

**ONTARIO  
SUPERIOR COURT OF JUSTICE  
COMMERCIAL LIST**

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

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

**BOOK OF AUTHORITIES OF THE MOVING PARTIES,  
U.S. CLASS COUNSEL**

**(Motion and Cross-Motion returnable February 9, 2022)**

February 4, 2022

**Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP**  
155 Wellington Street West, 35th Floor  
Toronto ON M5V 3H1  
Tel: 416.646.4300

**Ken Rosenberg** (LSO# 21102H)  
Tel: 416.646.4304  
Email: ken.rosenberg@paliareolrand.com

**Jeffrey Larry** (LSO# 44608D)  
Tel: 416.646.4330  
Email: jeff.larry@paliareroland.com

**Danielle Glatt** (LSO# 65517N)  
Tel: 416.646.7440  
Email: danielle.glatt@paliareroland.com

Counsel to US counsel for Fira Donin and Inna Golovan, in their capacity as proposed class representatives in *Donin et al. v. Just Energy Group Inc. et al.*

Counsel to US Counsel for Trevor Jordet, in his capacity as proposed class representative in *Jordet v. Just Energy Solutions Inc.*

TO: THE SERVICE LIST

**ONTARIO  
SUPERIOR COURT OF JUSTICE  
COMMERCIAL LIST**

B E T W E E N:

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

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

**I N D E X**

**TAB**

1. *Just Energy et al. v. Electric Reliability Council of Texas Inc. and the Public Utility Commissions of Texas, Inc.*, Chapter 15 Complaint of the Plaintiff in

**TAB**

- the United States Bankruptcy Court for the Southern District of Texas, Houston Division, Case No. 21-30823 (MI)
2. *Mecachrome Canada Inc., Re*, 2009 CarswellQue 9963 (S.C.)
  3. *Calpine Canada Energy Ltd., Re*, 2007 CarswellAlta 156 (Q.B.)
  4. *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60
  5. *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6
  6. *In re Vitro, S.A.B. de C.V.*, 473 B.R. 117 (2012)
  7. *In re Toft*, 453 B.R. 186 (2011)
  8. *In re Ephedra Prods. Liability Litig.*, 349 B.R. 333 (2006)
  9. *In re Adelphia Communications Corp.*, 359 B.R. 54 (2006)
  10. *Essar Steel Algoma (Re)*, Order of Justice Newbould (Grievance Claims Procedure) dated March 14, 2016
  11. *Essar Steel Algoma Inc. (Re)*, 2016 ONSC 1802 (Commercial List) ref'g leave to appeal 2016 ONCA 274
  12. *Essar Steel Algoma Inc. (Re)*, Order of Justice Newbould dated September 26, 2016
  13. *Ernst & Young Inc. v. Essar Global Fund Ltd et al*, 2017 ONSC 1366 (Commercial List), aff'd 2017 ONCA 1014
  14. *Covia Canada Partnership Corp. v. PWA Corp.*, 1993 CanLII 9429 (ON SC), aff'd 1993 CanLII 815 (ON CA)
  15. *Sino-Forest Corp., Re* (30 July 2012), Toronto, CV-12-9667-00CL (Ont. S.C.J.) (Document Production Order)
  16. *Collins & Aikman Automotive Canada Inc., Re* (20 February 2008), Toronto, 07-CL7105 (Ont. S.C.J.) (Document Production Order)
  17. *Poseidon Concepts Corp., Re* (31 May 2013), Calgary, 1301-04364 (ABQB) (Access Order)
  18. *Rothmans, Benson & Hedges Inc. (Re)*, Order of Justice McEwen (Second Amended and Restated Initial Order) dated April 25, 2019
  19. *Rothmans, Benson & Hedges Inc. (Re)*, Endorsement of Justice McEwen (Court-Appointed Mediator Communication and Confidentiality Protocol) dated May 24, 2019
  20. *AbitibiBowater inc. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 5482 (CanLII)
  21. *Just Energy*, Final Order of Justice Hainey, dated September 2, 2022, BoA Tab 25 (s. 192 CBCA proceedings)



**TAB**

23. *Rothmans, Benson & Hedges Inc. (Re)*, Endorsement of Justice McEwen (Court-Appointed Mediator Communication and Confidentiality Protocol) dated May 24, 2019

---

24. *AbitibiBowater inc. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 5482 (CanLII)

---

25. *Just Energy*, Final Order of Justice Hailey, dated September 2, 2022, BoA Tab 25 (s. 192 CBCA proceedings)

# TAB 1

**IN THE UNITED STATES BANKRUPTCY COURT  
FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF TEXAS  
HOUSTON DIVISION**

<p>In re:</p> <p style="text-align: center;">JUST ENERGY GROUP INC., <u>et al.</u>,</p> <p style="text-align: center;">Debtors in a Foreign Proceeding.<sup>1</sup></p>
<p>JUST ENERGY TEXAS LP, FULCRUM RETAIL ENERGY LLC, HUDSON ENERGY SERVICES LLC, and JUST ENERGY GROUP, INC.,</p> <p style="text-align: center;">Plaintiffs,</p> <p style="text-align: center;">v.</p> <p>ELECTRIC RELIABILITY COUNCIL OF TEXAS, INC. and the PUBLIC UTILITY COMMISSION OF TEXAS, INC.,</p> <p style="text-align: center;">Defendants.</p>

Chapter 15  
Case No. 21-30823 (MI)

Adv. Pro. \_\_\_\_\_

**COMPLAINT**

Plaintiffs are Just Energy Texas LP, Fulcrum Retail Energy, LLC, Hudson Energy Services LLC (“**Hudson**”), and the foreign representative in the above-captioned chapter 15 cases (the “**Chapter 15 Cases**”), Just Energy Group, Inc. (collectively, “**Plaintiffs**” or “**Just Energy**,” and, with their affiliated debtors in the Chapter 15 Cases, the “**Company**” or the “**Debtors**”). The Debtors are the subject of proceedings (the “**Canadian Proceedings**”) under the Companies’ Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36 (as amended, the “**CCAA**”) in the Ontario Superior Court of Justice, Commercial List (the “**Canadian Court**”). Plaintiffs bring this action by and through the foreign representative against Defendants Electric Reliability Council of Texas, Inc. (“**ERCOT**”) and the Public Utility Commission of Texas (the “**PUCT**,” and together with ERCOT, “**Defendants**”), and allege as follows:

<sup>1</sup> The identifying four digits of Just Energy Group Inc.’s local Canada tax identification number are 0469. A complete list of debtor entities in these chapter 15 cases may be obtained at [www.omniagentsolutions.com/justenergy](http://www.omniagentsolutions.com/justenergy).

## PRELIMINARY STATEMENT

1. In February 2021, Texas experienced a historically severe winter storm (“**Winter Storm Uri**”) that incapacitated most of its power-generating facilities. As demand for electricity outpaced supply, ERCOT—the private entity that manages Texas’s grid and wholesale electricity market—ordered deep cuts in electricity consumption in the form of forced outages. In industry parlance, ERCOT ordered “load” to be “shed” to reduce strain on the power grid. At the same time, ERCOT and its state regulator the PUCT also stunningly intervened in the market for wholesale electricity by setting prices *orders of magnitude* higher than what market forces ordinarily would produce.

2. On February 15 and February 16, with little discussion and without prior notice or any opportunity for public comment, the PUCT issued its key Orders Directing ERCOT To Take Action And Granting Exception To Commission Rules (the “**PUCT Orders**”) directing ERCOT to “ensure that firm load that is being shed in [Energy Emergency Alert (“**EEA**”) Level 3] is being accounted for in ERCOT’s scarcity pricing signals.” The PUCT did not tie the PUCT Orders to a fact-based analysis of the current market conditions or otherwise explain the reasoning behind its determination that energy prices should be set at the high-system-wide offer cap (the “**HCAP**”). Instead, it merely stated the economic truism that “[e]nergy prices should reflect scarcity of the supply” and opined without evidence that “[i]f customer load is being shed, scarcity is at its maximum, and the market price for the energy needed to serve that load should also be at its highest.” In reality, scarcity was at its maximum because the storm had forced power generators offline—not because they were waiting for a higher market price.

3. Nonetheless, following the PUCT’s directive, ERCOT manually adjusted one of the input values to the Real-Time On-Line Reliability Deployment Price Adder—part of ERCOT’s scarcity pricing mechanism—to impose a Real Time Settlement Point Price on February 15 at the HCAP of \$9,000 per megawatt hour (“**MWh**”) for more than eighty consecutive hours. ERCOT also improperly calculated charges associated with various grid functions that support the

continuous flow of electricity, including for reserves. The cost of these “ancillary services” as they are known in the power industry reached the unprecedented price of \$25,000/MWh during the storm.

4. The actions of the PUCT and ERCOT not only failed to solve the electricity shortage, but they also violated Texas law. Neither the PUCT nor ERCOT possesses the substantive authority to set prices in the wholesale electricity market in this manner; the PUCT did not follow the statutorily-prescribed rule-making procedures; and the PUCT’s actions were not supported by evidence as required by law. The PUCT violated the Texas Administrative Procedure Act (the “**APA**”) by setting prices without proper notice or making an evidentiary showing that the market’s scarcity pricing signals were not working and that the inflated prices would accomplish their apparent intended purpose of stimulating power generation. The PUCT also violated the Public Utility Regulatory Act (the “**PURA**”), which mandates that pricing must be the function of competitive forces—not regulatory fiat.

5. Similarly, ERCOT’s actions found no support under, and were inconsistent with its Standard Form Market Participant Agreement with each Plaintiff (collectively, the “**SFA**”), which incorporates by reference, and requires compliance with ERCOT’s nodal protocols (the “**ERCOT Protocols**”). At the time of the storm, the ERCOT Protocols did not include firm load shed among the considerations relevant to determining whether scarcity pricing would be appropriate. Yet, the PUCT and ERCOT impermissibly set the HCAP at \$9,000/MWh based on firm load shed; charged prices for ancillary services that exceeded the HCAP of \$9,000/MWh; and failed to allow prices to fall below \$9,000/MWh when firm load shed ended.

6. The economic consequences of the PUCT’s and ERCOT’s decisions were staggering. Over only seven days in February, due to the prices that ERCOT set, the state’s wholesale market consummated \$55 billion in transactions—a level of volume it ordinarily would

take the market four years to realize. The \$9,000/MWh price was over four hundred times the average MWh price for 2020 of \$22.00/MWh.<sup>2</sup>

7. What is more, ERCOT left that price in place for 32 hours after it had rescinded all load shed instructions early in the morning of February 18—even though during that period, the asserted justification for the price intervention no longer applied. After ordinary market forces were permitted to take over at 9:00 a.m. on February 19, the price per MWh dropped precipitously.

8. The PUCT's and ERCOT's decision making during the storm has been met with widespread criticism as economically unsound and legally invalid. On March 5, Potomac Economics, the PUCT's Independent Market Monitor ("**IMM**"), concluded that ERCOT's pricing intervention should have ended immediately at 12:00 a.m. on February 18 after load shed stopped and recommended that ERCOT correct real-time prices from that date and time until 9:00 a.m. on February 19. According to the IMM, the "mistake" of keeping the inflated prices in place resulted in billions of additional, improper costs to the ERCOT market. Then, on March 8, the Lieutenant Governor of Texas called on the PUCT and ERCOT to follow the IMM's recommendation, stating that correcting the "mistake will require an adjustment, but it is the right thing to do. It will ultimately benefit consumers and is one important step we can take now to begin to fix what went wrong with the storm." With respect to ancillary charges, Arthur D'Andrea, former Chair of the PUCT, remarked: "I haven't talked to anyone yet who thought [ancillary costs] could get above \$9,000. That was surprising—I think, shocking—to a lot of us." The IMM also has indicated ERCOT did not properly calculate ancillary charges. The imprudence of the regulators' decisions is confirmed by the wave of lawsuits that have been filed and by laws passed by the Texas legislature designed to remedy the consequences of those decisions and to reform the way the PUCT and ERCOT function going forward.

---

<sup>2</sup> U.S. Energy Information Administration, May 7, 2021 ("Average Texas electricity prices were higher in February 2021 due to severe weather storm") available at <https://www.eia.gov/todayinenergy/detail.php?id=47876>.

9. The regulatory missteps of the PUCT and ERCOT also severely harmed the Texas energy market’s participants—few more so than Just Energy. Just six months earlier, Just Energy had completed a successful balance-sheet restructuring. In February and March 2021, ERCOT flooded Just Energy with invoices that its recently de-levered balance sheet could not withstand. ERCOT’s invoices demanded approximately \$335 million for the week of February 13 through February 20. An implied threat accompanied ERCOT’s invoices: if Just Energy failed to satisfy them, ERCOT and the PUCT would shutter Just Energy’s business in Texas by exercising regulatory, contractual, and statutory remedies to transfer Just Energy’s customers in Texas to a Provider Of Last Resort (“**POLR**”) for no consideration.

10. In order to protect against a forced eviction from Texas’s retail electricity market, the loss of meaningful assets to a competitor, and the devastating impact on its creditors, employees, sureties, public shareholders, and customers, Just Energy had no choice but to pay the invoices under protest. Those payments followed exhaustive efforts to mitigate the consequences of Defendants’ actions, including submitting filings to ERCOT and the PUCT both individually and through the Texas Energy Association of Marketers; lobbying the Texas state legislature; commencing restructuring proceedings for the second time in six months, *i.e.*, the Canadian Proceedings and Chapter 15 Cases; obtaining approval from both the Canadian Court and this Court to enter into a \$125 million financing facility; and using the facility proceeds to pay ERCOT.<sup>3</sup>

11. Just Energy paid ERCOT with a full reservation of rights as recognized by this Court.<sup>4</sup> Regardless of whether ERCOT was paid the \$335 million it invoiced for the week of

---

<sup>3</sup> With respect to Plaintiff Hudson, ERCOT invoiced its qualified service entity (or “**QSE**”) BP Energy Company (“**BP**”). BP satisfied those invoices and seeks reimbursement from Hudson pursuant to the parties Independent Electricity System Operating Scheduling Agreement.

<sup>4</sup> See Order Granting Provisional Relief Pursuant To Section 1519 Of Bankruptcy Code [ECF No. 23] dated March 9, 2021 at p. 11 (“Additionally, the Court finds that any payments made to ERCOT are made subject to all of the Debtors’ rights to contest those payments, and all rights to receive a refund or credit as allowed by applicable law.”).

February 13 through February 20, ERCOT's "claim" has not been finalized, and certain of those transfers remain subject to challenge. Specifically, Plaintiffs challenge no less than \$274 million (hereinafter, the "**Transfers**") out of the \$335 million that ERCOT invoiced.

12. Just Energy is entitled to relief under the Bankruptcy Code because the Transfers are subject to (a) avoidance as unauthorized post-petition transfers (11 U.S.C. § 549); (b) turnover (11 U.S.C. § 542); (c) setoff (11 U.S.C. §§ 553 and/or 558); (d) disallowance (11 U.S.C. §§ 502(b), 502(d)); and (e) avoidance under Canadian law or any other applicable law. The Transfers should be recovered and distributed to Just Energy's creditors. The Bankruptcy Code provides remedies because this Court did not approve the Transfers, and they are subject to avoidance on that basis alone. Nor could this Court ever have approved the Transfers when the invoices are based on the PUCT Orders, which themselves are unlawful under the APA and the PURA, and otherwise are inconsistent with the ERCOT Protocols and the SFA. *Alternatively*, even if the PUCT Orders are valid, Just Energy still has valid claims under the Bankruptcy Code because ERCOT could not have applied the \$9,000/MWh price after 1:05 a.m. on February 18.

### **JURISDICTION AND VENUE**

13. This proceeding involves the Debtors' assets located in the United States. Section 1521(a)(4) of the Bankruptcy Code provides that the Court may entrust the foreign representative with the "administration and realization of all or part of the debtors' assets within the territorial jurisdiction of the United States." Section 1507(a) of the Bankruptcy Code says in part that "the court, if recognition is granted, may provide additional assistance to a foreign representative under this title or other laws of the United States." Section 1521(a)(7) of the Bankruptcy Code provides that the foreign representative may be granted "any additional relief that may be available to a trustee, except for relief available under sections 522, 544, 545, 547, 548, 550, and 724(a)." 11 U.S.C. § 1521(a)(7). The proceeding also involves causes of action to recover property that was transferred after the commencement of the case. Pursuant to section 1520(a)(2) of the Bankruptcy



Code, “[u]pon recognition of a foreign proceeding that is a foreign main proceeding ... section [549 applies] to a transfer of an interest of the debtor in property that is within the territorial jurisdiction of the United States ....”.

14. The prosecution of this lawsuit also comports squarely with the objectives of chapter 15 as outlined in the Bankruptcy Code, including the “fair and efficient administration of cross-border insolvencies that protects the interests of all creditors, and other interested entities, including the debtor” and the “protection and maximization of the value of the debtor’s assets.” 11 U.S.C. §§ 1501(a)(3), (a)(4).

15. While Just Energy paid ERCOT, it did so under protest. Regardless of whether ERCOT filed a formal proof of claim, in sum and substance, Just Energy’s payment under protest of amounts ERCOT invoiced and demanded leaves ERCOT with a contingent “claim” against Just Energy that has not been finalized and only will be liquidated after the Court determines the proper amounts in this proceeding.

