all of the inventory, accounts receivable or other property of an insolvent person or bankrupt that was acquired for or used in relation to a business carried on by the insolvent person or bankrupt;

(b) exercise any control that the court considers advisable over that property and over the insolvent person's or bankrupt's business; or

f) changer ou prescrire, à l'égard de toute province, les catégories de dettes auxquelles la présente partie ne s'applique pas;

f.1) régir le renvoi des procédures dans une province autre que celle où l'ordonnance de fusion a été rendue;

g) prendre toute autre mesure d'application de la présente partie.

L.R. (1985), ch. B-3, art. 240; 1992, ch. 27, art. 88.

Vérification des comptes

241 Les comptes de chaque greffier, relatifs aux procédures prévues par la présente partie, sont sujets à vérification de la même manière que s'ils étaient les comptes d'un fonctionnaire provincial.

S.R., ch. B-3, art. 212.

Application

242 (1) À la demande du lieutenant-gouverneur en conseil d'une province, le gouverneur en conseil déclare par décret que la présente partie commence à s'appliquer ou cesse de s'appliquer, selon le cas, dans la province en question.

Application automatique

(2) Sous réserve d'une éventuelle déclaration faite en vertu du paragraphe (1) indiquant qu'elle cesse de s'appliquer à la province en cause, la présente partie s'applique à toute province dans laquelle elle était en vigueur à l'entrée en vigueur de ce paragraphe.

L.R. (1985), ch. B-3, art. 242; 2002, ch. 7, art. 85; 2007, ch. 36, art. 57.

PARTIE XI

Créanciers garantis et séquestres

Nomination d'un séquestre

243 (1) Sous réserve du paragraphe (1.1), sur demande d'un créancier garanti, le tribunal peut, s'il est convaincu que cela est juste ou opportun, nommer un séquestre qu'il habilite :

a) à prendre possession de la totalité ou de la quasi-totalité des biens — notamment des stocks et comptes à recevoir — qu'une personne insolvable ou un failli a acquis ou utilisés dans le cadre de ses affaires;

b) à exercer sur ces biens ainsi que sur les affaires de la personne insolvable ou du failli le degré de prise en charge qu'il estime indiqué;

(c) take any other action that the court considers advisable.

Restriction on appointment of receiver

(1.1) In the case of an insolvent person in respect of whose property a notice is to be sent under subsection 244(1), the court may not appoint a receiver under subsection (1) before the expiry of 10 days after the day on which the secured creditor sends the notice unless

(a) the insolvent person consents to an earlier enforcement under subsection 244(2); or

(b) the court considers it appropriate to appoint a receiver before then.

Definition of receiver

(2) Subject to subsections (3) and (4), in this Part, **receiver** means a person who

(a) is appointed under subsection (1); or

(b) is appointed to take or takes possession or control — of all or substantially all of the inventory, accounts receivable or other property of an insolvent person or bankrupt that was acquired for or used in relation to a business carried on by the insolvent person or bankrupt — under

(i) an agreement under which property becomes subject to a security (in this Part referred to as a “security agreement”), or

(ii) a court order made under another Act of Parliament, or an Act of a legislature of a province, that provides for or authorizes the appointment of a receiver or receiver-manager.

Definition of receiver — subsection 248(2)

(3) For the purposes of subsection 248(2), the definition **receiver** in subsection (2) is to be read without reference to paragraph (a) or subparagraph (b)(ii).

Trustee to be appointed

(4) Only a trustee may be appointed under subsection (1) or under an agreement or order referred to in paragraph (2)(b).

c) à prendre toute autre mesure qu’il estime indiquée.

Restriction relative à la nomination d’un séquestre

(1.1) Dans le cas d’une personne insolvable dont les biens sont visés par le préavis qui doit être donné par le créancier garanti aux termes du paragraphe 244(1), le tribunal ne peut faire la nomination avant l’expiration d’un délai de dix jours après l’envoi de ce préavis, à moins :

a) que la personne insolvable ne consente, aux termes du paragraphe 244(2), à l’exécution de la garantie à une date plus rapprochée;

b) qu’il soit indiqué, selon lui, de nommer un séquestre à une date plus rapprochée.

Définition de séquestre

(2) Dans la présente partie, mais sous réserve des paragraphes (3) et (4), **séquestre** s’entend de toute personne qui :

a) soit est nommée en vertu du paragraphe (1);

b) soit est nommément habilitée à prendre — ou a pris — en sa possession ou sous sa responsabilité, aux termes d’un contrat créant une garantie sur des biens, appelé « contrat de garantie » dans la présente partie, ou aux termes d’une ordonnance rendue sous le régime de toute autre loi fédérale ou provinciale prévoyant ou autorisant la nomination d’un séquestre ou d’un séquestre-gérant, la totalité ou la quasi-totalité des biens — notamment des stocks et comptes à recevoir — qu’une personne insolvable ou un failli a acquis ou utilisés dans le cadre de ses affaires.

Définition de séquestre — paragraphe 248(2)

(3) Pour l’application du paragraphe 248(2), la définition de **séquestre**, au paragraphe (2), s’interprète sans égard à l’alinéa a) et aux mots « ou aux termes d’une ordonnance rendue sous le régime de toute autre loi fédérale ou provinciale prévoyant ou autorisant la nomination d’un séquestre ou d’un séquestre-gérant ».

Syndic

(4) Seul un syndic peut être nommé en vertu du paragraphe (1) ou être habilité aux termes d’un contrat ou d’une ordonnance mentionné à l’alinéa (2)b).

Place of filing

(5) The application is to be filed in a court having jurisdiction in the judicial district of the locality of the debtor.