16. Plaintiffs bring claims against the PUCT and ERCOT under sections 502(b), 502(d), 542(a), 549, 553 and/or 558 of the Bankruptcy Code as well as claims for avoidance under Canadian and any other applicable law. These causes of action are “core” pursuant to 28 U.S.C. § 157(b) and include, among other things, the “recognition of foreign proceedings and other matters under chapter 15 of title 11,” 28 U.S.C. § 157(b)(2)(P) and “requests for other relief covered under the provisions of chapter 15.”<sup>5</sup> They also are “core” because they involve “matters concerning the administration of the estate,” 28 U.S.C. § 157(b)(2)(A); the “allowance or disallowance of claims,” 28 U.S.C. § 157(b)(2)(B); “proceedings to determine, avoid, or recover fraudulent conveyances,” 28 U.S.C. § 157(b)(2)(H); “orders to turn over property of the estate,” 28 U.S.C. § 157(b)(2)(E); and “other proceedings affecting the liquidation of the assets of the

---

<sup>5</sup> In re British Am. Ins. Co. Ltd., 488 B.R. 205, 223 n.31 (Bankr. S.D. Fla. 2013).

estate or the adjustment of the debtor-creditor or equity security holder relationship,” 28 U.S.C. § 157(b)(2)(O).

17. At minimum, this Court has “related to” jurisdiction over this entire proceeding. Considering that proceeds realized from this action may fund distributions to creditors in the Canadian Proceedings, its outcome will have far more than just a conceivable effect on the foreign estate.

18. Pursuant to Federal Bankruptcy Rule 7008, Plaintiffs consent to the entry of final orders or judgment by the Court.

19. Venue is proper in this Court pursuant to 28 U.S.C. §§ 1408 and 1409.

### **PARTIES**

20. Plaintiff Just Energy Texas LP is a Texas limited partnership with its headquarters in Harris County, Texas. Plaintiff Fulcrum Retail Energy LLC is a Texas company with its headquarters in Harris County, Texas. Plaintiff Hudson is a New Jersey company with its headquarters in Harris County, Texas. Plaintiff Just Energy Group, Inc. is a Canadian company with its headquarters in Toronto, Canada that has been appointed the Debtors’ “foreign representative” as that term is defined under 101(24) of the Bankruptcy Code by both the Canadian Court and this Court.

21. Plaintiffs (along with the other Debtors) commenced the Chapter 15 Cases and the CCAA Proceedings in the Canadian Court on March 9, 2021. That same day, the Canadian Court appointed FTI Consulting Canada Inc. as Monitor. Under the CCAA, rights can be exercised for the benefit of creditors of the Debtors.

22. Defendant ERCOT is a membership-based § 501(c)(4) nonprofit corporation governed by its Board of Directors and subject to the oversight of the PUCT and the Texas Legislature. It is the independent system operator for all the transmission and generation facilities

in the ERCOT market, which is located entirely within Texas. It may be served with process at its principal place of business, 7620 Metro Center Drive, Austin, Texas 78744.

23. Defendant the PUCT is an agency of the State of Texas. The PUCT is a “State Commission” within the meaning provided in 47 U.S.C. §§ 153(41), 251 and 252. The PUCT may be served with citation by serving the PUCT General Counsel, at 1701 N. Congress Avenue, Austin, Texas 78711-3326.

## **FACTUAL ALLEGATIONS**

### **I. BACKGROUND**

#### **A. THE COMPANY**

24. The Company is a natural gas and electricity retailer currently operating in the United States and Canada. Its principal line of business consists of purchasing electricity and natural gas commodities from certain large energy suppliers and re-selling them to residential and commercial customers. The Company services more than 936,000 customers and provides employment to approximately 1,100 employees. Texas is the Company’s single largest market, representing 47% of its revenues in fiscal year 2020.

25. Retailers like Just Energy fulfill a vital role in the ERCOT ecosystem. Retail electricity providers purchase wholesale power from power-generating companies, trading companies, and wholesalers and re-sell that power to customers. Retailers generally purchase most of their power in large, wholesale blocks—well in advance. They then compete with other retailers to sell that power to consumers at a low cost, typically under fixed-price contracts. Customers in locations within Texas where there is robust price competition benefit from the role played by retailers like the Company in the market.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> See Peter R. Hartley, Kenneth B. Medlock III & Olivera Jankovska, Electricity Reform And Retail Pricing In Texas, Center for Energy Studies (June 2017), [https://www.bakerinstitute.org/media/files/files/55857030/ces-pub-txelectricity-060717\\_O6fiwZA.pdf](https://www.bakerinstitute.org/media/files/files/55857030/ces-pub-txelectricity-060717_O6fiwZA.pdf).

26. In September 2020, Just Energy completed a balance sheet recapitalization (the “**Recapitalization**”) in Canada. The Recapitalization was the culmination of a 15-month-long strategic review process and comprehensive plan to strengthen Just Energy’s business. The Recapitalization improved the Company’s overall capital structure by: (a) reducing its debt and obligations under preferred shares by approximately CAD \$780 million; (b) raising over CAD \$100 million of new equity; (c) reducing annual cash interest costs by approximately CAD \$45 million; and (d) extending debt maturity dates.

27. The Recapitalization was executed through a plan of arrangement under section 192 of the Canada Business Corporations Act, which was approved by the Canadian Court on September 3, 2020. The Recapitalization also was recognized by this Court by the Honorable David R. Jones in the chapter 15 case styled In re Just Energy Group Inc., Case No. 20-34442 (DRJ) (Bankr. S.D. Tex.) on September 10, 2020. Upon the consummation of the Recapitalization, the Company had CAD \$138 million of total available liquidity.

**B. THE PUCT, ERCOT, AND THE TEXAS ELECTRICITY MARKET**

28. The Texas Interconnection is one of the three main electricity grids in the United States that, for the most part, operates independently and with limited export and import capabilities. The PUCT and ERCOT are solely responsible for managing the Texas Interconnection and wholesale electricity transactions that occur within the grid.

29. ERCOT functions both as the technical operator for the Texas grid and a decision-making organization that creates rules for the wholesale electricity market. ERCOT is responsible for scheduling power for more than 26 million people on a grid that connects over 46,500 miles of transmission lines and more than 680 generation units, accounting for 84,500 megawatts of installed generation capacity.

30. Prices within the grid ordinarily are set by market forces. ERCOT manages the flow of electricity by continually ordering generators to ramp-up or ramp-down production to

constantly match the amount of power demanded by consumers and maintain overall grid stability and reliability. ERCOT also performs financial settlements for the competitive wholesale electricity market and enforces certain credit requirements.

31. ERCOT is subject to regulation by the PUCT, a state agency that regulates the state's electric, water, and telecommunication utilities, implements respective legislation, and offers customer assistance in resolving consumer complaints.

32. Each of the Plaintiffs (excluding the foreign representative) has a "Retail Electric Provider" certificate in Texas, is registered as a "Market Participant" in the ERCOT Market, and is party to a SFA with ERCOT. To participate in the ERCOT market, each Plaintiff must be a party to an SFA and comply with the ERCOT's Protocols.

33. If Plaintiffs are unable to pay ERCOT's invoices when due, ERCOT can suspend their market participation in as little as two days and transfer their customers to another energy provider, *i.e.*, a POLR. Failure to pay timely an ERCOT invoice also would give the PUCT grounds to initiate a proceeding to amend, suspend, or revoke Plaintiffs' Retail Electric Provider certificates.

### **C. WINTER STORM URI**

34. In February 2021, Winter Storm Uri brought extremely cold weather conditions to Texas. Customer demand for electricity surged on February 13 and 14, pushing Texas's power grid to a new winter peak demand record, topping 69,000 megawatts. This was more than 3,200 megawatts higher than the previous winter peak set in January 2018.

35. While demand soared, supply plummeted as power plants were forced offline by the storm's impact. As a result, demand threatened to exceed supply. In the early hours of February 15, ERCOT declared an EEA Level 1, urging consumers to conserve power. Within an hour, ERCOT elevated to an EEA Level 2, and only 13 minutes later, at 1:25 a.m., ERCOT

elevated to an EEA Level 3. With the grid stressed, ERCOT ordered forced outages to reduce strain.

**D. THE PUCT AND ERCOT RESPOND BY ARTIFICIALLY INFLATING PRICING**

36. The PUCT and ERCOT responded to the storm by intervening in the wholesale electricity market to impose draconian pricing on existing supply. The PUCT Orders were issued on February 15 and February 16 and resulted in electricity prices being raised to the regulatory maximum of \$9,000/MWh, a spike of as much as 30,000% above average market prices for that time of year.<sup>7</sup>

37. By regulation, ERCOT power prices were *capped* during the relevant period at the HCAP of \$9,000/MWh, but no regulation provides that the PUCT and ERCOT may *set* prices at this rate if ordinary market forces would produce a lower price. The amount is a cap—not a rate that can be set artificially.<sup>8</sup> The PUCT directed ERCOT to apply the system-wide offer cap of \$9,000/MWh to *set* prices while firm load was being shed in an EEA3 load shed event.

38. Similarly, firm load shed was not a scarcity-pricing trigger at the time under ERCOT Protocol 6.5.3.7.1 that could be used to justify the decision to set the real-time market price at \$9,000/MWh. Notwithstanding, the PUCT Orders capriciously concluded “[i]f customer load is being shed, scarcity is at its maximum, and the market price for the energy needed to serve that load should also be at its highest,” prompting ERCOT to improperly set the price at the HCAP of \$9,000/MWh.

---

<sup>7</sup> Russell Gold & Katherine Blunt, Texas Grapples with Crushing Power Bills After Freeze, Wall St. J. (Feb. 23, 2021, 10:59 AM), <https://www.wsj.com/articles/texas-grapples-with-crushing-power-bills-after-freeze-11614095953>. Tim McGlaughlin, Texas Wholesale Electric Prices Spike More Than 10,000% Amid Outages, Reuters (Feb. 15, 2021, 9:17 AM), <https://www.reuters.com/article/us-electricity-texas-prices/texas-wholesale-electric-prices-spike-more-than-10000-amid-outages-idUSKBN2AF19A>.

<sup>8</sup> 16 T.A.C. §§ 25.505(g)(B)-(C).

39. Mandating the market pricing at these levels by order was unprecedented. For historical comparison, ERCOT real time prices averaged just \$22.00 per MWh for February 2020.<sup>9</sup> If any for-profit entity had increased prices on the scale of what ERCOT did during a declared state of emergency, it would be widely recognized as price gouging under the law. In point of fact, the Texas Attorney General sued another retailer, Griddy, for price gouging because Griddy passed through the \$9,000/MWh price to consumers.

40. The duration of the ERCOT-set price was equally unprecedented. In ERCOT's history, prices had never before remained at the cap for anything close to eighty hours. As depicted in the chart below, January 2018 was the first time in ERCOT history that prices ever even reached the \$9,000/MWh cap—for a total of only ten minutes.<sup>10</sup> In 2019, prices hit the cap, but only for a little more than two hours.<sup>11</sup>

41. Historically, prices only ever hit the cap for a fraction of the more than eighty hours that the \$9,000/MWh price was in place. As reflected in the chart below, in 2012, 2013, and 2014 (when the cap ranged from \$3,000/MWh at the beginning of 2012 to \$7,000/MWh at the end of 2014), prices were at the cap for less than two hours each year.<sup>12</sup>

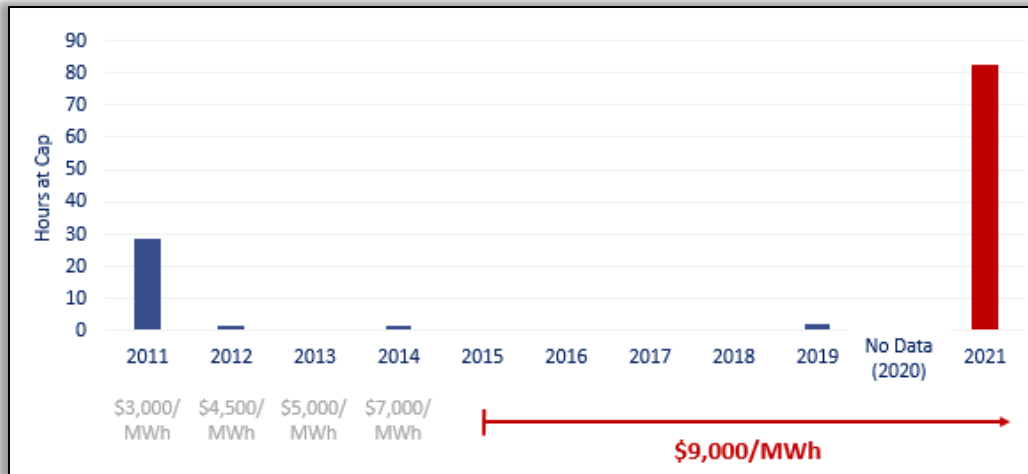
---

<sup>9</sup> U.S. Energy Information Administration, May 7, 2021 (“Average Texas electricity prices were higher in February 2021 due to severe weather storm”) (“Wholesale electricity prices in the Electric Reliability Council of Texas (ERCOT), Texas’s primary grid operator, averaged \$22 per megawatt-hour (MWh) in 2020”) available at <https://www.eia.gov/todayinenergy/detail.php?id=47876>.

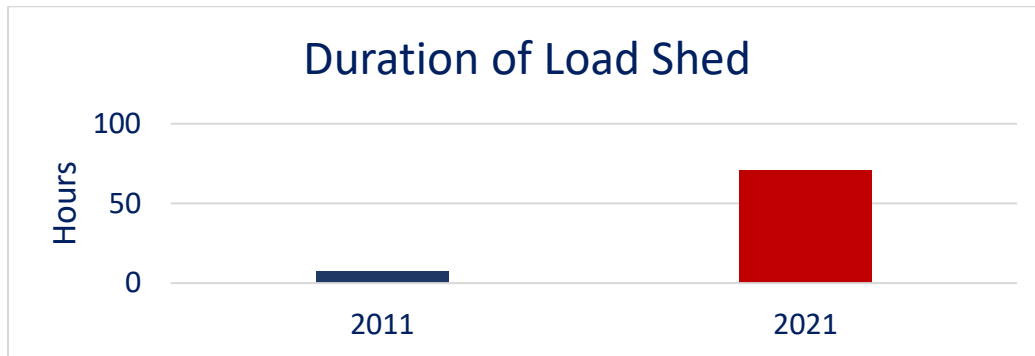
<sup>10</sup> Potomac Economics, Ltd., 2018 State of the Market Report for the ERCOT Electricity Markets 23 (June 2019), <https://www.potomaceconomics.com/wp-content/uploads/2019/06/2018-State-of-the-Market-Report.pdf>.

<sup>11</sup> Potomac Economics, Ltd., 2019 State of the Market Report for the ERCOT Electricity Markets 18 (May 2020), <https://www.potomaceconomics.com/wp-content/uploads/2020/06/2019-State-of-the-Market-Report.pdf>.

<sup>12</sup> Potomac Economics, Ltd., 2014 State of the Market Report for the ERCOT Wholesale Electricity Markets 16 (July 2015), <https://www.potomaceconomics.com/wp-content/uploads/2017/01/2014-ERCOT-State-of-the-Market-Report.pdf>.



42. Although the February 2021 winter storm has prompted comparisons to another winter storm that hit Texas ten years ago, in February 2011, the events of 2021 were different. The chart above illustrates that eighty hours were spent at the cap in February 2021 versus 28.44 hours in 2011.<sup>13</sup> And, the cap was only \$3,000/MWh at the time, a third of 2021. Critically, the 2011 prices were determined by the actual scarcity conditions in the market, rather than under orders issued by regulators, and as illustrated below, load shed lasted less than 8 hours—versus nearly 80 hours in 2021.



<sup>13</sup> ERCOT News Release November 20, 2021 (“Winter power plant assessment under way, CREZ development on track for 2013 completion) available at <http://www.ercot.com/news/releases/show/26348>.



**E. FEBRUARY 18: LOAD SHEDDING STOPS, BUT \$9,000/MWH PRICE CONTINUES**

43. Temperatures warmed on February 17. With that development, ERCOT was able to stop shedding load just after midnight on February 18—a fact about which market participants were notified. No load shed directive under ERCOT Protocol 6.5.8.4.2(3) was in place after 1:05 a.m. on February 18. After lifting load shed instructions, the ERCOT grid had ample resources online, and there was no justification for continuing to impose an artificial price of \$9,000/MWh through administrative adjustments to the Real Time-Reliability Deployment Price Adder.<sup>14</sup>

44. Despite a sufficient level of reserves, ERCOT failed to simultaneously return to the pricing mechanisms prescribed by the PUCT’s Orders and the ERCOT Protocols. Instead, it left the \$9,000/MWh scarcity price in place for an additional 32 hours.<sup>15</sup> When ERCOT finally allowed normal supply and demand forces to set the price of power on February 19, the trading price plummeted within one hour from \$9,000/MWh to \$27/MWh, later falling to less than \$5/MWh.<sup>16</sup>

45. On February 21, the PUCT issued an “Order Directing ERCOT to Take Action and Granting Exception to ERCOT Protocols” (the “**February 21 Order**”). The February 21 Order, among other things, authorized ERCOT to “[d]eviate from protocol deadlines and timing related to settlements, collateral obligations, and invoice payments.” That same day, ERCOT issued a

---

<sup>14</sup> ERCOT Market Notice M-C021521-03 Legal (Feb. 17, 2021) (“Once ERCOT is no longer instructing firm Load shed, the adjustment will be set to 0, as it would be in the previous implementation.”), [http://www.ercot.com/services/comm/mkt\\_notices/archives/5224](http://www.ercot.com/services/comm/mkt_notices/archives/5224).

<sup>15</sup> Posting of ERCOT, to Legal Notifications (Feb. 16, 2021, 6:04 PM), [http://www.ercot.com/services/comm/mkt\\_notices/archives/5221](http://www.ercot.com/services/comm/mkt_notices/archives/5221); Posting of ERCOT, to Legal Notifications; Operations (Feb. 19, 2021, 9:27 AM), [http://www.ercot.com/services/comm/mkt\\_notices/archives/5228](http://www.ercot.com/services/comm/mkt_notices/archives/5228); Letter from Carrie Bivens, Vice President, ERCOT Indep. Mkt. Monitor Dir., Potomac Econs., Ltd. to Chairman Arthur C. D’Andrea & Commissioner Shelly Botkin, Pub. Util. Comm’n of Texas, at 1 (Mar. 4, 2021) [hereinafter IMM Letter], [https://interchange.puc.texas.gov/Documents/51812\\_61\\_1114183.PDF](https://interchange.puc.texas.gov/Documents/51812_61_1114183.PDF).

<sup>16</sup> Mark Watson, ERCOT Prices Plunge, but 34 GW Remain Offline, 166,000 Are Still Without Power, S&P Glob. (Feb. 19, 2021, 10:46 PM), <https://www.spglobal.com/platts/en/market-insights/latest-news/electric-power/021921-ercot-prices-plunge-but-34-gw-remain-offline-166000-are-still-without-power>.

notice stating: “ERCOT is temporarily deviating from Protocol deadlines and timing related to settlements, collateral obligations, and invoice payments while prices are under review.”<sup>17</sup> But, the next day, without explanation, ERCOT issued a second notice saying “ERCOT has ended its temporary deviation from protocol deadlines and timing related to settlements, collateral obligations, and invoice payments. Invoices and settlement will be executed in accordance with Protocol language.”<sup>18</sup>

**F. ERCOT INCORRECTLY CALCULATED ANCILLARY CHARGES**

46. Just Energy has hedges in place to cover its ancillary services costs based on its normal share of electricity load in ERCOT. But during the weather event, Just Energy’s load share disproportionately increased. The load share increase, combined with the much higher charges for ancillary services, resulted in significant additional costs. On operating days February 15 to 20, ancillary services prices consistently exceeded the HCAP, at times approaching \$25,000/MWh. That hourly rate was a dramatic departure from ERCOT’s historical prices for ancillary services.

47. These excessive prices for ancillary services violated both ERCOT’s preexisting rules and the PUCT Orders. Nothing in the PUCT Orders suggests that the system-wide offer cap applies only to energy prices. As noted by the IMM’s March 1 recommendation, given that ancillary services reserves are procured to reduce the probability of losing load, the value of such reserves should not exceed the value of lost load (“**VOLL**”), which was \$9,000 for the February 15 to February 20 operating days due to the PUCT’s Orders. Indeed, in its March 1 letter to the PUCT the IMM confirmed that the manner in which the ancillary service charges were calculated and assessed does not conform to past practice and noted that capping ancillary services prices at the system-wide offer cap would be more consistent with economic market design principles.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> ERCOT Market Notice M-A022221-01 (Feb. 22, 2021).

<sup>18</sup> ERCOT Notice M-A022221-02 (Feb. 23, 2021).

<sup>19</sup> Comments From IMM, PUC Project No. 51812 (Mar. 1, 2021).

**G. THE PUCT AND ERCOT ELEVATE SUPPLY SCARCITY INTO MARKET FAILURE**

48. The \$9,000/MWh price triggered an energy market failure that massively harmed market participants with little or no offsetting benefits for consumers or the reliability of the grid. The artificial price did not result in additional power production. Generators were still burdened by frozen equipment and other weather-related issues, making substantial generation impossible, irrespective of price.

49. On March 5, the IMM concluded, after investigation, that the \$9,000/MWh price was improperly maintained for a full 32 hours after the load-shed events ended, resulting in billions in overcharges on February 18 and 19 alone. These overcharges exceed the total cost of power traded in real-time for the entire year in 2020.<sup>20</sup> The IMM recommended that the billions in overcharges for February 18 and 19 be reversed.<sup>21</sup> Lieutenant Governor Dan Patrick has publicly called for the PUCT to follow the IMM's recommendation and correct the unlawfully set prices.<sup>22</sup>

50. On June 2, 2021, Vistra Corp. filed with the PUCT in connection with Project No. 51812 a study it commissioned from London Economics International LLC ("**LEI**"). LEI examined what real time energy prices would have been in the absence of the PUCT Orders and ERCOT's execution of those Orders. LEI found that between 22:15 on February 15<sup>th</sup> and 9:00 on February 19<sup>th</sup>, energy prices would have averaged \$2,404/MWh if not for the PUCT Orders—significantly lower than the \$9,000/MWh HCAP price.

---

<sup>20</sup> Naureen S. Malik, Texas Watchdog Says Grid Operator Made \$16 Billion Error, Bloomberg (Mar. 4, 2021, 1:07 PM), <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-03-04/texas-watchdog-says-power-grid-operator-made-16-billion-error>.

<sup>21</sup> IMM March 4, 2021 Letter at 2 ("ERCOT recalled the last of the firm load shed instructions at 23:55 on February 17, 2021. Therefore, in order to comply with the Commission Order, the pricing intervention that raised prices to VOLL should have ended immediately at that time. However, ERCOT continued to hold prices at VOLL by inflating the Real-Time On-Line Reliability Deployment Price Adder for an additional 32 hours through the morning of February 19."). See also IMM Letter dated March 11, 2021 (following up on March 4 letter).

<sup>22</sup> Russell Gold, Texas Lt. Governor Calls for Reversal of \$16 Billion Blackout Overcharges, Wall St. J. (Mar. 8, 2021, 7:07 PM), [https://www.wsj.com/articles/texas-lt-governor-calls-for-reversal-of-16-billion-blackout-overcharges-11615240985?mod=searchresults\\_pos2&page=1](https://www.wsj.com/articles/texas-lt-governor-calls-for-reversal-of-16-billion-blackout-overcharges-11615240985?mod=searchresults_pos2&page=1).

51. The PUCT's and ERCOT's failed response also has spawned significant litigation. More than 150 individual lawsuits against ERCOT and other parties (as of June 10, 2021) were transferred to an MDL pretrial court.<sup>23</sup> At least one court has found ERCOT's "massive errors" caused debts for "failed market participants" and rejected ERCOT's claims of sovereign immunity.<sup>24</sup> There also have been several major bankruptcy filings in the wake of the storm, including the state's largest and oldest cooperative, Brazos River Electric, which filed for chapter 11 protection after receiving \$1.9 billion of invoices—which it now is challenging in litigation against ERCOT<sup>25</sup>—as well as retailers Entrust Energy, Inc. (chapter 11), Griddy Energy (chapter 11), Liberty Power Holdings (chapter 11), and Brilliant Energy LLC (chapter 7).

#### **H. LEGISLATIVE RESPONSE AND UPLIFT BALANCE FINANCING SETTLEMENT**

52. Several significant pieces of legislation have been passed aimed at regulatory reform and redress that underscore the extent of the shortcomings in the PUCT's and ERCOT's response to the storm. On June 8, 2021, Texas Governor Greg Abbott signed Senate Bill 2 and Senate Bill 3 into law which provide for changes to the governance of the PUCT and ERCOT and "relat[e] to preparing for, preventing, and responding to weather emergencies and power outages."<sup>26</sup> Other bills have been signed into law to expand the membership of and change the

---

<sup>23</sup> See Order of Multidistrict Litigation Panel, In re Winter Storm Uri Litig., No. 21-0313 (Tex. June 10, 2021), <https://search.txcourts.gov/SearchMedia.aspx?MediaVersionID=e0e2a6dc-b8fa-4e74-8f56-4fef281e972&coa=cossup&DT=DISPOSITION&MediaID=d3384293-5fb5-4d66-9803-bc4081572d8f>.

<sup>24</sup> See CPS Energy v. Elec. Reliability Council of Texas, Cause No. 2021CI04574 (288<sup>th</sup> District Court) (Temporary Restraining Order dated April 28, 2021); decision dated May 26, 2021.

<sup>25</sup> See Brazos Elec. Power Cooperative, Inc., et al. v. Electric Reliability Council Of Texas, Inc., Adv. Proc. No. 21-03863 (DRJ) (Bankr. S.D. Tex.), ECF No. 173 (Debtors' First Amended Complaint Objecting To Electric Reliability Council Of Texas, Inc.'s Proof Of Claim And Other Relief).

<sup>26</sup> S. 2, 87th Leg., Reg. Sess. (Tex. 2021), <https://capitol.texas.gov/tlodocs/87R/billtext/pdf/SB00002F.pdf#navpanes=0>; S. 3, 87th Leg., Reg. Sess. (Tex. 2021), <https://capitol.texas.gov/tlodocs/87R/billtext/pdf/SB00003F.pdf#navpanes=0>; see, e.g., Tex. Util. Code § 39.1513; Tex. Gov't Code § 411.301.

eligibility requirements for the PUCT<sup>27</sup>; require an independent annual audit of ERCOT with published results<sup>28</sup>; allow for the use of electric energy storage facilities by transmission and distribution utilities<sup>29</sup>; provide securitization financing for gas utilities<sup>30</sup>; and provide additional means for facilities to restore power during widespread outages.<sup>31</sup> On June 16, 2021, Governor Abbot signed House Bill 4492 (the “**Securitization Bill**”) which may provide for up to \$2.1 billion of financing for certain uplift charges in excess of \$9,000/MWh.<sup>32</sup> On June 18, 2021, Governor Abbott signed Senate Bill 1580 which “enable[s] electric cooperatives to use securitization financing to recover extraordinary costs and expenses incurred” due to Winter Storm Uri.<sup>33</sup>

53. Certain load service entities (“**LSEs**”) recently reached a settlement with the PUCT and ERCOT relating to financing for the \$2.1 billion designated by the Securitization Bill for uplift charges. On July 16, 2021, ERCOT filed an application with the PUCT for “approval of a Debt Obligation Order authorizing the financing of up to \$2.1 billion for the Uplift Balance, plus reasonable costs.”<sup>34</sup> On September 20, 2021, certain LSEs, including Just Energy, reached

<sup>27</sup> S. 2154, 87th Leg., Reg. Sess. (Tex. 2021), <https://capitol.texas.gov/tlodocs/87R/billtext/pdf/SB02154F.pdf#navpanes=0>; see, e.g., Tex. Util. Code § 12.051(a) (changing composition of the PUCT from three commissioners to five).

<sup>28</sup> H.R. 2586, 87th Leg., Reg. Sess. (Tex. 2021), <https://capitol.texas.gov/tlodocs/87R/billtext/pdf/HB02586F.pdf#navpanes=0>.

<sup>29</sup> S. 415, 87th Leg., Reg. Sess. (Tex. 2021), <https://capitol.texas.gov/tlodocs/87R/billtext/pdf/SB00415F.pdf#navpanes=0>.

<sup>30</sup> H.R. 1520, 87th Leg., Reg. Sess. (Tex. 2021), <https://capitol.texas.gov/tlodocs/87R/billtext/pdf/HB01520F.pdf#navpanes=0>; see Tex. Gov’t Code § 1232.1072.

<sup>31</sup> H.R. 2483, 87th Leg., Reg. Sess. (Tex. 2021), <https://capitol.texas.gov/tlodocs/87R/billtext/pdf/HB02483F.pdf#navpanes=0>.

<sup>32</sup> H.R. 4492, 87th Leg., Reg. Sess. (Tex. 2021), <https://capitol.texas.gov/tlodocs/87R/billtext/pdf/HB04492F.pdf#navpanes=0>; see also Tex. Util. Code § 39.651; Tex. Util. Code § 39.652(4).

<sup>33</sup> S. 1580, 87th Leg., Reg. Sess. (Tex. 2021), <https://capitol.texas.gov/tlodocs/87R/billtext/pdf/SB01580F.pdf#navpanes=0>; see also Tex. Util. Code § 41.151(a).

<sup>34</sup> Unopposed Partial Stipulation And Settlement Agreement dated September 20, 2021, Item 293 (the “**Settlement Stipulation**”), at 1 filed before PUCT in connection with Application Of ERCOT For A Debt Obligation Order To Finance Uplift Balances Under PURA Chapter 39, Subchapter N, For An Order Initiating A Parallel Docket, And For Good Cause Exception, Docket No. 52322 (the “**ERCOT Securitization Application**”).

agreement with the PUCT and ERCOT on both an opt-out process for LSEs, e.g., certain municipalities, and on a methodology (attached as Schedule C to the Settlement Stipulation) to allocate financing proceeds on a load-ratio share basis among participating LSEs. On October 13, 2021, the PUCT adopted a final debt obligation order approving the ERCOT Securitization Application. *Note*, to the extent Plaintiffs ultimately receive funds under the Securitization Bill from the \$2.1 billion securitization facility that duplicate amounts requested in this lawsuit, they will take the necessary steps to avoid a double recovery, e.g., amending this complaint.

#### I. ERCOT INVOICES BURY JUST ENERGY

54. Just Energy's most valuable assets are its customers. Under Texas law, if a Retail Electricity Provider fails to make payments when due, ERCOT can revoke the provider's right to conduct activities in the ERCOT market and transfer their customers to a POLR (often at a higher rate for customers). See 16 Tex. Admin. Code § 25.43; ERCOT Market Guide § 7.11.1.a. Once that happens, the customers are lost.

55. On March 3, 2021, Just Energy filed a Petition for Emergency Relief with the PUCT (the "**Petition**").<sup>35</sup> In the Petition, Just Energy requested that the PUCT direct ERCOT to deviate from the deadlines and timing in its Protocols and Market Guides (as defined therein) related to settlements, collateral obligations, and invoice payments and to suspend the execution or issuance of invoices or settlements for intervals during the dates of February 13 through February 20, until issues raised by executive and legislative branches of Texas are resolved. Alternatively, Just Energy requested that the PUCT waive certain ERCOT Protocols to allow Just Energy to delay payment while exercising its rights under the ERCOT Protocols to dispute the invoiced payment amounts.

---

<sup>35</sup> Just Energy's petition is attached to the Recognition Order as Exhibit A.

56. For the period between February 13 and February 20, Just Energy has received invoices from ERCOT demanding payment of approximately \$335 million. Just Energy disputes no less than \$274 million of these invoiced amounts.

57. Lacking sufficient liquidity to satisfy the grossly overstated invoices, the Debtors commenced the Canadian Proceedings under the CCAA in the Canadian Court on March 9, 2021. That same day, the Canadian Court approved a \$125 million financing facility and authorized the payment of the disputed invoices to ERCOT. The Debtors also filed the Chapter 15 Cases in this Court. ERCOT had actual notice of, and formally appeared in the Debtors' bankruptcy cases.<sup>36</sup>

58. The Court did not approve Just Energy's payment of the invoices. Instead, on March 9, the Court entered an order granting the Debtors' provisional relief that makes clear "any payments made to ERCOT are made subject to [Just Energy's] rights to contest those payments, and all rights to receive a refund or credit as allowed by applicable law." The order also states "[a]lthough the Court recognizes the authority to make payments to ERCOT as granted by the Canadian Order, this Court neither adds nor subtracts from any such authorization." The Court entered an order of recognition on April 2, 2021, incorporating the same reservations set forth above.

59. In total, the Transfers consist of payments made by Just Energy (and in the case of Hudson, BP) to ERCOT of no less than \$274 million relating to both the imposition of a system-wide offer cap of \$9,000/MWh and ancillary charges in response to invoices that Plaintiffs received relating to the week of February 13 through February 20.

## **II. LEGALITY OF THE PUCT'S AND ERCOT'S ACTIONS**

60. The PUCT Orders are not consistent with, and find no support under the ERCOT Protocols or the SFA, which incorporates the ERCOT Protocols by reference. They also are

---

<sup>36</sup> See, e.g., Notice Of Appearance And Request For Service Of All Notices, Pleadings, Orders And Other Papers [ECF No. 30] dated March 9, 2021 at 1 (filed by the law firm of Munsch Hardt Kopf & Harr, P.C. "on behalf of [ERCOT], a creditor and party-in-interest").



unlawful under, inter alia, (a) Texas' APA, Tex. Gov't Code §§ 2001.024, 2001.029, 2001.033, 2001.035, 2001.038, 2001.171, 2001.174, and 2001.176 and (b) PURA, Tex. Util. Code §§ 15.001, 39.001(c), 39.001(d), 39.151(d).

**A. ERCOT PROTOCOLS AND THE SFA**

61. The ERCOT Protocols are incorporated by reference into the SFA. The \$9,000/MWh price finds no support in the ERCOT Protocols or the SFA. Had the PUCT and ERCOT followed the ERCOT Protocols, a different and lower energy price would have been in effect.