Orders respecting fees and disbursements

(6) If a receiver is appointed under subsection (1), the court may make any order respecting the payment of fees and disbursements of the receiver that it considers proper, including one that gives the receiver a charge, ranking ahead of any or all of the secured creditors, over all or part of the property of the insolvent person or bankrupt in respect of the receiver's claim for fees or disbursements, but the court may not make the order unless it is satisfied that the secured creditors who would be materially affected by the order were given reasonable notice and an opportunity to make representations.

Meaning of *disbursements*

(7) In subsection (6), *disbursements* does not include payments made in the operation of a business of the insolvent person or bankrupt.

1992, c. 27, s. 89; 2005, c. 47, s. 115; 2007, c. 36, s. 58.

Advance notice

244 (1) A secured creditor who intends to enforce a security on all or substantially all of

- (a) the inventory,
- (b) the accounts receivable, or
- (c) the other property

of an insolvent person that was acquired for, or is used in relation to, a business carried on by the insolvent person shall send to that insolvent person, in the prescribed form and manner, a notice of that intention.

Period of notice

(2) Where a notice is required to be sent under subsection (1), the secured creditor shall not enforce the security in respect of which the notice is required until the expiry of ten days after sending that notice, unless the insolvent person consents to an earlier enforcement of the security.

Lieu du dépôt

(5) La demande de nomination est déposée auprès du tribunal compétent dans le district judiciaire de la localité du débiteur.

Ordonnances relatives aux honoraires et débours

(6) Le tribunal peut, relativement au paiement des honoraires et débours du séquestre nommé en vertu du paragraphe (1), rendre toute ordonnance qu'il estime indiquée, y compris une ordonnance portant que la réclamation de celui-ci à l'égard de ses honoraires et débours est garantie par une sûreté de premier rang sur tout ou partie des biens de la personne insolvable ou du failli, avec préséance sur les réclamations de tout créancier garanti; le tribunal ne peut toutefois déclarer que la réclamation du séquestre est ainsi garantie que s'il est convaincu que tous les créanciers garantis auxquels l'ordonnance pourrait sérieusement porter atteinte ont été avisés à cet égard suffisamment à l'avance et se sont vu accorder l'occasion de se faire entendre.

Sens de *débours*

(7) Pour l'application du paragraphe (6), ne sont pas comptés comme débours les paiements effectués dans le cadre des opérations propres aux affaires de la personne insolvable ou du failli.

1992, ch. 27, art. 89; 2005, ch. 47, art. 115; 2007, ch. 36, art. 58.

Préavis

244 (1) Le créancier garanti qui se propose de mettre à exécution une garantie portant sur la totalité ou la quasi-totalité du stock, des comptes recevables ou des autres biens d'une personne insolvable acquis ou utilisés dans le cadre des affaires de cette dernière doit lui en donner préavis en la forme et de la manière prescrites.

Délai

(2) Dans les cas où un préavis est requis aux termes du paragraphe (1), le créancier garanti ne peut, avant l'expiration d'un délai de dix jours suivant l'envoi du préavis, mettre à exécution la garantie visée par le préavis, à moins que la personne insolvable ne consente à une exécution à une date plus rapprochée.

No advance consent

(2.1) For the purposes of subsection (2), consent to earlier enforcement of a security may not be obtained by a secured creditor prior to the sending of the notice referred to in subsection (1).

Exception

(3) This section does not apply, or ceases to apply, in respect of a secured creditor

(a) whose right to realize or otherwise deal with his security is protected by subsection 69.1(5) or (6); or

(b) in respect of whom a stay under sections 69 to 69.2 has been lifted pursuant to section 69.4.

Idem

(4) This section does not apply where there is a receiver in respect of the insolvent person.

1992, c. 27, s. 89; 1994, c. 26, s. 9(E).

Receiver to give notice

245 (1) A receiver shall, as soon as possible and not later than ten days after becoming a receiver, by appointment or otherwise, in respect of property of an insolvent person or a bankrupt, send a notice of that fact, in the prescribed form and manner, to the Superintendent, accompanied by the prescribed fee, and

(a) in the case of a bankrupt, to the trustee; or

(b) in the case of an insolvent person, to the insolvent person and to all creditors of the insolvent person that the receiver, after making reasonable efforts, has ascertained.

Idem

(2) A receiver in respect of property of an insolvent person shall forthwith send notice of his becoming a receiver to any creditor whose name and address he ascertains after sending the notice referred to in subsection (1).

Names and addresses of creditors

(3) An insolvent person shall, forthwith after being notified that there is a receiver in respect of any of his property, provide the receiver with the names and addresses of all creditors.

1992, c. 27, s. 89.

Receiver's statement

246 (1) A receiver shall, forthwith after taking possession or control, whichever occurs first, of property of an

Préavis

(2.1) Pour l'application du paragraphe (2), le créancier garanti ne peut obtenir le consentement visé par le paragraphe avant l'envoi du préavis visé au paragraphe (1).

Non-application du présent article

(3) Le présent article ne s'applique pas, ou cesse de s'appliquer, au créancier garanti dont le droit de réaliser sa garantie ou d'effectuer toute autre opération, relativement à celle-ci est protégé aux termes du paragraphe 69.1(5) ou (6), ou à l'égard de qui a été levée, aux termes de l'article 69.4, la suspension prévue aux articles 69 à 69.2.

Idem

(4) Le présent article ne s'applique pas dans les cas où une personne agit, à titre de séquestre, à l'égard de la personne insolvable.

1992, ch. 27, art. 89; 1994, ch. 26, art. 9(A).

Avis du séquestre

245 (1) Le séquestre doit, dans les meilleurs délais et au plus tard dans les dix jours suivant la date où il devient, par nomination ou autrement, séquestre à l'égard de tout ou partie des biens d'une personne insolvable ou d'un failli, en donner avis, en la forme et de la manière prescrites, au surintendant — l'avis devant, dans ce cas, être accompagné des droits prescrits — et :

a) s'agissant d'un failli, au syndic;

b) s'agissant d'une personne insolvable, à celle-ci, à tous ceux de ses créanciers dont il a pu, en y allant de ses meilleurs efforts, dresser la liste.

Idem

(2) Le séquestre de tout ou partie des biens d'une personne insolvable est tenu de donner immédiatement avis de son entrée en fonctions à tout créancier dont il prend connaissance des nom et adresse après l'envoi de l'avis visé au paragraphe (1).

Nom et adresse des créanciers

(3) La personne insolvable doit, dès qu'elle est avisée de l'entrée en fonctions d'un séquestre à l'égard de tout ou partie de ses biens, fournir à celui-ci la liste des noms et adresses de tous ses créanciers.

1992, ch. 27, art. 89.

Déclaration

246 (1) Le séquestre doit, dès sa prise de possession ou, si elle survient plus tôt, sa prise de contrôle de tout ou

insolvent person or a bankrupt, prepare a statement containing the prescribed information relating to the receivership, and shall forthwith provide a copy thereof to the Superintendent and

- (a) to the insolvent person or the trustee (in the case of a bankrupt); and
- (b) to any creditor of the insolvent person or the bankrupt who requests a copy at any time up to six months after the end of the receivership.

Receiver's interim reports

(2) A receiver shall, in accordance with the General Rules, prepare further interim reports relating to the receivership, and shall provide copies thereof to the Superintendent and

- (a) to the insolvent person or the trustee (in the case of a bankrupt); and
- (b) to any creditor of the insolvent person or the bankrupt who requests a copy at any time up to six months after the end of the receivership.

Receiver's final report and statement of accounts

(3) A receiver shall, forthwith after completion of duties as receiver, prepare a final report and a statement of accounts, in the prescribed form and containing the prescribed information relating to the receivership, and shall forthwith provide a copy thereof to the Superintendent and

- (a) to the insolvent person or the trustee (in the case of a bankrupt); and
- (b) to any creditor of the insolvent person or the bankrupt who requests a copy at any time up to six months after the end of the receivership.

1992, c. 27, s. 89.

Intellectual property — sale or disposition

246.1 (1) If the insolvent person or the bankrupt is a party to an agreement that grants to another party a right to use intellectual property that is included in a sale or disposition by the receiver, that sale or disposition does not affect that other party's right to use the intellectual property — including the other party's right to enforce an exclusive use — during the term of the agreement, including any period for which the other party extends the agreement as of right, as long as the other party continues to perform its obligations under the agreement in relation to the use of the intellectual property.

partie des biens d'une personne insolvable ou d'un failli, établir une déclaration contenant les renseignements prescrits au sujet de l'exercice de ses attributions à l'égard de ces biens; il en transmet sans délai une copie au surintendant et :

- a) à la personne insolvable ou, en cas de faillite, au syndic;
- b) à tout créancier de la personne insolvable ou du failli qui en fait la demande au plus tard six mois après que le séquestre a complété l'exercice de ses attributions en l'espèce.

Rapports provisoires

(2) Le séquestre doit, conformément aux Règles générales, établir des rapports provisoires supplémentaires portant sur son mandat et en fournir un exemplaire au surintendant, à la personne insolvable ou, dans le cas d'un failli, au syndic et à tout créancier de la personne insolvable ou du failli qui en demande un exemplaire dans les six mois suivant la fin du mandat du séquestre.

Rapport définitif et état de comptes

(3) Dès qu'il cesse d'occuper ses fonctions, le séquestre établit, en la forme prescrite, un rapport définitif et un état de comptes contenant les renseignements prescrits relativement à l'exercice de ses attributions; il en transmet sans délai une copie au surintendant et :

- a) à la personne insolvable ou, en cas de faillite, au syndic;
- b) à tout créancier de la personne insolvable ou du failli qui en fait la demande au plus tard six mois après que le séquestre a complété l'exercice de ses attributions en l'espèce.

1992, ch. 27, art. 89.

Propriété intellectuelle — disposition

246.1 (1) Si la personne insolvable ou le failli est partie à un contrat qui autorise une autre partie à utiliser un droit de propriété intellectuelle qui est compris dans une disposition d'actifs par le séquestre, cette disposition n'empêche pas l'autre partie d'utiliser le droit en question ni d'en faire respecter l'utilisation exclusive, à condition que cette autre partie respecte ses obligations contractuelles à l'égard de l'utilisation de ce droit, et ce, pour la période prévue au contrat et pour toute prolongation de celle-ci dont elle se prévaut de plein droit.

Intellectual property — disclaimer or resiliation

(2) If the insolvent person or the bankrupt is a party to an agreement that grants to another party a right to use intellectual property, the disclaimer or resiliation of that agreement by the receiver does not affect that other party's right to use the intellectual property — including the other party's right to enforce an exclusive use — during the term of the agreement, including any period for which the other party extends the agreement as of right, as long as the other party continues to perform its obligations under the agreement in relation to the use of the intellectual property.

2018, c. 27, s. 268.

Good faith, etc.

247 A receiver shall

- (a)** act honestly and in good faith; and
- (b)** deal with the property of the insolvent person or the bankrupt in a commercially reasonable manner.

1992, c. 27, s. 89.

Powers of court

248 (1) Where the court, on the application of the Superintendent, the insolvent person, the trustee (in the case of a bankrupt), a receiver or a creditor, is satisfied that the secured creditor, the receiver or the insolvent person is failing or has failed to carry out any duty imposed by sections 244 to 247, the court may make an order, on such terms as it considers proper,

- (a)** directing the secured creditor, receiver or insolvent person, as the case may be, to carry out that duty, or
- (b)** restraining the secured creditor or receiver, as the case may be, from realizing or otherwise dealing with the property of the insolvent person or bankrupt until that duty has been carried out,

or both.