62. ERCOT Protocols in effect at the time of Winter Storm Uri did not consider firm load shed a valid consideration with respect to scarcity pricing. ERCOT Protocol 6.5.7.3.1 (Determination Of Real-Time On-Line Reliability Deployment Price Adder) lists factors relevant to determining whether ERCOT's scarcity pricing mechanism is triggered and whether prices should be increased toward the HCAP of \$9,000/MWh. The version of ERCOT Protocol 6.5.7.3.1 in effect during Winter Storm Uri did *not* list firm load shed as a consideration for invoking scarcity pricing. Notwithstanding ERCOT Protocol 6.5.3.7.1, the PUCT and ERCOT deemed firm load shed to be a scarcity-pricing trigger and increased the price to \$9,000/MWh on that basis.

**B. PUCT ORDERS ARE "RULES" UNDER TEXAS' APA**

63. The APA defines "rule" to mean: "(A) a state agency statement of general applicability that: (i) implements, interprets, or prescribes law or policy; or (ii) describes the procedure or practice requirements of a state agency; (B) includes the amendment or repeal of a prior rule; and (C) does not include a statement regarding only the internal management or organization of a state agency and not affecting private rights or procedures." Tex. Gov't Code § 2001.003(6). The PUCT is a "state agency" for the purposes of the APA. See Tex. Gov't Code § 2001.003(7) (definition includes state commissions). The PUCT Orders purport to speak for the PUCT and utilize its authority. The PUCT Orders are more than a restatement of a formally



promulgated rule. They are a new directive to ERCOT, and they effectively amend the ERCOT scarcity pricing mechanism, promulgated at Tex. Admin. Code § 25.505(g) by forcing ERCOT to apply the system-wide offer *cap* of \$9,000 per MWh to *set* prices in a load-shed situation. An agency’s interpretation or application of existing promulgated rules themselves constitute “rules” under the APA when they have the effect of amending the existing rules or creating new rules.

### C. PUCT ORDERS ARE GENERALLY APPLICABLE STATEMENTS

64. The PUCT Orders are generally applicable statements that implemented, interpreted, or prescribed law or policy, *i.e.*, new scarcity pricing considerations for ERCOT. See Tex. Gov’t Code § 2001.003(6)(A)(i). General applicability for the purposes of Tex. Gov’t Code § 2001.003(6)(A) refers to “statements that affect the interest of the public at large such that they cannot be given the effect of law without public input.”<sup>37</sup> The PUCT Orders affected the interests of the public in practice, *e.g.*, electricity prices available to market participants and, by extension, many electricity consumers.

65. An agency statement “implements, interprets, or prescribes law or policy” when it reflects “[the agency’s] construction and application” of existing regulations and “implements a broader policy judgment” by the agency.<sup>38</sup> The PUCT has authority to overrule ERCOT’s determination of market clearing prices. See 16 Tex. Admin. Code § 25.501(a). The PUCT Orders are a specific construction and application of that authority to address scarcity issues surrounding Winter Storm Uri that implemented its broader policy judgment that “adjustments are needed to ERCOT prices to ensure they accurately reflect the scarcity conditions in the market.”

### D. PUCT ORDERS INCLUDE AMENDMENT OF PRIOR RULE

66. The PUCT Orders “amen[d] or repea[l] a prior rule.” Tex. Gov’t Code § 2001.003(6)(A). An agency’s interpretation or application of existing promulgated rules

---

<sup>37</sup> El Paso Hosp. Dist. v. Tex. Health & Hum. Servs. Comm’n, 247 S.W.3d 709, 714 (Tex. 2008).

<sup>38</sup> Teladoc, Inc. v. Med. Bd., 453 S.W.3d 606, 614 (Tex. App—Austin 2014).

themselves constitute “rules” under the APA when they have “the effect of amending the existing rules, or of creating new rules, and the other requirements of the APA’s ‘rule’ definition are met.” Here, the PUCT Orders are “more than a restatement of a formally promulgated rule.” They are a distinct prescription to ERCOT and effectively amend the ERCOT scarcity pricing mechanism, promulgated at Tex. Admin. Code § 25.505(g), by forcing ERCOT to consider load shed in its scarcity pricing determination and set energy prices at \$9,000/MWh.<sup>39</sup>

67. It is immaterial whether the PUCT issued the PUCT Orders in an emergency or intended to temporarily override ERCOT’s scarcity pricing mechanism. There is no requirement that rules under the APA permanently amend or repeal a prior rule. On the contrary, the Court of Appeals has previously recognized ad hoc agency actions based on novel and exigent circumstances as “rules” for APA purposes.

#### **E. PUCT ORDERS AFFECT PRIVATE RIGHTS**

68. The PUCT Orders do not include a statement regarding only the internal management or organization of the PUCT and instead directly affected private rights of ERCOT market participants and, by extension, electric consumers, e.g., rates at which electricity was available. Notably, the PUCT Orders were not issued as part of a contested matter before the PUCT. Nor were they an adjudication of the rights of particular parties. Rather, ERCOT market participants had a right to purchase electricity at rates determined under the scarcity pricing mechanism set out in the PUCT’s rules at Tex. Admin. Code § 25.505(g). By substantially altering that mechanism, the PUCT impacted private rights.

#### **F. \$9,000/MWH PRICE VIOLATED THE APA**

69. The APA requires that agency orders adopting rules contain “reasoned justification” for the agency’s decision on each rulemaking issue. Tex. Gov’t Code § 2001.033(1). That

---

<sup>39</sup> See Teladoc, 453 S.W.3d at 616; Tex. Dept. of Transp. v. Sunset Transp., Inc., 357 S.W.3d 691, 703 (Tex. App.—Austin 2011, no pet.).

justification must include “a summary of the factual basis of the rule as adopted which demonstrates a rational connection between the factual basis for the rule and the rule as adopted.” Id. § 2001.033(1)(B). Lack of substantial compliance with the reasoned justification requirement renders a rule “voidable” under Tex. Gov’t Code § 2001.035(a). If the Court in its discretion finds “good cause” to do so, it may “invalidate the rule or a portion of the rule, effective as of the date of the court’s order.” Id. § 20010.40.

70. The PUCT Orders are legally invalid because they interfere with or impair, or threaten to interfere with or impair, a legal right or privilege belonging to Plaintiffs. Tex. Gov’t Code § 2001.038(a).

71. The PUCT violated the APA, including, without limitation, sections 2001.023, 2001.024, 2001.029, 2001.033, and 2001.035, and 16 Tex. Admin. Code § 25.362(c) by, among other things, failing to provide proper notice of its intent to adopt the PUCT Orders; disclose information required by the APA, e.g., an explanation of the order, rule, or proposed text; afford interested parties an opportunity to comment; articulate a reasoned justification or satisfactory evidentiary basis for its decision; or furnish information required in connection with emergency rulemaking.

72. The PUCT Orders violate the APA because they lack any reasoned justification. The one reason given by the PUCT was its belief that prices being at less than the HCAP was “inconsistent with fundamental market design” because “[i]f customer load is being shed, scarcity is at its maximum, and the market price to serve that load should also be at its highest.” The PUCT provided no evidence to support its assertion that market’s scarcity pricing signals were not working as intended, such as evidence that generators were not deploying because prices were too low, or that consumers were not curtailing use in response to the already objectively high prices of more than \$1,200/MWh that were in effect on February 15, 2021 at the time of the PUCT Orders.

**G. \$9,000/MWH PRICE VIOLATED PURA**

73. The PURA prohibits the PUCT from making rules “regulating competitive electric services, prices, or competitors or restricting or conditioning competition except as authorized by this title ...,” PURA § 39.001(c), and requires that the PUCT’s rules “authorize or order competitive rather than regulatory methods ... to the greatest extent feasible” and to be “practical and limited so as to impose the least impact on competition.” PURA § 39.001(d).

74. The PUCT violated its substantive authority under the PURA and any substantive authority and procedural limitations of the Governor’s Disaster Declaration in issuing the PUCT Orders. It acted both outside of its authority and contrary to legally-required procedures. The PUCT Orders violated the PURA, including sections 39.001(c) and 39.001(d), because they lacked any reasoned justification and displaced the forces of market competition.

75. The PUCT Orders also violated the PURA because they set prices by regulatory fiat instead of market forces and without regard to actual scarcity conditions in the market. The PUCT Orders directly contradict the PURA’s mandate that prices should be a function of competition and not regulatory action. Once ERCOT set pricing at \$9,000/MWh, Just Energy had no feasible option but to buy electricity at prices that were unlawful, unjustifiable, and unrelated to ordinary market forces. And, ERCOT’s invoices include amounts for ancillary services that are either erroneously calculated or unreasonably applied in violation of ERCOT protocols.

**H. ALTERNATIVELY, PUCT ORDERS EXPIRED ON FEBRUARY 18**

76. Even if the PUCT Orders were a valid exercise of the PUCT’s authority, they expired by their own terms as soon as firm load was no longer being shed. The imposition of the \$9,000/MWh cap after 1:05 a.m. on February 18, 2021 was illegal because it did not properly implement the PUCT Orders.

77. The factual justification for the PUCT Orders was that: “[i]f *customer load is being shed*, scarcity is at its maximum, and the market price for the energy need to serve that load should

also be at its highest.” There is no rational connection between that factual justification and a rule that would direct ERCOT to continue scarcity pricing *in the absence of the load being shed*. And, indeed, the plain language of the PUCT Orders commanded ERCOT only to ensure “*that firm load that is being shed* ... is accounted for in ERCOT’s scarcity pricing signals” (emphasis added).

78. Absent load shed, ERCOT had no authority to set the price at \$9,000/MWh after 1:05 a.m. on February 18—even assuming the PUCT Orders were valid.

79. ERCOT continued imposing \$9,000/MWh prices even after load shed ended. ERCOT ceased firm load shed at 11:55 p.m. on February 17, 2021, but refused to take any action to review or change the prices and instead continued imposing \$9,000/MWh prices until 9 a.m. on Friday, February 19. From and after 1:05 a.m. on February 18, continued imposition of the \$9,000/MWh price was improper.

### III. DEFENDANTS ARE NOT PROTECTED BY SOVEREIGN IMMUNITY

80. ERCOT cannot sustain a sovereign-immunity defense because it is a private, membership-based corporation (certified and regulated by the PUCT) and not a governmental regulator. In point of fact, ERCOT argued in 2014 that it was not a “governmental unit” and that the statutory scheme governing its oversight does not suggest any legislative intention to make ERCOT part of the government.<sup>40</sup> ERCOT has since taken a contrary position in another case, but the issue has not yet been definitively resolved by the Texas Supreme Court.<sup>41</sup> Notably, on May 26, 2021, the 288<sup>th</sup> District Court in Bexar County refused to dismiss a lawsuit against ERCOT on sovereign immunity grounds.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> See ERCOT Brief, HWY 3 MHP, LLC v. Elec. Reliability Council of Tex., Inc., No. 03-14-00303-CV at 24 (July 30, 2014).

<sup>41</sup> Electric Reliability Council of Texas Inc. v. Panda Power Generation Infrastructure Fund LLC, No. 18-0781, 18-0792 (Tex. 2021).

<sup>42</sup> See CPS Energy v. Elec. Reliability Council of Texas, Cause No. 2021CI04574Z (288<sup>th</sup> Judicial District).

81. Even if ERCOT and the PUCT are government entities, any sovereign immunity has been waived pursuant to the Constitution’s Bankruptcy Clause. See, e.g., Central Virginia Community College v. Katz, 546 U.S. 356, 378 (2006) (“In ratifying the Bankruptcy Clause, the States acquiesced in a subordination of whatever sovereign immunity they might otherwise have asserted in proceedings necessary to effectuate the in rem jurisdiction of the bankruptcy courts”); 11 U.S.C. § 106(a) (“[S]overeign immunity is abrogated as to a governmental unit to the extent set forth in this section with respect to the following: (1) Sections ... 502 ... 525 ... 542 ... 549 ... 553”).

82. Separately, section 2001.038 of the APA is a grant of original jurisdiction, and “it waives sovereign immunity.”<sup>43</sup>

## **CAUSES OF ACTION**

### **COUNT 1**

#### **AGAINST ERCOT AND THE PUCT**

#### **(Avoidance of Unauthorized Post-Petition Transfers – 11 U.S.C. § 549)**

83. Plaintiffs repeat and reallege the foregoing allegations as though they were fully set forth in this paragraph.

84. Under section 549 of the Bankruptcy Code, the Foreign Representative may avoid a transfer—“(1) that occurs after the commencement of the case; and (2) is not authorized under this title or by the court.” 11 U.S.C. § 549(a).

85. Pursuant to Federal Rule of Bankruptcy Procedure 6001, “[a]ny entity asserting the validity of a transfer under § 549 of the Code shall have the burden of proof.”

86. Section 1507(a) of the Bankruptcy Code says in part that “the court, if recognition is granted, may provide additional assistance to a foreign representative under this title or other laws of the United States.” Pursuant to section 1520(a)(2) of the Bankruptcy Code, “[u]pon

---

<sup>43</sup> Tex. Logos, LP. v. Tex. Dep’t of Transp., 241 S.W.3d 105, 123 (Tex. App.-Austin 2007, no pet.).

recognition of a foreign proceeding that is a foreign main proceeding ... section [549 applies] to a transfer of an interest of the debtor in property that is within the territorial jurisdiction of the United States ....” Section 1521(a)(5) of the Bankruptcy Code entrusts the foreign representative with “the administration or realization of all or part of the debtor’s assets within the territorial jurisdiction of the United States.” Section 1521(a)(7) of the Bankruptcy Code authorizes the Court to grant “any additional relief that may be available to trustee, except for relief available under section 522, 544, 545, 547, 548, 550 and 724(a).” Authorizing the foreign representative to bring claims under section 549 of the Bankruptcy Code to recover the Transfers is appropriate when the lawsuit is consistent with the purposes of the chapter 15, including those identified in section 1501(a)(3) and (a)(4).

87. Just Energy (and in the case of Hudson, BP) made the Transfers in response to invoices that Plaintiffs received relating to the week of February 13 through February 20.

88. Approximately \$193 million of the Transfers were made post-petition, after March 9, 2021, the date the Chapter 15 Cases were filed. They are subject to avoidance under section 549 of the Bankruptcy Code for several reasons, including the following—each of which provides an independent basis for recovery.

89. *First*, the Court did not authorize the post-petition Transfers. Both the provisional and final recognition orders say “[a]ny payments made to ERCOT are made subject to all of the Debtors’ rights to contest those payments, and all rights to receive a refund or credit as allowed by applicable law. Although the Court recognizes the authority to make payments to ERCOT as granted by the Final CCAA Order, this Court neither adds nor subtracts from any such authorization.”<sup>44</sup> Under the plain terms of section 549 of the Bankruptcy Code, transfers that are not “authorized under this title or by the Court” are subject to avoidance.

---

<sup>44</sup> Order Granting Petition For (I) Recognition As Foreign Main Proceedings, (II) Recognition Of Foreign Representative, And (III) Related Relief Under Chapter 15 Of Bankruptcy Code [ECF No. 82] ¶ 30. See also Order Granting Provisional Relief Pursuant To Section 1519 Of Bankruptcy Code

90. *Second*, there could not have been a basis to authorize the post-petition Transfers when, among other things, the invoices were grossly inflated and otherwise related to the \$9,000/MWh price and ancillary services charges that were not consistent with, and find no support in the ERCOT Protocols and the SFA.

91. *Third*, there could not have been a basis to authorize the post-petition Transfers when, among other things, the invoices were grossly inflated and otherwise related to the \$9,000/MWh price and ancillary services costs set in response to the PUCT Orders that were illegal under, *inter alia*, the APA and the PURA.

92. *Alternatively*, if the PUCT Orders are considered legal and valid, a portion of the Transfers still could not have been authorized and should be avoided under section 549 of the Bankruptcy Code. Specifically, no less than approximately \$220 million of the Transfers relate to the period after 1:05 a.m. on February 18, 2021, of which approximately \$110 million was paid after the petition date. The PUCT Orders expired by their own terms at that time, and ERCOT improperly implemented them.

93. Based upon the foregoing, Plaintiffs are entitled to an order and judgment against ERCOT and the PUCT avoiding the post-petition Transfers.

**COUNT 2**  
**AGAINST ERCOT AND THE PUCT**  
**(Disallowance of Claims – 11 U.S.C. §§ 502(b), 502(d))**

94. Plaintiffs repeat and reallege the foregoing allegations as though they were fully set forth in this paragraph.

---

[ECF No. 23] (same); Tr., Hr’g Mar. 9, 2021 at 20:17-23 (“[COURT] I’m going to want to understand whether this becomes irrevocable. And if you’re telling me that current contract or current regulations at ERCOT make it refundable, I’m going to want to see that. And then I would include in my order that one of the reasons for doing it is that it’s, in fact, refundable.”); 21:15-18 (“[COURT] I also have a duty, if I’m going to approve at first-day hearings such a large payment in such a disputed situation as you have described ... that I not make that irrevocable”); 23:13-15 (“[COURT] So hopefully, there can either be an agreement or I can get satisfied that it is refundable.”); at 25:14-16 (“[COURT] [P]aying such a large amount of money until I get some confidence that it isn’t irrevocable is an issue”).