Idem

(2) On the application of the Superintendent, the insolvent person, the trustee (in the case of a bankrupt) or a creditor, made within six months after the statement of accounts was provided to the Superintendent pursuant to subsection 246(3), the court may order the receiver to submit the statement of accounts to the court for review, and the court may adjust, in such manner and to such extent as it considers proper, the fees and charges of the receiver as set out in the statement of accounts.

1992, c. 27, s. 89.

Propriété intellectuelle — résiliation

(2) Si la personne insolvable ou le failli est partie à un contrat qui autorise une autre partie à utiliser un droit de propriété intellectuelle, la résiliation de ce contrat par le séquestre n'empêche pas l'autre partie d'utiliser le droit en question ni d'en faire respecter l'utilisation exclusive, à condition que cette autre partie respecte ses obligations contractuelles à l'égard de l'utilisation de ce droit, et ce, pour la période prévue au contrat et pour toute prolongation de celle-ci dont elle se prévaut de plein droit.

2018, ch. 27, art. 268.

Obligation de diligence

247 Le séquestre doit gérer les biens de la personne insolvable ou du failli en toute honnêteté et de bonne foi, et selon des pratiques commerciales raisonnables.

1992, ch. 27, art. 89.

Pouvoirs du tribunal

248 (1) S'il est convaincu, à la suite d'une demande du surintendant, de la personne insolvable, du syndic — en cas de faillite —, du séquestre ou d'un créancier que le créancier garanti, le séquestre ou la personne insolvable ne se conforme pas ou ne s'est pas conformé à l'une ou l'autre des obligations que lui imposent les articles 244 à 247, le tribunal peut, aux conditions qu'il estime indiquées :

- a)** ordonner au créancier garanti, au séquestre ou à la personne insolvable de se conformer à ses obligations;
- b)** interdire au créancier garanti ou au séquestre de réaliser les biens de la personne insolvable ou du failli, ou de faire toutes autres opérations à leur égard, jusqu'à ce qu'il se soit conformé à ses obligations.

Idem

(2) Sur demande du surintendant, de la personne insolvable, du syndic — en cas de faillite — ou d'un créancier, présentée au plus tard six mois après la transmission au surintendant de l'état de comptes visé au paragraphe 246(3), le tribunal peut ordonner au séquestre de lui soumettre cet état de comptes pour examen; le tribunal peut, de la manière et dans la mesure qu'il estime indiquées, ajuster les honoraires et dépenses du séquestre qui y sont consignés.

1992, ch. 27, art. 89.

Receiver may apply to court for directions

249 A receiver may apply to the court for directions in relation to any provision of this Part, and the court shall give, in writing, such directions, if any, as it considers proper in the circumstances.

1992, c. 27, s. 89.

Right to apply to court

250 (1) An application may be made under section 248 or 249 notwithstanding any order of a court as defined in subsection 243(1).

Where inconsistency

(2) Where there is any inconsistency between an order made under section 248, or a direction given under section 249, and

(a) the security agreement or court order under which the receiver acts or was appointed, or

(b) any other order of the court that appointed the receiver,

the order made under section 248 or the direction given under section 249, as the case may be, prevails to the extent of the inconsistency.

1992, c. 27, s. 89.

Protection of receivers

251 No action lies against a receiver for loss or damage arising from the sending or providing by the receiver of a notice pursuant to section 245 or a statement or report pursuant to section 246, if done in good faith in compliance or intended compliance with those sections.

1992, c. 27, s. 89; 1997, c. 12, s. 117(F).

Defence available

252 In any proceeding where it is alleged that a secured creditor or a receiver contravened or failed to comply with any provision of this Part, it is a defence if the secured creditor or the receiver, as the case may be, shows that, at the time of the alleged contravention or failure to comply, he had reasonable grounds to believe that the debtor was not insolvent.

1992, c. 27, s. 89.

Instructions du tribunal

249 Le tribunal donne au séquestre qui lui en fait la demande les instructions écrites qu'il estime indiquées sur toute disposition de la présente partie.

1992, ch. 27, art. 89.

Ordonnance d'un autre tribunal

250 (1) Une demande peut être présentée aux termes des articles 248 ou 249 indépendamment de toute ordonnance qu'aurait pu rendre un tribunal au sens du paragraphe 243(1).

Incompatibilité

(2) Les dispositions d'une ordonnance rendue aux termes de l'article 248 ou d'une instruction donnée aux termes de l'article 249 l'emportent sur les dispositions incompatibles du contrat de garantie ou de l'ordonnance du tribunal portant nomination du séquestre, de même que sur les dispositions incompatibles de toute autre ordonnance rendue par le même tribunal.

1992, ch. 27, art. 89.

Protection du séquestre

251 Le séquestre est à l'abri de toute poursuite pour le préjudice ou les pertes résultant de l'envoi ou de la fourniture par lui de tout avis prévu à l'article 245 ou de toute déclaration ou tout rapport établis conformément à l'article 246, s'il a agi de bonne foi dans l'exercice effectif ou censé tel des pouvoirs et fonctions que lui confèrent ces articles.

1992, ch. 27, art. 89; 1997, ch. 12, art. 117(F).

Moyen de défense

252 Le créancier garanti ou le séquestre dont on allègue, dans le cadre d'une poursuite, qu'il a contrevenu à l'une ou l'autre des dispositions de la présente partie, peut opposer comme moyen de défense le fait — qu'il doit démontrer — que, au moment de la prétendue contravention, il avait des motifs raisonnables de croire que le débiteur n'était pas insolvable.

1992, ch. 27, art. 89.