95. Section 1507(a) of the Bankruptcy Code says in part that “the court, if recognition is granted, may provide additional assistance to a foreign representative under this title or other laws of the United States.” Section 1521(a)(5) of the Bankruptcy Code entrusts the foreign representative with “the administration or realization of all or part of the debtor’s assets within the territorial jurisdiction of the United States.” Section 1521(a)(7) of the Bankruptcy Code authorizes the Court to grant “any additional relief that may be available to trustee, except for relief available under section 522, 544, 545, 547, 548, 550 and 724(a).” Authorizing the foreign representative to bring claims under section 502 of the Bankruptcy Code is appropriate when the lawsuit is consistent with the purposes of the chapter 15, including those identified in section 1501(a)(3) and (a)(4).

96. ERCOT has had knowledge of the Debtors’ bankruptcy filings since March 9, 2021 and has appeared as a creditor in the Chapter 15 Cases. ERCOT sent the Debtors demands in writing for amounts allegedly due to ERCOT arising during the week of February 13, 2021 through February 20, 2021. These demands constitute informal “proofs of claim” that are subject to disallowance under section 502(b) of the Bankruptcy Code.

97. Moreover, to the extent any of the Transfers are avoided, either (a) in their full amount of not less than \$274 million or, (b) *alternatively*, in the amount of approximately \$220 million relating to the period after 1:05 a.m. on February 18, 2021, any formal or informal claims asserted by ERCOT and the PUCT against Plaintiffs should be disallowed in whole or in part pursuant to section 502(d) of the Bankruptcy Code.

**COUNT 3**  
**AGAINST ERCOT AND THE PUCT**  
**(Turnover—11 U.S.C. § 542(a))**

98. Plaintiffs repeat and reallege the foregoing allegations as though they were fully set forth in this paragraph.

99. Section 542(a) of the Bankruptcy Code requires an entity in possession, custody, or control of property that may be used, leased, or sold under section 363 of the Bankruptcy Code to turn over such property to the trustee.

100. Section 1507(a) of the Bankruptcy Code says in part that “the court, if recognition is granted, may provide additional assistance to a foreign representative under this title or other laws of the United States.” Section 1521(a)(5) of the Bankruptcy Code entrusts the foreign representative with “the administration or realization of all or part of the debtor’s assets within the territorial jurisdiction of the United States.” Section 1521(a)(7) of the Bankruptcy Code authorizes the Court to grant “any additional relief that may be available to trustee, except for relief available under section 522, 544, 545, 547, 548, 550 and 724(a).” Authorizing the foreign representative to bring claims under section 542(a) of the Bankruptcy Code is appropriate when the lawsuit is consistent with the purposes of the chapter 15, including those identified in section 1501(a)(3) and (a)(4).

101. The Transfers constitute property that the Debtors, and specifically the foreign representative, Plaintiff Just Energy Group, Inc., may use, sell, or lease under section 363 of the Bankruptcy Code.

102. Plaintiffs are entitled to the entry of an Order directing ERCOT and the PUCT to turn over the Transfers, either (a) in their full amount of not less than \$274 million or, (b) *alternatively*, in the amount of approximately \$220 million relating to the period after 1:05 a.m. on February 18, 2021.

**COUNT 4**  
**AGAINST ERCOT AND THE PUCT**  
**(Setoff—11 U.S.C. §§ 553 and/or 558)**

103. Plaintiffs repeat and reallege the foregoing allegations as though they were fully set forth in this paragraph.

104. Section 558 of the Bankruptcy Code preserves “any defense available to the debtor as against any entity other than the estate.” 11 U.S.C. § 558.

105. While section 553 of the Bankruptcy Code refers to the rights of setoff for creditors, see 11 U.S.C. § 553(a), the debtor’s right to setoff is a defense that may be asserted under section 558 of the Bankruptcy Code.

106. Section 1507(a) of the Bankruptcy Code says in part that “the court, if recognition is granted, may provide additional assistance to a foreign representative under this title or other laws of the United States.” Section 1521(a)(5) of the Bankruptcy Code entrusts the foreign representative with “the administration or realization of all or part of the debtor’s assets within the territorial jurisdiction of the United States.” Section 1521(a)(7) of the Bankruptcy Code authorizes the Court to grant “any additional relief that may be available to trustee, except for relief available under section 522, 544, 545, 547, 548, 550 and 724(a).” Authorizing the foreign representative to assert rights of setoff is appropriate and consistent with the purposes of the chapter 15, including those identified in section 1501(a)(3) and (a)(4).

107. Going forward, to the extent the Transfers are avoided or otherwise decreed unlawful, Just Energy is entitled to set off the amounts of the Transfers against future invoices from ERCOT or the PUCT, either (a) in their full amount of not less than \$274 million or, (b) *alternatively*, in the amount of approximately \$220 million relating to the period after 1:05 a.m. on February 18, 2021.

**COUNT 5**  
**AGAINST ERCOT**  
**(Canadian Companies Creditors Arrangement Act)**

108. Plaintiffs repeat and reallege the foregoing allegations as though they were fully set forth in this paragraph.

109. On March 9, 2021, Plaintiffs filed for protection under the CCAA. Under the CCAA, rights can be exercised for the benefit of creditors of the Debtors.

110. Just Energy (and in the case of Hudson, BP) made certain of the Transfers pre-petition in response to invoices that Plaintiffs received relating to the week of February 14, 2021. The pre-petition Transfers, which total no less than approximately \$81 million are recoverable under the CCAA or any other applicable law.

111. The pre-petition Transfers were made in the days leading up to Plaintiffs' insolvency filings (under protest) only to avoid losing Plaintiffs' customers and participant status in the ERCOT market. Moreover, Plaintiffs were financially vulnerable or insolvent on the dates that the pre-petition Transfers were made or became financially vulnerable or insolvent as a result of the pre-petition Transfers.

112. *First*, the pre-petition Transfers should be avoided in their full amount (\$81 million) because the invoices included charges for energy based on the artificial \$9,000/MWh price set by ERCOT during Winter Storm Uri and ancillary services charges that were illegally and erroneously calculated under the APA and the PURA and find no support in the ERCOT Protocols or the SFA. Plaintiffs did not receive valuable or good consideration in exchange for the pre-petition Transfers, and they should be avoided and returned.

113. *Alternatively*, if the PUCT Orders are considered legal and valid, a portion of the pre-petition Transfers still should be avoided and returned. Plaintiffs received less than reasonably equivalent value for the no less than approximately \$110 million in pre-petition Transfers that relate to the period after 1:05 a.m. on February 18, because, among other things, the PUCT Orders expired by their own terms at that time, and ERCOT improperly implemented them.

114. Plaintiffs intended to delay creditor collection efforts when the pre-petition Transfers were made, preserving rights to challenge those Transfers at a later time. The pre-petition Transfers had the effect of delaying creditor collections because Plaintiffs received inadequate consideration from ERCOT and do not have sufficient assets to repay creditors in full.

**PRAYER FOR RELIEF**

WHEREFORE, Plaintiffs respectfully requests that this Court enter judgment in favor of Plaintiffs and against Defendants and:

- A. Grant relief under sections 502(d), 542(a), 549, 553, 558, 1507(a), 1520(a), and 1521(a)(7) of the Bankruptcy Code;
- B. Award recovery of all Transfers in an amount not less than \$274 million;
- C. Award such other and further relief, in law and equity, as this Court deems just and proper; and
- D. Award damages to Plaintiffs in an amount to be proven at trial, including pre-judgment and post-judgment interest and attorneys' fees to the extent awardable.

Dated: November 12, 2021  
New York, New York

**QUINN EMANUEL URQUHART &  
SULLIVAN, LLP**



---

James C. Tecce (pro hac vice to be filed)  
Lindsay M. Weber (pro hac vice to be filed)  
51 Madison Avenue, 22nd Floor  
New York, New York 10010

-and-



---

Kate Kaufmann Shih  
Texas Bar No. 24066056  
John Bash  
Pennzoil Place  
711 Louisiana St., Suite 500  
Houston, TX 77002  
Telephone: (713) 221-7000  
Facsimile: (713) 221-7100

*Counsel to Plaintiffs*

# TAB 2

2009 CarswellQue 9963  
Quebec Superior Court

Mecachrome Canada Inc., Re

2009 CarswellQue 9963, 58 C.B.R. (5th) 49, EYB 2009-164655

## **In the Matter of the Plan of Compromise or Arrangement of**

Mecachrome Canada Inc. and Mecachrome Montréal-Nord Inc. and Mecachrome Technologies Inc. and Mirabel-Mecachrome Inc. (Petitioners) and Ernst & Young Inc. and Samson Bélair Deloitte & Touche Inc. (Co-Monitors)

Clément Gascon, J.C.S.

Heard: July 14, 16, 2009

Judgment: July 16, 2009

Docket: C.S. Montréal 500-11-035041-082

Counsel: Me Sylvain Rigaud for Petitioners

Me Jean Fontaine for Co-Monitors

Me Sylvain Vauclair for "Fonds de Solidarité des travailleurs du Québec (F.T.Q.), FCRP Aerofund et FCRP Aerofund II, représentés par Société de gestion ACE Management), prêteurs temporaires"

Me Fred Myers, Me Brendan O'Neill, Me Jonathan Warin for "Comité ad hoc des détenteurs de billets"

Me Gordon Levine for Bank of New York Mellon (formerly "Bank of New York") and BNY Trust Company of Canada

Me Francis Meagher, Me Guillaume Hébert for General Electric Canada Equipment Finance G.P.

Me Kurt A. Johnson for Makino, Inc. et SST-Canada, ULC

***Clément Gascon, J.C.S.:***

### **The Motion at Issue**

1 The Court renders judgment on a Motion to Approve a Plan Funding Agreement. The reasons are delivered in the English language as the Motion, the Exhibits, the Monitor's Report and the Contestation involved are all drafted in that language.

2 While the Court was ready to render judgment on July 15<sup>th</sup>, at the request of the parties' Counsel, the delivery of these reasons was postponed for 24 hours in view of their ongoing discussions.

3 By their Motion dated July 7, 2009, Mecachrome International Inc. (MII), Mecachrome Canada Inc., Mecachrome Montréal-Nord Inc., Mecachrome Technologies Inc. and Mirabel Mecachrome Inc. (collectively, the Canadian Debtors), ask the Court to issue an order approving a Plan Funding Agreement (the PFA) entered into between MII and FCPR Aerofund, FCPR Aerofund II, the Fonds de solidarité des travailleurs du Québec FTQ (together, the DIP Lenders) and Mecadev SAS, a newly formed entity to remain under the control of the DIP Lenders.

4 The original PFA at issue, dated July 4, 2009<sup>1</sup>, was amended during the second phase of oral arguments, namely on July 14, 2009, and replaced by another one, this time dated July 13, 2009<sup>2</sup>.

5 The Motion is filed pursuant to a restructuring process initiated on December 12, 2008, whereby the Canadian Debtors applied to the Court for the issuance of an initial order under [Sections 4, 5 and 11 of the CCAA](#)<sup>3</sup>.

6 The goal was to enable the restructuring of their affairs by preparing, negotiating and implementing a plan of arrangement with their creditors. The Canadian Debtors were then - and are still - operating at a deficit and facing serious liquidity problems.

7 On that same day, the subsidiaries of MII incorporated in France, that is, Mecachrome France SAS and Mecachrome SAS (the French Debtors), also applied for the commencement of a parallel safeguard procedure in France.

### **The PFA**

8 The PFA referred to in the Motion sets out the terms and conditions on which the DIP Lenders propose to fund a plan of compromise or arrangement (the Proposed Plan), to be implemented pursuant to the *CCAA* in respect of the Canadian Debtors and their creditors.

9 In short, the PFA as amended provides for:

- a) the execution and implementation of the restructuring transactions agreed upon in the Proposed Plan attached as Schedule A to the PFA;
- b) the DIP Lenders to act as sponsors for the funding;
- c) MII agreeing to undertake, upon request by the DIP Lenders, a corporate reorganization of the business, operations and assets of the company and its subsidiaries, but only after the vote of the creditors on the Proposed Plan and the sanction order of the Court;
- d) the possibility for MII to consider, negotiate and ultimately accept a proposal which is a Superior Proposal, from a financial point of view, to the one provided in the PFA. In such a case, the DIP Lenders have the right to offer to amend the terms of the PFA to match the Superior Proposal within a five-day period. If they elect not to match such Superior Proposal, MII has the right to terminate the PFA, but will be required to pay a break fee;
- e) other events giving rise to the right to receive a break fee, including breach of specified covenants and failure of the Board of Directors of MII to recommend approval of the Proposed Plan;
- f) MII's obligation to pay to the DIP Lenders all fees and expenses incurred in connection with the DIP loan agreement and the transaction contemplated by the PFA and all transactions related thereto if the Proposed Plan is not approved by the creditors;
- g) a number of conditions precedent to closing, including obtaining the required creditors' support and Canadian Court approval, all required appropriate regulatory approvals, consents from certain third parties under the company's contracts, renegotiation of certain agreements, and absence of material adverse change.

10 Under the PFA and the Proposed Plan, the DIP Lenders will acquire all the shares of MII. In consideration, they undertake to pay to MII, through Mecadev, approximately Euros 55,000,000, of which some Euros 30,000,000 will serve for distribution purposes to the unsecured creditors of the Canadian Debtors. The other Euros 25,000,000 will essentially be used to repay the DIP loan advances, the Bank Syndicate's secured loan, the claims of a specific creditor and the fees and disbursements of the transaction.

11 For the DIP Lenders, the PFA is equivalent to an acquisition proposal of the business of MII, as the Monitor points out at paragraph 30 of his Fifth Report.

12 For the unsecured creditors of the Canadian Debtors, the Proposed Plan arising there from would entail a recovery of about 12% of their claims.

### **The Contestation**



13 The record shows that MII issued Euros 200,000,000 of senior subordinated notes (the Notes) in May 2006, guaranteed by the Canadian Debtors and the French Debtors.

14 An Ad Hoc Committee of Holders of the Notes is actively involved in the restructuring process. It represents by far the largest group of unsecured creditors in the *CCAA* proceedings. The members of the Ad Hoc Committee hold approximately 70% of the Notes. The Noteholders are the unsecured creditors who will most significantly have to bear the losses arising from this *CCAA* restructuring.

15 The Ad Hoc Committee contests the Motion at issue. In a nutshell, they consider that the DIP Lenders:

- a) have unilaterally put forward a pre-emptive PFA under which they propose to take ownership of 100% of MII;
- b) have sought to do so in the absence of a Court-approved marketing process being conducted to confirm the fairness of the consideration they are offering;
- c) rather than inviting negotiations and a fair process, seek to prevent MII from truly negotiating further any other reasonable arrangement;
- d) seek a break fee and expense reimbursement despite the absence of a fair process and knowing that their Proposed Plan, as currently drafted, does not have the support of key stakeholders, that is, the Noteholders they represent.

16 While, so they say, open to achieve a consensual restructuring solution for the Canadian Debtors, the Ad Hoc Committee argues that the DIP Lenders have chosen to unilaterally put forward a PFA and Proposed Plan which do not have their support as key stakeholders and which are premised upon an untested offer.

17 Their clear and unambiguous intention, reiterated during oral argument, is to veto the Proposed Plan arising from the PFA.

18 The Canadian Debtors reply that under the special circumstances of this case:

- a) time is of the essence and they need to proceed forthwith to a vote by the unsecured creditors on the Proposed Plan;
- b) to that end, the PFA remains the best and, indeed, the only available funding arrangement received so far for the presentation of any kind of plan of arrangement to the unsecured creditors;
- c) the matter should be put to a vote of the unsecured creditors, in the interest of all stakeholders involved;
- d) the Monitor supports the PFA, even more so in its amended format.

19 Of course, the Monitor and the DIP Lenders support the argument of the Canadian Debtors.

### **Analysis and Discussion**

20 For a restructuring process that has started barely six months ago, it is quite unfortunate to see that key stakeholders, such as the DIP Lenders and the Ad Hoc Committee of Noteholders, have chosen to crystallize their respective position and not to pursue more constructive dialogue together.

21 They both appear to have lost sight of the fact that neither one will be able to achieve any reasonable and acceptable solution to this restructuring without the cooperation of the other.

22 In his wisdom, the Monitor had warned both of these parties along these lines at paragraph 41 of his Fourth Report of June 26, 2009, apparently to no avail, or at the very least, with not much success. Neither the DIP Lenders nor the Ad Hoc Committee appear to have paid attention to his remarks.

23 On the one hand, the DIP Lenders' approach of presenting the initial PFA and the Proposed Plan as a "take it or leave it" proposal, not open to discussion or negotiation, certainly appears questionable. Even more so when one now realizes that, faced with the articulated contestation of the Ad Hoc Committee and their line of questions to the Monitor, the DIP Lenders have finally decided to amend their PFA during the second phase of oral arguments, so as to tone down what was said to be irrevocable.

24 No doubt such change of heart would have been far more beneficial to the whole process if done earlier rather than at the very last minute. Very precious days, if not weeks, have been lost as a result. This does not enhance the credibility of the process adopted towards the conclusion of the PFA.

25 On the other hand, the Ad Hoc Committee's Contestation seems to forget the high risks involved with their position. They consider that the PFA, even as amended, remains unacceptable. Yet, their Contestation may end up in an absence of any reasonable arrangement and thus, in a liquidation of the Canadian Debtors and an even smaller recovery for the Noteholders compared to the one contemplated in the PFA and the Proposed Plan.