PART XII

Securities Firm Bankruptcies

Interpretation

Definitions

253 In this Part,

customer includes

(a) a person with or for whom a securities firm deals as principal, or agent or mandatary, and who has a claim against the securities firm in respect of a security received, acquired or held by the securities firm in the ordinary course of business as a securities firm from or for a securities account of that person

(i) for safekeeping or deposit or in segregation,

(ii) with a view to sale,

(iii) to cover a completed sale,

(iv) pursuant to a purchase,

(v) to secure performance of an obligation of that person, or

(vi) for the purpose of effecting a transfer,

(b) a person who has a claim against the securities firm arising out of a sale or wrongful conversion by the securities firm of a security referred to in paragraph (a), and

(c) a person who has cash or other assets held in a securities account with the securities firm,

but does not include a person who has a claim against the securities firm for cash or securities that, by agreement or operation of law, is part of the capital of the securities firm or a claim that is subordinated to claims of creditors of the securities firm; (*client*)

customer compensation body means a prescribed body and includes, unless it is prescribed to be excluded from this definition, the Canadian Investor Protection Fund; (*organisme d'indemnisation des clients*)

customer name securities means securities that on the date of bankruptcy of a securities firm are held by or on behalf of the securities firm for the account of a customer and are registered or recorded in the appropriate manner

PARTIE XII

Faillite des courtiers en valeurs mobilières

Définitions

Définitions

253 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

capitaux nets En ce qui concerne les comptes de titres d'un client, maintenus à un même titre, le montant des capitaux nets correspond à la valeur nette en dollars des comptes que le courtier en valeurs mobilières devrait au client après liquidation, par vente ou par achat, au moment de la clôture de ses opérations à la date de la faillite, des postes de valeurs mobilières de tous les comptes, à l'exception des valeurs mobilières immatriculées que le client revendique, y compris tout montant relatif aux opérations sur des titres qui n'étaient pas réglées à la date de la faillite, mais qui l'ont été par la suite. Ce montant doit toutefois être réduit du montant qui serait dû par le client au courtier à la date de la faillite, y compris tout montant relatif aux opérations sur des titres qui n'étaient pas réglées à la date de la faillite, mais qui l'ont été par la suite, et du montant des paiements faits, après la date de la faillite, avec l'autorisation du syndic relativement aux dettes du failli. (*net equity*)

client S'entend également :

a) de la personne avec laquelle ou pour laquelle un courtier en valeurs mobilières traite en qualité de mandant ou de mandataire, et qui a une réclamation contre le courtier à l'égard de titres que, dans le cadre normal de ses activités, celui-ci a reçus ou acquis de cette personne ou détient pour le compte de cette dernière :

(i) pour dépôt ou mise à part,

(ii) en vue d'une vente,

(iii) en contrepartie d'une vente réalisée,

(iv) par suite d'un achat,

(v) en vue de garantir l'exécution d'une obligation assumée par cette personne,

(vi) en vue d'effectuer un transfert;

b) de la personne qui a, contre un courtier en valeurs mobilières, une réclamation par suite de la vente ou de

in the name of the customer or are in the process of being so registered or recorded, but does not include securities registered or recorded in the appropriate manner in the name of the customer that, by endorsement or otherwise, are negotiable by the securities firm; (*valeur mobilière immatriculée*)

deferred customer means a customer whose misconduct, either in the customer's capacity as a customer or otherwise, caused or materially contributed to the insolvency of a securities firm; (*client responsable*)

eligible financial contract [Repealed, 2007, c. 29, s. 101]

hold, in relation to a security, includes holding it in electronic form; (*détenir*)

net equity means, with respect to the securities account or accounts of a customer, maintained in one capacity, the net dollar value of the account or accounts, equal to the amount that would be owed by a securities firm to the customer as a result of the liquidation by sale or purchase at the close of business of the securities firm on the date of bankruptcy of the securities firm, of all security positions of the customer in each securities account, other than customer name securities reclaimed by the customer, including any amount in respect of a securities transaction not settled on the date of bankruptcy but settled thereafter, less any indebtedness of the customer to the securities firm on the date of bankruptcy including any amount owing in respect of a securities transaction not settled on the date of bankruptcy but settled thereafter, plus any payment of indebtedness made with the consent of the trustee after the date of bankruptcy; (*capitaux nets*)

open contractual commitment means an enforceable contract of a securities firm to purchase or sell a security that was not completed by payment and delivery on the date of bankruptcy; (*contrat en cours*)

securities firm means a person who carries on the business of buying and selling securities from, to or for a customer, whether or not as a member of an exchange, as principal, or agent or mandatary, and includes any person required to be registered to enter into securities transactions with the public, but does not include a corporate entity that is not a corporation within the meaning of section 2; (*courtier en valeurs mobilières*)

security means any document, instrument or written or electronic record that is commonly known as a security, and includes, without limiting the generality of the foregoing,

la conversion faite sans droit par celui-ci d'un titre visé à l'alinéa a);

c) de la personne pour qui un courtier en valeurs mobilières détient de l'argent ou d'autres avoirs.