26 The Ad Hoc Committee does raise legitimate objections, but they do not appear to bring much to the table in terms of concrete or reasonable solution at this stage.

27 Be that as it may, the parties and their learned Counsel and financial advisors have elected to rely on this Court's judgment to sort out what, in all due respect, they should have solved together through reasonable concessions and compromises.

28 In so doing, through their respective Motion and Contestation, they ask the Court to decide which of the two (2) conflicting positions should prevail. There is no in-between. Either the Motion is well founded or the Contestation is. The Court cannot change the terms of the PFA at the centre of this debate. This negotiation belongs to the parties, not to the Court.

29 To rule upon this issue, the Court must exercise the powers given in this respect by the relevant provisions of the *CCAA*. This includes notably the exercise of its judicial discretion and inherent jurisdiction, the whole in furtherance of the objectives of the Act.

30 As this Court already stated before, the fundamental goal of the *CCAA* is found in its very title, that is an Act to facilitate compromises and arrangements between companies and their creditors. It is aimed at enabling a debtor company, with the support of its creditors, to weather its financial difficulties and continue to operate in the interest of all interveners and society in general.

31 The manner in which the *CCAA* favours this objective is through the conclusion of a plan of arrangement approved by minimum levels of majority of creditors, in number and in value. Of course, this objective must be reached at the best cost and on the best possible conditions for the creditors who inevitably suffer the consequences.

32 In the Court's assessment of the situation as it stands today, the probabilities of achieving this fundamental goal of the *CCAA* appears to be better served by refusing to approve the PFA presented rather than by tying the hands of the Canadian Debtors in the manner entailed by such PFA.

33 In a situation like this one, where the Court is asked to approve and give its blessing to a PFA leading to a Proposed Plan pursuant to which the DIP Lenders will end up acquiring MII, a *CCAA* restructuring requires the Canadian Debtors and the Monitor to satisfy the Court that they have proceeded in a manner where the transparency, integrity, credibility and fairness of the process is beyond reproach.

34 Notwithstanding the clear efforts of the Canadian Debtors and the Monitor, the Court considers that this not the case here. Too many factors militate against granting the Motion as sought and approving the PFA as it stands, even in its amended format.

35 In the Court's opinion, the cumulative effect of a) the absence of any legitimate and open process in order to obtain funding proposals beyond those of the DIP Lenders or the Ad Hoc Committee after May 15, 2009, b) the narrow definition of

what constitutes a Superior Proposal under the PFA and the lack of flexibility, if any, given to the Board of Directors of MII in qualifying a proposal as a Superior Proposal or in considering or recommending such, and, c) the chilling effect of the rather high break fee contemplated in the PFA, forces the conclusion that the arguments of the Ad Hoc Committee's Contestation must prevail.

36 To rule otherwise would pay scant respect to the need for a sufficient, transparent and open process before a Court sanctions the potential acquisition of the whole business in the context of a *CCAA* restructuring.

37 As well, to allow the process contemplated by the PFA to move forward with no additional amendments will somehow usurp the key exercise of the right to vote belonging to the creditors under the *CCAA*. The Court is of the view that, as it stands now, the PFA unnecessarily ties up the hands of the Canadian Debtors with respect to the consideration of potentially available alternate solutions that, in the end, could benefit the affected creditors.

38 This is wrong and should not be condoned lightly. Some explanations are called for.

39 First, the Court agrees that the evidence does not establish that a proper maximizing value process has been undertaken so as to justify approving the PFA as it stands now.

40 In fact, short of the DIP Lenders and the Ad Hoc Committee, neither the Canadian Debtors, nor the Monitor or anyone else have apparently interested any other entity in funding an arrangement.

41 The lack of any steps taken towards that end appears to be linked to the short time frame allegedly available and the exclusivity clause of the DIP financing agreement that was extended to May 15, 2009. In the context of what is equivalent to an acquisition proposal of the business, this is hardly acceptable.

42 The evidence indicates that as recently as last December 2008, prior to agreeing to a DIP financing arrangement under very difficult circumstances, the Canadian Debtors still canvassed no less 23 potential parties before making a final choice.

43 While the interest shown then remained very sketchy, as only two (2) proposals were received, the following key changes however took place since that time:

- a) a well-organized data room pertaining to the business and its financial information has been set up, after what appears to have been a lot of work by many;
- b) there is a new CEO and a new CFO now in charge of the business;
- c) significant downsizing of the business has taken place since the beginning of the *CCAA* process;
- d) a new business plan has been prepared by MII in May 2009.

44 In view of this, it is hard to understand why no steps were taken in order to interest any other parties in funding a potential arrangement. The impression given by the evidence offered is that the focus was limited solely to the DIP Lenders and the Ad Hoc Committee, and nothing else. The Monitor's Fifth Report seems to confirm that, apparently, it would have been unworkable to proceed otherwise.

45 As stated, albeit in a different but still similar context, by the Ontario Court of Appeal in *Soundair*<sup>4</sup>, by the Ontario Superior Court of Justice in *Tiger Brand Knitting*<sup>5</sup>, by the Alberta Court of Queen's Bench in *Calpine Canada Energy Ltd., Re*<sup>6</sup>, and by this Court in <sup>7</sup>, in a process such as this one, there has to be some demonstration by the Canadian Debtors that reasonable attempts have been made to properly canvass the market before approving a PFA that is, in essence, presented to the affected creditors as the best available deal under the circumstances.

46 To that end, the PFA, which is aimed at acquiring all the shares of MII with a right to match any competing offer and a break fee should a Superior Proposal be accepted, closely resembles a stalking horse bid process with no real canvassing of the market at any point in time, be it prior to its finalization or after its approval.

47 The inclusion of an exclusivity clause of limited duration in the DIP financing agreement may have given a head start to the DIP Lenders in any acquisition proposal scenario. However, in the Court's opinion, it did not, and could not, have the impact of relieving the Canadian Debtors and the Monitor of their duty and obligations towards all the other stakeholders.

48 A *CCAA* process does insulate a debtor company from the attacks of its creditors. However, at the same time, the Act places the process under the Court's supervision. This has meaning and consequences. The benefits that the Act gives to a debtor company do not exist without corresponding obligations, particularly in terms of fairness, transparency and openness towards all stakeholders.

49 The mere fact that, here, these obligations must be met and the results achieved, and rightly so, within a very tight time frame does not entail that these duties could or should be ignored.

50 From that standpoint, even though the DIP Lenders have finally decided, at the last hour, to withdraw their exclusivity clause requirements, it remains that the narrow definition of what constitutes a Superior Proposal seriously limits the possibility of even seeing other bidders involved once the PFA is approved. In other words, because of the content of the PFA as it stands now, once it is approved as sought, it appears unlikely that any kind of transparent and open process will follow.

51 The situation would no doubt have been worse with the exclusivity clause initially included in the PFA. The clause has now been removed. Yet, under the PFA, the conditions precedent to a Superior Proposal being qualified as such and the lack of flexibility of the Board of Directors of MII towards any proposal other than the PFA render quite unlikely the remote possibility of the Canadian Debtors seeing any other proposal once the PFA at issue is approved.

52 From that perspective, if the PFA is truly the best available funding arrangement under the circumstances, it is difficult to understand why the definition of Superior Proposal had to be so narrowly construed and why the MII Board of Directors' powers of recommendation so precisely limited, mostly when one sees that the DIP Lenders have the opportunity to match any Superior Proposal within five days.

53 At present, the terms of the PFA discourage rather than invite the coming forward of other potential bidders.

54 Contrary to what the Canadian Debtors argued, the issue is not whether the MII Board of Directors will likely consider or not a Superior Proposal received, even though their flexibility is very limited in that regard. The issue is rather whether or not the PFA as drafted does indeed favour any Superior Proposal coming forward because of its narrow and convoluted definition.

55 Second, while no doubt serious, the alleged urgency and need to proceed quickly to a vote of the unsecured creditors on the Proposed Plan on the basis of the PFA appears to be somewhat qualified. While no less than a few days ago, the PFA was being presented to the Court as a "take it or leave it" proposal, no terms of which could be modified, time has rather shown that even that initial PFA was not yet a fully matured and final proposal.

56 Faced with strong opposition by the Ad Hoc Committee of the Noteholders, the DIP Lenders first renounced to the rather unrealistic tight time frame they were insisting upon in their initial PFA. Then, they finally withdrew the gist of the exclusivity requirements that the Monitor himself had considered inappropriate for some time, to the knowledge of the DIP Lenders.

57 Furthermore, faced with the criticism regarding its level, they slightly reduced the amount of their break fee. Finally, they clarified the ambiguities concerning the pre-acquisition proposal clauses and the application of the break fee and fee and expenses clauses.

58 Considering the position voiced initially by the DIP Lenders, it appears obvious that none of this would have taken place without the benefit of the Contestation of the Ad Hoc Committee. That Contestation was triggered by the Canadian Debtors'

Motion and the corresponding need to satisfy the Court as to the reasonability of the PFA conditions, including the integrity and transparency of the process leading to it.

59 In this respect, the additional delays caused so far by the Contestation have enhanced rather than hurt the process by allowing at the very least some problematic clauses of the PFA to be withdrawn or qualified.

60 Third, turning to the break fee, the Court agrees with the Ad Hoc Committee's submission that the amount proposed appears disproportionate to the amount that the DIP Lenders are putting on the table for the Canadian Debtors' plan of arrangement.

61 Under the PFA, the DIP Lenders undertake to pay through Mecadev Euros 55,000,000 to MII. The proposed break fee, as reduced, is Euros 2,500,000, which is about 4.5% of the Euros 55,000,000 offered.

62 Based on the evidence presented to the Court, this appears excessive. In the chart of break fees attached to the Motion<sup>8</sup>, the average break fee, in a merger and acquisition scenario, is about 2.9%. Also, no precedent involving similar break fees in the context of a restructuring process has been offered to the Court.

63 Finally, according to the evidence, the amount of the break fee is at least twice the amount of real expenses incurred so far by the DIP Lenders under the PFA process. Accordingly, it does include some sort of a risk premium or effort premium of some magnitude.

64 The burden of showing that the break fee is reasonable rests upon the Canadian Debtors. The evidence in support thereof is sketchy at best. This is not an issue that one should consider lightly in the context of a *CCAA* restructuring supervised by a Court, whereby the unsecured creditors, who are already suffering the consequences of the restructuring as here, end up in reality paying the cost of such break fee.

65 Fourth, the Court considers that the other arguments that the Canadian Debtors insisted upon are not convincing under the circumstances.

66 On the one hand, while the approval and support of the Monitor remains an important factor, it is not decisive in and of itself.

67 Here, the Monitor is faced with nothing else and reasonably fears that the process may be going to a dead end without the PFA. Admittedly, this is not an easy situation. Yet, in the Court's view, it is no reason to close one's eyes towards a process that appears to be submitted as a "*fait accompli*" under the PFA.

68 On the other hand, the argument voiced often by the Canadian Debtors and the Monitor, to the effect of letting the matter go to a vote on the Proposed Plan by the unsecured creditors, does not answer the problem truly at issue here.

69 The Court is asked to approve and give its blessing to the PFA. Once the PFA is approved, there is no going back. The creditors will not be in a position to change its terms, if alone, with respect notably to the narrow definition of a Superior Proposal, the lack of flexibility given to the Board of Directors of MII in terms of recommendations, and the applicability of the break fee. Letting the matter go to a vote on the Proposed Plan will not deal with these issues at any point in time.

70 In this regard, the *Stelco* decision<sup>9</sup> relied upon by the Canadian Debtors and the DIP Lenders is of no assistance. In that case, the decision to send the matter to a vote notwithstanding the opposition voiced was reached in a different context.

71 The process involved had been going on for twenty some months. Prior plans had been presented and had failed. No one had any formal or decisive veto like here. The Court was of the view that the plan was not doomed to fail and that the break fee was reasonable. The process was neither at issue.

72 In this case, this is not so.

73 The position voiced by the Ad Hoc Committee suffers no ambiguity. It should not be discarded lightly. No one has suggested that they have any other ulterior motive than to try to obtain the best possible value for their claims within the best available process and through the best efforts.

74 It is not with happiness that the Court concludes that it cannot approve the PFA as it stands today. No one knows if time or a more open process will lead to a better result. However, this uncertainty is insufficient to approve the process leading to the PFA and the PFA as it stands.

75 To paraphrase the Ad Hoc Committee's submission, approval of the PFA on the terms proposed would limit the flexibility and optionality of the process at a time when, given that the DIP Lenders' PFA has not been tested and is not supported by key stakeholders, the process does require flexibility, optionality and credibility.

76 All in all, the Court's assessment of the situation is that there is likely still margin to do better. The behaviour of the DIP Lenders and the amended PFA are silent testimony in support of that assertion.

**FOR THESE REASONS GIVEN VERBALLY AND REGISTERED, THE COURT:**

77 **DISMISSES** the Motion;

78 **COSTS TO FOLLOW.**

*Motion dismissed.*

Footnotes

1 Exhibit R-1.

2 Exhibit R-1A.

3 *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36.

4 *Royal Bank v. Soundair Corp.* (1991), 7 C.B.R. (3d) 1 (Ont. C.A.), at ¶16.

5 *Tiger Brand Knitting Co., Re* (2005), 9 C.B.R. (5th) 315 (Ont. S.C.J.), leave to appeal refused (2005), 19 C.B.R. (5th) 53 (Ont. C.A.).

6 2007 ABQB 49 (Alta. Q.B.)

7 *Boutique Euphoria (Arrangement)* (July 19, 2007), Doc. Montreal 500-11-030746-073 (C.S. Que.)

8 Exhibit R-2.

9 *Stelco Inc., Re* [2005 CarswellOnt 5023 (Ont. S.C.J. [Commercial List])], 2005 CanLII 36272; (2005), 15 C.B.R. (5th) 288 (Ont. C.A.), 2005 CanLII 40140.

# TAB 3

2007 ABQB 49  
Alberta Court of Queen's Bench

Calpine Canada Energy Ltd., Re

2007 CarswellAlta 156, 2007 ABQB 49, [2007] A.W.L.D. 1172, 155 A.C.W.S. (3d) 77, 28 C.B.R. (5th) 185

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

And in the Matter of Calpine Canada Energy Limited, Calpine Canada Power Ltd., Calpine Canada Energy Finance ULC, Calpine Energy Services Canada Ltd., Calpine Canada Resources Company, Calpine Canada Power Services Ltd., Calpine Canada Energy Finance II ULC, Calpine Natural Gas Services Limited, and 3094479 Nova Scotia Company (Applicants)

B.E. Romaine J.

Heard: January 22, 2007  
Judgment: February 8, 2007  
Docket: Calgary 0501-17864

Counsel: Larry B. Robinson, Q.C., Sean I. Collins, Fred Myers, Jay A. Carfagnini, Brian Empey for CCAA Debtors  
Patrick McCarthy, Q.C., Josef A. Krueger for Monitor  
A. Robert Anderson, Q.C., Kevin P. McElcheran (present by telephone) for Independent Trustees of Calpine Commercial Trust  
John Finnigan, Robert Thornton for ULC2 Ad Hoc Committee of Bondholders  
Sean Dunphy, Elizabeth Pillon for ULC2 Trustee  
Frank Dearlove for HSBC Bank  
Howard Gorman, Randal Van de Mosselaer for ULC1 Noteholders  
Peter H. Griffin for Calpine Corporation and other U.S. Debtors  
Peter T. Linder, Q.C., Emi R. Bossio for HCP Acquisition Inc.  
Richard Billington for Catalyst Capital Group Inc.  
Glenn Solomon for certain creditors

***B.E. Romaine J.:***

**Introduction**

1 These reasons describe the complicated and controversial course of an application to sell certain assets. The application was made by the above-noted applicants (collectively, the "Calpine Applicants"), who, pursuant to an initial order dated December 20, 2005, are under the protection of the *Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36*, as amended (the "CCAA").

**Facts**

2 This saga began when the Calpine Applicants decided to attempt to sell certain assets that form part of the complex, intertwined relationship of Calpine Canada Power Ltd. ("CCPL") with the Calpine Commercial Trust (the "Trust") and the Calpine Power Income Fund (the "Fund").

3 On December 21, 2006, the Calpine Applicants filed a Notice of Motion, returnable on December 28, 2006, seeking authorization to market and sell the following assets (the "Fund-related Assets"):



a) certain contracts, being a management agreement, an administration agreement and some operating agreements (collectively, the "MA&O Agreements") relating to the Fund, the Trust and Calpine Power L.P. ("CLP") and to the operation of two power plants owned by CLP; and

b) the Class B Units in CLP.

4 An affidavit sworn on December 21, 2006 by Toby Austin, President and CEO of CCPL, includes at para. 10 a simplified diagram of the structure of CCPL's relationship with the Fund, the Trust and CLP.

5 Briefly, CLP is a limited partnership with Calpine Power L.P. Ltd. ("CLPGP") as its general partner and the Trust and CCPL as limited partners. CLPGP has assigned its rights and obligations as a general partner to CCPL. The Trust is an open-ended trust, the sole beneficiary of which is the trustee of the Fund. The Fund is a publicly held income fund listed on the TSX. Since CCPL and the other Canadian Calpine entities sought the protection of the CCAA, the Trust and the Fund have been governed by the independent trustees of the Trust and the independent directors of CLPGP (who are also trustees).