N'est pas visée à la présente définition la personne qui a, contre un courtier en valeurs mobilières, une réclamation pour des sommes d'argent ou des titres qui, en raison d'une convention ou par l'effet d'une règle de droit, font partie du capital du courtier ou une réclamation qui est subordonnée aux réclamations des créanciers de celui-ci. (*customer*)

client responsable Client qui, en cette qualité ou autrement, du fait de sa conduite, a provoqué l'insolvabilité du courtier en valeurs mobilières ou y a largement contribué. (*deferred customer*)

contrat en cours Tout contrat exécutoire conclu par un courtier en valeurs mobilières en vue de l'achat ou de la vente de titres et non exécuté par livraison ou paiement à la date de la faillite. (*open contractual commitment*)

contrat financier admissible [Abrogée, 2007, ch. 29, art. 101]

courtier en valeurs mobilières Toute personne, membre ou non d'une bourse de valeurs, qui achète des titres à un client ou pour celui-ci ou vend des titres à un client ou pour celui-ci, pour son compte ou en qualité de mandataire, et notamment celle qui a l'obligation de s'inscrire pour avoir le droit de conclure avec le public des opérations sur les titres, à l'exception des personnes qui sont exclues de la définition de « personne morale » à l'article 2. (*securities firm*)

détenir S'agissant de valeurs mobilières, est visée l'action de détenir sous forme électronique. (*hold*)

organisme d'indemnisation des clients Toute entité prescrite et, sauf exclusion par les Règles générales, le Fonds canadien de protection des épargnants. (*customer compensation body*)

valeur mobilière ou **titre** Vise les documents — écrits ou sur support électronique — reconnus comme tels, et notamment :

a) ceux attestant l'existence d'actions, de droits de participation ou d'autres droits ou intérêts dans des biens ou dans une entreprise, y compris les actions, actions de participation et parts ou actions de fonds commun de placement;

(a) a document, instrument or written or electronic record evidencing a share, participation right or other right or interest in property or in an enterprise, including an equity share or stock, or a mutual fund share or unit,

(b) a document, instrument or written or electronic record evidencing indebtedness, including a note, bond, debenture, mortgage, hypothec, certificate of deposit, commercial paper or mortgage-backed instrument,

(c) a document, instrument or written or electronic record evidencing a right or interest in respect of an option, warrant or subscription, or under a commodity future, financial future, or exchange or other forward contract, or other derivative instrument, including an eligible financial contract, and

(d) such other document, instrument or written or electronic record as is prescribed. (*valeur mobilière* ou *titre*)

1997, c. 12, s. 118; 2004, c. 25, s. 97(E); 2005, c. 47, s. 117; 2007, c. 29, s. 101.

General

Application of other provisions

254 (1) All of the provisions of this Act apply, with such modifications as the circumstances require, in respect of claims by customers for securities and customer name securities as if customers were creditors in respect of such claims.

Application of transaction provisions

(2) Sections 95 to 101 apply, with such modifications as the circumstances require, in respect of transactions of a customer with or through a securities firm relating to securities.

Non-application

(3) This Part does not apply to proceedings under Part III.

Termination, netting or setting off or compensation

(4) Nothing in this Part affects the rights of a party to a contract, including an eligible financial contract, with respect to termination, netting or setting off or compensation.

b) ceux attestant l'existence de dettes, y compris les billets, obligations, débentures, hypothèques, certificats de dépôt, effets de commerce et titres hypothécaires;

c) ceux attestant l'existence d'un droit ou d'un intérêt à l'égard d'options, de bons ou de souscriptions, ou au titre de contrats de marchandises, de contrats à terme de titres financiers ou de contrats d'échange ou d'autres contrats à terme, ou au titre d'autres instruments dérivés, y compris les contrats financiers admissibles;

d) les documents prescrits. (*security*)

valeur mobilière immatriculée Valeur mobilière immatriculée au nom d'un client, qui, à la date de la faillite, est détenue par un courtier en valeurs mobilières ou en son nom pour le compte d'un client et a été régulièrement inscrite au nom de celui-ci ou est en train de l'être, à l'exception de toute valeur mobilière ainsi inscrite au nom du client qui est négociable par le courtier, notamment par endossement. (*customer name securities*)

1997, ch. 12, art. 118; 2004, ch. 25, art. 97(A); 2005, ch. 47, art. 117; 2007, ch. 29, art. 101.

Dispositions générales

Autres dispositions applicables

254 (1) Les dispositions de la présente loi s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, aux réclamations des clients visant des valeurs mobilières et des valeurs mobilières immatriculées comme si les clients étaient des créanciers.

Application d'autres dispositions aux opérations

(2) Les articles 95 à 101 s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, aux opérations sur des titres qu'un client a conclues avec un courtier en valeurs mobilières ou par l'intermédiaire de celui-ci.

Non-application

(3) La présente partie ne s'applique pas aux procédures intentées sous le régime de la partie III.

Résiliation ou compensation

(4) La présente partie ne porte pas atteinte aux droits d'une partie à un contrat, notamment un contrat financier admissible, en ce qui touche la résiliation ou la compensation.

Secured creditors

(5) The operation of this Part is subject to the rights of secured creditors.

1997, c. 12, s. 118; 2004, c. 25, s. 98(E); 2007, c. 29, s. 102; 2017, c. 26, s. 10.

Conflicts

255 All the provisions of this Act, in so far as they are applicable, apply in respect of bankruptcies under this Part, but if a conflict arises between the application of the provisions of this Part and the other provisions of this Act, the provisions of this Part prevail.

1997, c. 12, s. 118.

Applications re securities firm

256 (1) In addition to any creditor who may file an application in accordance with sections 43 to 45, an application for a bankruptcy order against a securities firm may be filed by

(a) a securities commission established under an enactment of a province, if

(i) the securities firm has committed an act of bankruptcy referred to in section 42 or subsection (2) of this section within the six months before the filing of the application and while the securities firm was licensed or registered by the securities commission to carry on business in Canada, and

(ii) in the case in which the act of bankruptcy was that referred to in subsection (2), the suspension referred to in that subsection is in effect when the application is filed;

(b) a securities exchange recognized by a provincial securities commission, if

(i) the securities firm has committed an act of bankruptcy referred to in section 42 or subsection (2) of this section within the six months before the filing of the application and while the securities firm was a member of the securities exchange, and

(ii) in the case in which the act of bankruptcy was that referred to in subsection (2), the suspension referred to in that subsection is in effect when the application is filed;

(c) a customer compensation body, if

(i) the securities firm has committed an act of bankruptcy referred to in section 42 or subsection (2) of this section within the six months before the filing of the application and while the securities firm had customers whose securities accounts were

Créanciers garantis

(5) La présente partie ne porte pas atteinte aux droits des créanciers garantis.