6 The Trust's principal asset is its interest in CLP. CLP indirectly owns two power plants, the Island Cogen Facility in British Columbia and the Calgary Energy Centre. CLP granted a participating unsecured loan to Calpine Canada Whitby Holdings Company, an entity that owns 50% of a joint venture that is developing a cogeneration facility in Ontario.

7 The Trust owns A Units in the CLP limited partnership. CCPL owns B Units. The B Units, which represent 30% of the equity of CLP, are subordinate to the A Units. Further complicating this already intertwined relationship, the Trust purchased from CCPL in May 2004 a promissory note with a face value of approximately \$53.5 million pursuant to a loan known as the Manager's Loan. As security for the Manager's Loan, CCPL granted to the Trust a pledge of the B Units.

8 CCPL administers the Fund and the related entities pursuant to the MA&O Agreements. The MA&O Agreements all provide that they may be assigned by CCPL only with the consent of either the Trust or CLP, which consent shall not be unreasonably withheld. In support of their motion for authorization to sell the Fund-related Assets, the Calpine Applicants advised that on December 19, 2006, Harbinger Capital Partners ("Harbinger") had announced its intention to launch a take-over bid for the publicly-traded trust units of the Fund and that the Calpine Applicants believed that this presented them with an opportunity to negotiate the sale of the Fund-related Assets with bidders who might be interested in acquiring the Fund.

9 In response to the Calpine Applicants' motion, the Fund advised that it intended to bring a cross-application to terminate the MA&O Agreements. The Christmas break intervened and the application and proposed cross-application were adjourned to a date in January 2007. The Fund was to circulate materials with respect to its cross-application by Friday, January 12, 2007.

10 During the days leading up to and including Saturday, January 13, 2007, the Fund and the Calpine Applicants negotiated and entered into a settlement agreement (the "Settlement Agreement"). A notice of motion and supporting affidavit with respect to this Settlement Agreement was circulated to the service list on January 13 and 14, 2007. The Calpine Applicants applied for an order:

a) authorizing CCPL to enter into the Settlement Agreement;

b) approving the Settlement Agreement and the various transaction agreements that accompanied it;

c) terminating the MA&O Agreements upon the closing of the Settlement Agreement and lifting the stay of proceedings under the CCAA proceedings for that limited purpose;

d) directing that a confidential supplemental report on the Settlement Agreement that was to be prepared by Ernst & Young Inc. (the "Monitor") be sealed until closing of the Settlement Agreement; and

e) miscellaneous other relief.

11 The Fund prepared a Notice of Motion bearing the same date in which the independent trustees of the Trust and the directors of CLPGP applied to lift the stay imposed under the CCAA for the purpose of terminating the MA&O Agreements if the Settlement Agreement was not approved by the Court. The motion to approve the Settlement Agreement was to be heard on Wednesday, January 17, 2007.

12 On Monday, January 15, 2007, I heard from various stakeholders in this CCAA proceeding who were aggrieved about both the timing of the application and the stringent requirements of confidentiality that had been imposed by the Fund on information relating to the Settlement Agreement. That day was a holiday in the United States where a number of stakeholders are resident and several counsel had been unable to receive instructions from their clients on these issues. I directed that the application to approve the Settlement Agreement be set over to Monday, January 22, 2007 and that the issue of the terms of confidentiality be adjourned to Wednesday, January 17, 2007 so that counsel could obtain adequate instructions from their clients.

13 Late on January 16, 2007, the Monitor received an offer (the "Harbinger Offer") for the Fund-related Assets from HCP Acquisition Inc. ("HCP"), the subsidiary of Harbinger that is the vehicle for Harbinger's take-over bid for the public Trust units. The Monitor provided the Court with a copy of the offer, together with an application for advice and directions, shortly before Court opened to hear submissions on the confidentiality issue. The Harbinger Offer for the Fund-related Assets was publicly disclosed by press release, but most parties had only recently become aware of its terms. The Monitor, of course, was not in a position at that time to provide advice on the offer and how it compared to the terms of the Settlement Agreement. It became apparent during the course of the hearing that the stakeholders wanted the Monitor to prepare a comparison of the Settlement Agreement and the Harbinger Offer. Submissions from that point focussed on how much, if any, of the Monitor's report with respect to that comparison should be subject to confidentiality, and whether the confidentiality provisions imposed by the Fund on the Settlement Agreement and on the Monitor's Supplemental Report (as defined below) should be lifted. Some stakeholders argued vigorously for a different process more akin to an open auction or tender for the assets.

14 At this point, the Monitor had prepared two reports, a Sixteenth Report that discussed the Settlement Agreement in general terms, without disclosing its specific financial terms, which was disclosed without restriction to the service list, and a Supplemental Report to the Sixteenth Report (the "Supplemental Report") that disclosed those financial terms, together with the Monitor's comments on the value of the MA&O Agreements and the B Units. These latter comments included a review of CCPL's discounted cash flow financial model of the B Units. The Supplemental Report was made available only to stakeholders who entered into confidentiality agreements as required by the Settlement Agreement.

15 The Calpine Applicants and the Fund submitted that the Settlement Agreement and the Supplemental Report were confidential and commercially sensitive to both parties. The Calpine Applicants were concerned that pricing and valuation information contained in the Supplemental Report would have a negative impact on any subsequent marketing process if the Settlement Agreement was not approved. The Fund had concerns relating to its response to the Harbinger take-over bid of the publicly-traded trust units and submitted that disclosure of the pricing and financial terms could be used by Harbinger to the disadvantage of the Fund. The Fund also asserted strenuously that it did not want to be placed in the position of a stalking horse for the Fund-related Assets and that, if it was put in that position, it would withdraw its offer.

16 The parties who sought access to the terms of the Settlement Agreement and the Supplemental Report were offered certain choices of confidentiality agreements, but it is clear that the Fund sought to ensure that such parties would be precluded from using the information for any purpose other than evaluating the Settlement Agreement, and particularly from making any kind of competing bid for the Fund's public trust units. One version of confidentiality agreement proffered by the Fund allowed stakeholders to establish an internal confidential screen that would remain in effect for two years in order to evaluate the information without requiring confidentiality to be imposed on the stakeholder's entire organization. Another allowed legal advisors to review the material without allowing them to disclose confidential terms to their clients. Although an attempt to impose this degree of restriction on access to information is exceptional in litigation generally, it is not without precedent in cases involving CCAA proceedings and receivers where assets of a business are sought to be sold: See In the matter of a Plan of Compromise and Arrangement of Air Canada, *et al.*, under the CCAA, R.S.C. 1985, c. C-36, as amended; see also In the

matter of the [CCAA, R.S.C. 1985, c. C-36](#), as amended, and In the Matter of the Courts of Justice Act, R.S.O. 1990 c. C-43, as amended and In the Matter of a Plan of Compromise or Arrangement of Royal Oak Mines, *et al.* (all unreported).

17 I concluded that, although the Settlement Agreement was negotiated under stringent terms of confidentiality and the Supplemental Report was prepared pursuant to an assumption of confidentiality and on the assumption that the likelihood of CCPL receiving any offers whose benefits to CCPL exceeded those of the Settlement Agreement was remote, the situation had changed with the introduction of the Harbinger Offer. I was concerned, however, that it could be prejudicial to the primary goal of maximizing value to stakeholders if I ordered unrestricted disclosure of the Settlement Agreement or of the Supplemental Report during the short period of time between January 17 and January 22, 2007, when the Monitor's new report comparing the offers became available, particularly if I determined after hearing full submissions on January 22, 2007 that a different process should be followed.

18 I therefore declined either to endorse the confidentiality provisions imposed by the Fund to that date or to order greater disclosure, on the basis that the fairness of the process that led to the Settlement Agreement and the confidentiality requirements that had been imposed by it were live issues for submissions on January 22, 2007 and would be factors in any decision on whether or not to approve the Settlement Agreement. I directed the Monitor to prepare its comparison report with the analysis of the Settlement Agreement remaining subject to restricted disclosure, but with the Monitor's conclusions and recommendations being available on an unrestricted basis to stakeholders. I asked the Monitor to address the issue of whether a broader auction or marketing process should be undertaken.

19 The Monitor's Seventeenth Report was prepared and circulated on Friday, January 19, 2007. The Monitor concluded that, taking into account the material variables affecting the comparison between the Harbinger Offer and the Settlement Agreement, the completion of the Settlement Agreement proposal was the prudent approach. The Monitor stipulated, however, that the Calpine stakeholders should have the benefit of the Seventeenth Report and that the Monitor and the Court "should consider the stakeholders' tolerance for increased risk and potentially incremental realizations for the Fund-related Assets when considering the motion to approve the [Settlement Agreement] on January 22, 2007."

20 The Monitor considered two broad options, the completion of the Settlement Agreement and an auction marketing process. The Monitor noted that the Fund had advised the Court that it would not participate in an auction process and had indicated that, if the Settlement Agreement was not approved on January 22, 2007, it would proceed on January 26, 2007 with its motion to terminate the MA&O Agreements. If the Fund removed itself from the auction process, there would be no competitive tension with the Harbinger Offer unless other parties came forward. The Monitor believed that a limited number of new parties would be available to participate in an auction process because parties who might otherwise be interested might have become restricted in submitting an offer because of participation in the Fund's efforts to find a "white knight" with respect to the Harbinger take-over bid for the Fund public trust units. The Monitor pointed out that the B Units are an illiquid, subordinated minority position in a private entity, attractive primarily to parties who may be interested acquiring the Fund. He also noted that the Harbinger Offer could be terminated at any point prior to acceptance. Given all of these factors, the Monitor believed there was substantial risk in pursuing an auction process.

21 On the morning of January 22, 2007, shortly before the motion to approve the Settlement Agreement was heard, Harbinger submitted a revised offer for the Fund-related Assets (the "Harbinger Revised Offer") that increased the price offered from the greater of \$100 million or the value of the Settlement Agreement transaction price plus \$2 million, as set out in the Harbinger Offer, to the greater of \$110 million and 110% of the value of the Settlement Agreement transaction price. The Harbinger Revised Offer also removed Harbinger's ability to withdraw the offer without the Monitor's permission before the earlier of:

- a) February 16, 2007;
- b) Court approval of an alternate proposal; and
- c) Harbinger making a replacement offer that the Monitor concludes is superior to the Harbinger Revised Offer.

22 At the hearing, the Ad Hoc Committee of ULC II Bondholders, which includes Harbinger as a member, and the ULC II Indenture Trustee were in vehement opposition to the motion to approve the Settlement Agreement, suggesting that the process that led to the Settlement Agreement and the restrictions on access to financial information imposed by the Fund had resulted in a "fatally flawed secret marketing process" that placed the stakeholders and the Court in an untenable position. In answer to the Monitor's suggestion that the Court hear from the stakeholders regarding their tolerance for increased risk and potentially incremental realizations for the Fund-related Assets, the Ad Hoc Committee advised that its members, absent Harbinger, had conferred and that "they are prepared to forego the secret benefits of the Settlement Agreement and either take their chances with a properly supervised process, or if need be, revert to the status quo where the marketing of this asset had not yet been commenced." Counsel for the ULC II Bondholders and Trustee submitted that an expedited sales process should be conducted, and that there was still time, given the status of the Harbinger take-over bid, for there to be an auction between the two existing bidders.

23 The Ad Hoc Committee of the ULC II Bondholders and the ULC II Indenture Trustee were the only major creditor group who had not entered into a form of confidentiality agreement with CCPL and the Trust so as to obtain access to the financial terms of the Settlement Agreement and the restricted portions of the Monitor's reports. As noted by counsel, the ULC II Bondholders are in the business of trading in distressed bonds, and the possession of non-public information relating to the B Units would preclude them from trading in any Calpine securities until the information became public. While the alternatives offered by CCPL and the Trust would allow counsel to the Bondholders to evaluate the Settlement Agreement with a view to the interests of their clients, it would not allow them direct access to information without the unpalatable result to their business of restricting their freedom to trade in Calpine securities. Thus, for this group of stakeholders, anything less than full public disclosure of information about the B Units would be problematic. This placed these creditors in direct conflict with the Trust and the Fund in their efforts to maintain confidentiality of commercially-sensitive information and to avoid becoming a "stalking-horse" for higher offers. While neither of these private commercial interests is of primary significance to this Court in the context of CCAA proceedings, which have as a primary goal the maximization of value of the debtors' assets for the benefit of stakeholders as a whole, they are factors to be weighed in a determination of the fairness and integrity of the sale process.

24 Counsel for the Ad Hoc ULC I Noteholders Committee, who had access to all information relating to the Settlement Agreement through a "counsel's eyes only" confidentiality agreement, noted that his clients were in favour of a short auction between the Fund and Harbinger, with the Fund publicly releasing the details of the Settlement Agreement.

25 Harbinger submitted that the Harbinger Revised Offer addressed a number of the Monitor's concerns, including the elimination of the right to withdraw the offer at any time prior to acceptance, and called for an open auction/marketing process for the assets.

26 The Fund pointed out that eighteen creditors or creditor groups had signed a form of confidentiality agreement, leaving only the ULC II Bondholders and the ULC II Indenture Trustee among the major creditors who had not had access to the financial terms of the Settlement Agreement and the restricted portions of the Monitor's Reports. It "strongly objected" to the marketing of the MA&O Agreements and set out the requirements it indicated it would insist that an assignee of those agreements and a purchaser of the B Units must fulfill if the Settlement Agreement was not approved.

27 When it became apparent that the Settlement Agreement likely would not be approved on the day of hearing, counsel for the Fund noted that the Settlement Agreement expired at midnight on January 23, 2007 and he could not indicate if the independent trustees and directors would extend the deadline or would let the Settlement Agreement lapse. He stated that the Fund would not participate if the process became an auction. Counsel for the Fund suggested that the terms of the Settlement Agreement be disclosed to all parties other than Harbinger for a very brief period of two hours that day, after which the Monitor would prepare a supplemental report on any additional offers that this disclosure would generate overnight, with the hearing continuing the next day. The Calpine Applicants pointed out that they were bound to support the Settlement Agreement and that they, too, were reluctant to prolong the process beyond the time the Settlement Agreement would expire, as they feared losing the benefits of that agreement.

28 This one-day proposal, which excluded Harbinger, was characterized by the ULC II Bondholders group and the ULC I Noteholders group as being unworkable and wholly ineffective in maximizing value. Harbinger, through its counsel, suggested that the process required at least 10 days, the creation of a data room and a general invitation to bidders.

29 The duties a court must perform when deciding whether a receiver has acted appropriately in selling an asset are summarized succinctly in *Royal Bank v. Soundair Corp.* (1991), 7 C.B.R. (3d) 1, 4 O.R. (3d) 1, 83 D.L.R. (4th) 76, 46 O.A.C. 321 (Ont. C.A.) at para. 16 as follows:

1. It should consider whether the receiver has made a sufficient effort to get the best price and has not acted improvidently.
2. It should consider the interests of all parties.
3. It should consider the efficacy and integrity of the process by which offers are obtained.
4. It should consider whether there has been unfairness in the working out of the process.

While the *Soundair* case involved a receivership and this is a situation of a debtor-in-possession under the CCAA overseen by a Monitor, these duties remain relevant to the issues before me, with some adaptation for the differences in the form of proceedings. It is noteworthy that *Soundair* did not suggest that a formal auction process was necessary or advisable in every case, and the Court in fact referred to *Salima Investments Ltd. v. Bank of Montreal* (1985), 59 C.B.R. (N.S.) 242, 41 Alta. L.R. (2d) 58, 65 A.R. 372, 21 D.L.R. (4th) 473 (Alta. C.A.), where the Alberta Court of Appeal suggests that a court on an application to approve a sale is not necessarily bound to conduct a judicial auction.

30 I have no doubt that in negotiating the Settlement Agreement with the Fund, the Calpine Applicants made efforts to get the best price possible, and that they did not act improvidently. While there were submissions to the contrary, it is telling that the Monitor was prepared to recommend the Settlement Agreement despite the lack of negotiation with parties other than the Fund, due primarily to the unique and difficult character of the Fund-related Assets and the backdrop of the Harbinger take-over bid for the Fund's public trust units, which created a time-limited window of opportunity. I also am not persuaded that the Settlement Agreement was not responsive to the interests of all parties, particularly to the primary interest of the creditors in maximizing value, given the circumstances facing the Calpine Applicants at the time the Settlement Agreement was negotiated.

31 There was, however, a lack of sufficient transparency and open disclosure, which resulted in a process lacking the degree of integrity and fairness necessary when the court is involved in a public sale of assets under the CCAA. The CCAA insulates a debtor from its creditors for a period of time to allow it to attempt to resolve its financial problems through an acceptable plan of arrangement. It allows the debtor to carry on business during that period of time and to exercise a degree of normal business judgment under the supervision of the court and a Monitor. What may be commercially reasonable and even advantageous when undertaken by parties outside the litigation process, however, may be restricted by the requirement that fairness be done, and be seen to be done, when the process is supervised by the court. While a more open process may not lead to greater value, and may, as in this case, give rise to the possibility that an existing bidder may exit the process, the nature of a court-supervised process demands a process that meets at least minimal requirements of fairness and openness. The process undertaken to the point of the hearing on January 22, 2007, particularly with its emphasis on control of information and confidentiality for the primary benefit of the Fund, did not pass the test.