1997, ch. 12, art. 118; 2004, ch. 25, art. 98(A); 2007, ch. 29, art. 102; 2017, ch. 26, art. 10.

Conflit

255 Dans la mesure où elles sont applicables, les dispositions de la présente loi régissent les faillites visées par la présente partie; toutefois, les dispositions de la présente partie l'emportent en cas de conflit.

1997, ch. 12, art. 118.

Requête en faillite — courtier en valeurs mobilières

256 (1) Une requête en faillite peut être déposée, au titre des articles 43 à 45, contre un courtier en valeurs mobilières par, outre un créancier :

a) une commission des valeurs mobilières constituée sous le régime de la législation provinciale si :

(i) le courtier a commis un acte de faillite aux termes du paragraphe (2) ou de l'article 42 dans les six mois précédant le dépôt de la requête, alors qu'il détenait un permis délivré par la commission ou était inscrit auprès de celle-ci en vue d'exercer des activités au Canada,

(ii) dans le cas d'un acte de faillite visé au paragraphe (2), la suspension mentionnée à ce paragraphe est en vigueur au moment du dépôt de la requête;

b) une bourse des valeurs mobilières reconnue par une telle commission si :

(i) le courtier a commis un acte de faillite aux termes du paragraphe (2) ou de l'article 42 dans les six mois précédant le dépôt de la requête alors qu'il était membre de cette bourse,

(ii) dans le cas d'un acte de faillite visé au paragraphe (2), la suspension mentionnée à ce paragraphe est en vigueur au moment du dépôt de la requête;

c) l'organisme d'indemnisation des clients en cause si :

(i) le courtier a commis un acte de faillite aux termes du paragraphe (2) ou de l'article 42 dans les six mois précédant le dépôt de la requête alors qu'il avait des clients dont tout ou partie des comptes de titres étaient protégés par l'organisme,

protected, in whole or in part, by the customer compensation body, and

(ii) in the case in which the act of bankruptcy was that referred to in subsection (2), the suspension referred to in that subsection is in effect when the application is filed; and

(d) a person who, in respect of property of a securities firm, is a receiver within the meaning of subsection 243(2), a receiver-manager, a liquidator or any other person with similar functions appointed under a federal or provincial enactment relating to securities that provides for the appointment of that other person, if the securities firm has committed an act of bankruptcy referred to in section 42 within the six months before the filing of the application.

Interpretation

(2) For the purposes of paragraphs (1)(a) to (c),

(a) the suspension by a securities commission referred to in paragraph (1)(a) of a securities firm's registration to trade in securities, or

(b) the suspension by a securities exchange referred to in paragraph (1)(b) of a securities firm's membership in that exchange

constitutes an act of bankruptcy if the suspension is due to the failure of the firm to meet capital adequacy requirements.

Service on securities commission

(3) If

(a) a securities exchange files an application under paragraph (1)(b), or

(b) a customer compensation body files an application under paragraph (1)(c),

a copy of the application must be served on the securities commission, if any, having jurisdiction in the locality of the securities firm where the application was filed, before

(c) any prescribed interval preceding the hearing of the application, or

(d) any shorter interval that may be fixed by the court and that precedes the hearing of the application.

1997, c. 12, s. 118; 2004, c. 25, s. 99; 2005, c. 47, s. 118.

Statement of customer account

257 The trustee of the estate of a securities firm shall send to customers a statement of customer accounts with

(ii) dans le cas d'un acte de faillite visé au paragraphe (2), la suspension mentionnée à ce paragraphe est en vigueur au moment du dépôt de la requête;

d) une personne qui, à l'égard des biens du courtier, est un séquestre au sens du paragraphe 243(2), séquestre-gérant ou liquidateur ou une personne exerçant des fonctions semblables qui est nommée sous le régime de la législation fédérale ou provinciale en matière de valeurs mobilières, si le courtier a commis un acte de faillite aux termes de l'article 42 dans les six mois précédant le dépôt de la requête.

Suspension du courtier en valeurs mobilières

(2) Pour l'application des alinéas (1)a) à c), constitue un acte de faillite la suspension soit de l'inscription du courtier en valeurs mobilières par la commission des valeurs mobilières visée à l'alinéa (1)a), soit de la suspension de la qualité de membre du courtier en valeurs mobilières par la bourse des valeurs mobilières visée à l'alinéa (1)b) si la suspension découle de son défaut de satisfaire aux exigences en matière de suffisance de capital.

Signification à la commission des valeurs mobilières

(3) Copie de la requête déposée au titre des alinéas (1)b) ou c) doit être signifiée à la commission des valeurs mobilières compétente dans la localité où elle a été déposée, et ce avant l'expiration de la période prescrite précédant l'audition de la requête ou de la période plus courte que le tribunal peut fixer.

1997, ch. 12, art. 118; 2004, ch. 25, art. 99; 2005, ch. 47, art. 118.

Envoi d'un relevé

257 Le syndic de l'actif d'un courtier en valeurs mobilières envoie aux clients de celui-ci un relevé de leurs

the firm together with the notice under subsection 102(1).

1997, c. 12, s. 118.

Deferred customers

258 (1) Where the trustee is of the opinion that a customer should be treated as a deferred customer, the trustee shall apply to the court for a ruling on the matter and shall send the customer a copy of the application, together with a statement of the reasons why the customer should be so treated, and the court may, on such notice as it considers appropriate, make such order as it considers appropriate in the circumstances.

Application by customer compensation body

(2) Where securities accounts of customers are protected by a customer compensation body, the customer compensation body may apply to the court for a ruling as to whether a customer should be treated as a deferred customer and, in the case of such an application,

(a) the customer compensation body shall send the customer a copy of the application together with a statement setting out the reasons why the customer should be so treated; and

(b) the court may, on such notice as it considers appropriate, make such order as it considers appropriate in the circumstances.

1997, c. 12, s. 118.

Trustee powers

259 The trustee may, in respect of a bankruptcy under this Part, without the permission of inspectors until inspectors are appointed and thereafter with the permission of inspectors,

(a) exercise a power of attorney in respect of and transfer any security vested in the trustee;

(b) sell securities, other than customer name securities;

(c) purchase securities;

(d) discharge any security on securities vested in the trustee;

(e) complete open contractual commitments;

(f) maintain customers' securities accounts and meet margin calls;

(g) distribute cash and securities to customers;

comptes de titres et une copie de l'avis de faillite visé au paragraphe 102(1).

1997, ch. 12, art. 118.

Clients responsables

258 (1) Si le syndic est d'avis qu'un client devrait être traité comme un client responsable, il peut demander au tribunal de rendre une ordonnance sur ce point, auquel cas il transmet au client copie de la demande, avec les motifs pour lesquels il devrait être ainsi traité. Le tribunal peut, sur préavis qu'il estime indiqué, rendre l'ordonnance qu'il estime indiquée dans les circonstances.

Organisme d'indemnisation des clients

(2) La demande peut également être présentée par l'organisme d'indemnisation des clients qui protège les comptes de titres des clients en cause. Le cas échéant, l'organisme transmet copie de la demande au client concerné, avec les motifs pour lesquels il devrait être traité comme un client responsable, et le tribunal peut, sur préavis qu'il estime indiqué, rendre l'ordonnance qu'il estime indiquée dans les circonstances.

1997, ch. 12, art. 118.

Pouvoirs du syndic

259 Dans le cadre d'une faillite visée à la présente partie, le syndic peut, sans la permission des inspecteurs et tant qu'il n'en a pas été nommé et, par la suite, avec leur permission :

a) agir comme fondé de pouvoir à l'égard des titres qui lui sont dévolus et les transférer;

b) vendre des valeurs mobilières, à l'exception des valeurs mobilières immatriculées;

c) acheter des valeurs mobilières;

d) obtenir mainlevée d'une garantie afférente à des titres qui lui sont dévolus;

e) exécuter un contrat en cours;

f) tenir les comptes de titres des clients et satisfaire aux appels de marge;

g) distribuer des sommes d'argent et des titres aux clients;

(h) transfer securities accounts to another securities firm, to the extent practicable, comply with customer requests regarding the disposal of open contractual commitments and the transfer of open contractual commitments to another securities firm, and enter into agreements to indemnify the other securities firm against shortages of cash or securities in transferred accounts;

(i) liquidate any securities account without notice; and

(j) sell, without tender, assets of the securities firm essential to the carrying on of its business.

1997, c. 12, s. 118; 2004, c. 25, s. 100; 2015, c. 3, s. 10(F).

Determination of customer name securities

260 The trustee shall

(a) determine which of the securities in customers' securities accounts are to be dealt with as customer name securities and those that are not to be dealt with as such; and

(b) advise customers with securities determined to be customer name securities of the determination as soon as possible thereafter.

1997, c. 12, s. 118.

Distribution of Estate

Vesting of securities, etc., in trustee

261 (1) If a securities firm becomes bankrupt, the following securities and cash vest in the trustee:

(a) securities owned by the securities firm;

(b) securities and cash held by any person for the account of the securities firm; and

(c) securities and cash held by the securities firm for the account of a customer, other than customer name securities.

Establishment of a customer pool fund and a general fund

(2) Where a securities firm becomes bankrupt and property vests in a trustee under subsection (1) or under other provisions of this Act, the trustee shall establish

(a) a fund, in this Part called the "customer pool fund", including therein

(i) securities, including those obtained after the date of the bankruptcy, but excluding customer

h) transférer des comptes de titres à un courtier en valeurs mobilières et, dans la mesure du possible, satisfaire aux demandes des clients relatives aux contrats en cours et à leur transfert à ce courtier, et conclure des arrangements sur l'indemnisation de celui-ci en cas de découvert de trésorerie ou à l'égard des valeurs mobilières des comptes transférés;

i) liquider des comptes de titres sans préavis;

j) vendre, sans soumission, des avoirs essentiels aux activités du courtier en valeurs mobilières.

1997, ch. 12, art. 118; 2004, ch. 25, art. 100; 2015, ch. 3, art. 10(F).

Décision du syndic

260 Le syndic :

a) détermine quelles sont les valeurs mobilières des comptes de titres qui seront traitées comme des valeurs mobilières immatriculées;

b) avise les clients en cause de sa décision dans les meilleurs délais.

1997, ch. 12, art. 118.

Distribution de l'actif

Dévolution au syndic des valeurs mobilières

261 (1) En cas de faillite d'un courtier en valeurs mobilières, sont dévolues au syndic :

a) les valeurs mobilières appartenant au courtier;

b) les valeurs mobilières et les sommes d'argent détenues par toute personne pour le compte du courtier;

c) les valeurs mobilières et les sommes d'argent détenues par le courtier pour le compte d'un client, à l'exception des valeurs mobilières immatriculées.

Constitution de fonds

(2) En cas de faillite d'un courtier en valeurs mobilières et de dévolution au syndic de biens au titre du paragraphe (1) ou de toute autre disposition de la présente loi, ce dernier constitue :

a) un fonds — le fonds des clients — qui est composé :

(i) des valeurs mobilières — y compris celles obtenues après la date de la faillite, mais à l'exception