32 In addition, the fact of the Harbinger Offer necessitated closer consideration of the Monitor's assumption, reasonable as it may have been at the time it was made, that the likelihood that the Calpine Applicants would receive any offers that would exceed the benefits to CCPL of the Settlement Agreement was remote.

33 I concluded that circumstances had conspired to produce a situation that was neither fish nor fowl, a kind of lopsided auction where different bidders were privy to different information and bound by different constraints. What had already occurred could not be changed, but a different process was required from that point forward. While there were differences of

opinion as to how much time was available to conduct a sales process with an acceptable degree of integrity, it was necessary that such process be conducted quickly, given the circumstances affecting the two interested bidders. It appeared clear that it would be to the benefit of all stakeholders if the process were accelerated. I decided that an abbreviated sales process was necessary in order to balance the competing requirements of fairness, speed imposed by external circumstances and protection of *bona fide* proprietary or commercially-sensitive information.

34 While not dismissing the application to approve the Settlement Agreement, I directed that:

- a) the Monitor issue its Eighteenth Report which would disclose the financial terms of the Settlement Agreement to all stakeholders, including HCP, by noon on January 23, 2007;
- b) offers for the Fund-related Assets were to be submitted to the Monitor by noon on Thursday, January 25, 2007;
- c) the Monitor would issue its Nineteenth Report comparing offers received by 2:00 p.m. on Friday, January 26, 2007; and
- d) the hearing would resume on Tuesday, January 30, 2007.

35 These time limits were later changed by agreement of affected parties so that final offers were to be received by noon on Friday, January 26, 2007 and the Monitor would issue its Nineteenth Report by noon on Saturday, January 27, 2007.

36 I directed that HCP would be able to meet and discuss issues relating to its offer with the Monitor and/or, if the Fund decided not to extend the Settlement Agreement, the Calpine Applicants.

37 I did not release the Supplemental Report generally, on the basis that it had been prepared in the scenario of a single offer and on the assumption of confidentiality. Nor did I release the confidential portion of the Monitor's Seventeenth Report, which had been superseded by events.

38 The Monitor issued its Nineteenth Report providing a summary and analysis of offers received for the Fund-related Assets by noon on January 26, 2007. However, immediately prior to releasing the report, the Monitor was contacted by HCP and the Fund, acting jointly, requesting a delay of two hours to allow time for the submission of a revised offer. The Monitor advised me of the receipt of such revised offer when it delivered the Nineteenth Report to me on January 26, 2007 and provided a copy of the newly-revised offer (the "Harbinger Final Offer"). The Monitor indicated that it would be canvassing major stakeholders to receive their input on the offers and would issue a supplemental report to the Nineteenth Report prior to the court hearing on January 30, 2007. On Monday, January 29, 2007, I asked the Monitor to include in such report an analysis of the Harbinger Final Offer and any other offers it might receive prior to the release of this supplemental report.

39 The Monitor issued its Twentieth Report late in the day on January 29, 2007. In addition to the Harbinger Final Offer, the Monitor had received a letter from Catalyst Capital Group Inc. ("Catalyst") varying certain of the terms of an offer it had submitted by Friday's deadline in view of the press release issued by HCP relating to the Harbinger Final Offer. These revised terms were incorporated into the Monitor's analysis of the Catalyst offer.

40 Four offers were presented to the Court on Tuesday, January 30, 2007. One was a revised offer from the Fund. One was a revised offer from HCP received by the Monitor on January 26, 2007 (the "Second Revised HCP Offer"). One was an offer from Catalyst as revised on January 29, 2007 (the "Revised Catalyst Offer"). One was the Harbinger Final Offer. The Monitor recommended the Harbinger Final Offer.

41 The Harbinger Final Offer provides certainty of price and certainty of closing. It eliminates risks associated with the splitting and realization of certain claims CLP has made against the Calpine Applicants, and it facilitates the capture of value for creditors with respect to the Whitby cogeneration project by allowing the prepayment of a loan related to the project and the sale by CCPL of its interest in the project. It has no material conditions, and eliminates the uncertainty of future litigation with the Fund as the Fund has undertaken to support the offer and to provide the necessary consents.



42 This certainty, of course, comes with a price, which is that between approximately \$10 million and \$34 million of additional potential consideration would be forgone compared to the Second Revised HCP Offer, the Revised Catalyst Offer or a new Catalyst offer briefly described by counsel during the hearing (the "New Catalyst Offer").

43 As the Monitor points out, there is substantial closing risk associated with the Second Revised HCP Offer and the Revised Catalyst Offer, risks that likely would erode the potential financial upside of those offers. The Second Revised HCP Offer, which carries the least risk, could not guarantee the consent of the Fund to either the transfer of the MA&O Agreements and the B Units or the outcome of an application to hold in abeyance the Fund's application to terminate the MA&O Agreements for a reasonable time following closing. Nor could it guarantee the outcome of an application for a permanent stay of any claim by the Trust or the Fund to terminate the MA&O Agreements for default due to the CCAA proceedings. These are risks not only of outcome but of time, as litigation would be required not only in this Court, but also might be prolonged by appeal.

44 The Revised Catalyst Offer and the New Catalyst Offer carry the same risks and more. Although the Fund may be constrained in rationalizing a refusal of consent with respect to the Second Revised HCP Offer by reason of its support of the Harbinger Final Offer, it would not be so constrained in refusing consent with respect to Catalyst. The Revised Catalyst Offer (and presumably the New Catalyst Offer, although this was not made clear) were subject to due diligence, regulatory approval, and, with respect to its higher range of value, the ability of Catalyst to come to an agreement with CCPL and perhaps the Fund to achieve value from the Whitby project. Originally, the Revised Catalyst Offer could be terminated at any time before acceptance. While Catalyst, in its submissions during the hearing, stated that it was prepared to abandon this condition, it was not clear how long it was prepared to leave its offers open.

45 The Ad Hoc ULC I Noteholders Committee expressed the wish to continue the process to see if greater value could be achieved. While the temptation to continue the process is understandable, given the carrot of higher offers and the suggestion of late-breaking developments in the take-over bid for the Fund's public trust units, prolonging the process would not allow Catalyst or any other new bidder the opportunity to overcome the serious contract transfer and contract termination risks that shadow their offers, given that the Fund is now bound to support the Harbinger Final Offer. Only the Harbinger Final Offer can provide the assurance that prolonged litigation with the Fund will be avoided, at least in the time frame imposed on this process by the take-over bid.

46 In addition, given my decision on January 22, 2007 to allow an abbreviated process, and not the more leisurely time-frame requested by some of the bidders, it would be unfair to extend the process on the basis of Catalyst's last-minute, in-Court efforts to improve its bid.

47 I also considered the objection raised by the Ad Hoc ULC I Noteholders Committee to the transfer of value to the public unitholders arising from the Harbinger Final Offer. It is true that value that potentially existed under the Second Revised HCP Offer has been transferred from the Calpine creditors to the public unitholders of the Fund under the Harbinger Final Offer through the sweetening of the HCP take-over bid, but this did not occur without the significant advantage of greater certainty. It is noteworthy that the Monitor in his Seventeenth Report was prepared to recommend the Settlement Agreement with its lower consideration over the Harbinger Offer on the basis of that uncertainty.

48 The process was certainly not pretty. It started with a privately-negotiated Settlement Agreement that could not be disclosed in a way that would create a level playing field for all interested parties. There were good-faith reasons for the negotiation of such an agreement, set out in the affidavits and cross-examinations of the Calpine Applicants and the Fund, reasons rooted in attempting to achieve a balance between the Calpine Applicants' goal of value maximization and the Fund's need for confidentiality arising from both commercial proprietary interest and the threat of the take-over bid. Nevertheless, as I indicated earlier, the restrictions on disclosure arising from these circumstances could not be sanctioned in the context of a public CCAA proceeding with many stakeholders.

49 The Fund-related Assets are, as many parties noted, unique and unusual assets. They are part of a web of intertwined relationships in a complex corporate structure. As the Calpine Applicants recognized, the value of these assets could be

optimized because of the take-over bid and the strategic challenges facing Harbinger and the Fund relating to that take-over bid. While advantageous to the Calpine creditors in that respect, the situation foreclosed a more traditional court-supervised auction that may have been appropriate for a different kind of asset and created a brief window of time for maximizing value. Perfection of process was highly unrealistic in these circumstances.

50 Has value been maximized under the abbreviated sales process? As some of the case law on process notes, a good test of whether a process has produced improvident bids is whether a substantially higher bid surfaces at the approval stage. In this case, while the last-minute bid by Catalyst was higher, it was not substantially so, and the improvements offered at the last minute by Catalyst to eliminate conditions in its bid were not so attractive as to lead to the concern that unrealized value lurked in the market if only the process had been extended.

51 There was criticism of the Harbinger Final Offer on the basis that it came in after the deadline for final offers had expired. However, Catalyst was afforded the same opportunity to revise its previous offer. In fact, it did so, and its revised offer was considered by the Monitor. This was not a formal tender process with an elaborate set of terms and conditions. Given the short time line forced by external circumstances, a certain amount of flexibility was necessary and was afforded to both HCP and Catalyst, but the integrity of the process required that that flexibility end at the time of hearing on January 30, 2007. The ability afforded to both HCP and Catalyst to revise their bids prior to the completion of the Monitor's Twentieth Report was not unfair, nor did it materially compromise the process.

52 It must be emphasized that the Monitor recommended that the HCP Final Offer be accepted and set out thorough and thoughtful reasons for that recommendation in its Twentieth Report. That recommendation was unshaken by Catalyst's last-minute attempts to improve its bid. While this application involves a Monitor under the CCAA, rather than a court-appointed receiver, I endorse the view of the Anderson, J. in *Crown Trust Co. v. Rosenberg* (1986), 60 O.R. (2d) 87, 67 C.B.R. (N.S.) 320 (note), 22 C.P.C. (2d) 131, 39 D.L.R. (4th) 526 (Ont. H.C.) set out at page 112:

If the court were to reject the recommendations of the Receiver in any but the most exceptional circumstances, it would materially diminish and weaken the role and function of the Receiver both in the perception of receivers and in the perception of any others who might have occasion to deal with them. It would lead to the conclusion that the decision of the Receiver was of little weight and that the real decision was always made upon the motion for approval. That would be a consequence susceptible of immensely damaging results to the disposition of assets by court-appointed receivers.

53 The Monitor in this case has been intimately involved in the proposed sale of the Fund-related Assets from the beginning and for more than a year has accumulated valuable knowledge and insight into the complications and intricacies of the very complex corporate structure of the Calpine Applicants. The opinion of the Monitor deserves respect and deference. If, as the Court in *Soundair* commented at para. 14, "(t)he best method of selling an airline at the best price is something far removed from the expertise of a court", so is navigating the difficult shoals of selling unique, illiquid assets forming part of a complex corporate network with bidders preoccupied with broader external challenges. The recommendation of the Monitor, who was faced with a number of difficult variables and a rapidly-changing set of circumstances, was sound and reasonable.

54 I therefore found that the Harbinger Final Offer should be approved, as it provided for a reasonable balance of price and closing certainty, was endorsed by many of the stakeholders and was recommended by the Monitor.

55 Given the unique nature of the assets being sold, the nature of the closing risks, and in particular the nature of the material conditions affecting the value of the Revised Catalyst Offer, I agree with the Monitor, the Calpine Applicants, the independent trustees, the ULC II Bondholder groups and the U.S. Calpine entities that the potential for increased consideration through a continuation of the process or acceptance of the more conditional offers is outweighed by the risks and potential delay that would follow.

*Application granted.*



# TAB 4

**Century Services Inc.** *Appellant*

v.

**Attorney General of Canada on behalf of Her Majesty The Queen in Right of Canada** *Respondent***INDEXED AS: CENTURY SERVICES INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)****2010 SCC 60**

File No.: 33239.

2010: May 11; 2010: December 16.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

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

*Bankruptcy and Insolvency — Priorities — Crown applying on eve of bankruptcy of debtor company to have GST monies held in trust paid to Receiver General of Canada — Whether deemed trust in favour of Crown under Excise Tax Act prevails over provisions of Companies' Creditors Arrangement Act purporting to nullify deemed trusts in favour of Crown — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, s. 18.3(1) — Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 222(3).*

*Bankruptcy and insolvency — Procedure — Whether chambers judge had authority to make order partially lifting stay of proceedings to allow debtor company to make assignment in bankruptcy and to stay Crown's right to enforce GST deemed trust — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, s. 11.*

*Trusts — Express trusts — GST collected but unremitted to Crown — Judge ordering that GST be held by Monitor in trust account — Whether segregation of Crown's GST claim in Monitor's account created an express trust in favour of Crown.*

**Century Services Inc.** *Appelante*

c.

**Procureur général du Canada au nom de Sa Majesté la Reine du chef du Canada** *Intimé***RÉPERTORIÉ : CENTURY SERVICES INC. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)****2010 CSC 60**

N° du greffe : 33239.

2010 : 11 mai; 2010 : 16 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

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

*Faillite et insolvabilité — Priorités — Demande de la Couronne à la société débitrice, la veille de la faillite, sollicitant le paiement au receveur général du Canada de la somme détenue en fiducie au titre de la TPS — La fiducie réputée établie par la Loi sur la taxe d'accise en faveur de la Couronne l'emporte-t-elle sur les dispositions de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies censées neutraliser ces fiducies? — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 18.3(1) — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 222(3).*

*Faillite et insolvabilité — Procédure — Le juge en cabinet avait-il le pouvoir, d'une part, de lever partiellement la suspension des procédures pour permettre à la compagnie débitrice de faire cession de ses biens en faillite et, d'autre part, de suspendre les mesures prises par la Couronne pour bénéficier de la fiducie réputée se rapportant à la TPS? — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 11.*

*Fiducies — Fiducies expresses — Somme perçue au titre de la TPS mais non versée à la Couronne — Ordonnance du juge exigeant que la TPS soit détenue par le contrôleur dans son compte en fiducie — Le fait que le montant de TPS réclamé par la Couronne soit détenu séparément dans le compte du contrôleur a-t-il créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne?*

The debtor company commenced proceedings under the *Companies' Creditors Arrangement Act* ("CCAA"), obtaining a stay of proceedings to allow it time to reorganize its financial affairs. One of the debtor company's outstanding debts at the commencement of the reorganization was an amount of unremitted Goods and Services Tax ("GST") payable to the Crown. Section 222(3) of the *Excise Tax Act* ("ETA") created a deemed trust over unremitted GST, which operated despite any other enactment of Canada except the *Bankruptcy and Insolvency Act* ("BIA"). However, s. 18.3(1) of the CCAA provided that any statutory deemed trusts in favour of the Crown did not operate under the CCAA, subject to certain exceptions, none of which mentioned GST.

Pursuant to an order of the CCAA chambers judge, a payment not exceeding \$5 million was approved to the debtor company's major secured creditor, Century Services. However, the chambers judge also ordered the debtor company to hold back and segregate in the Monitor's trust account an amount equal to the unremitted GST pending the outcome of the reorganization. On concluding that reorganization was not possible, the debtor company sought leave of the court to partially lift the stay of proceedings so it could make an assignment in bankruptcy under the BIA. The Crown moved for immediate payment of unremitted GST to the Receiver General. The chambers judge denied the Crown's motion, and allowed the assignment in bankruptcy. The Court of Appeal allowed the appeal on two grounds. First, it reasoned that once reorganization efforts had failed, the chambers judge was bound under the priority scheme provided by the ETA to allow payment of unremitted GST to the Crown and had no discretion under s. 11 of the CCAA to continue the stay against the Crown's claim. Second, the Court of Appeal concluded that by ordering the GST funds segregated in the Monitor's trust account, the chambers judge had created an express trust in favour of the Crown.

*Held* (Abella J. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: The apparent conflict between s. 222(3) of the ETA and s. 18.3(1) of the CCAA can be resolved through an interpretation that properly recognizes the history of the CCAA, its function amidst the body of insolvency legislation enacted by

La compagnie débitrice a déposé une requête sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (« LACC ») et obtenu la suspension des procédures dans le but de réorganiser ses finances. Parmi les dettes de la compagnie débitrice au début de la réorganisation figurait une somme due à la Couronne, mais non versée encore, au titre de la taxe sur les produits et services (« TPS »). Le paragraphe 222(3) de la *Loi sur la taxe d'accise* (« LTA ») crée une fiducie réputée visant les sommes de TPS non versées. Cette fiducie s'applique malgré tout autre texte législatif du Canada sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (« LFI »). Toutefois, le par. 18.3(1) de la LACC prévoyait que, sous réserve de certaines exceptions, dont aucune ne concerne la TPS, les fiducies réputées établies par la loi en faveur de la Couronne ne s'appliquaient pas sous son régime.

Le juge siégeant en son cabinet chargé d'appliquer la LACC a approuvé par ordonnance le paiement à Century Services, le principal créancier garanti du débiteur, d'une somme d'au plus cinq millions de dollars. Toutefois, il a également ordonné à la compagnie débitrice de retenir un montant égal aux sommes de TPS non versées et de le déposer séparément dans le compte en fiducie du contrôleur jusqu'à l'issue de la réorganisation. Ayant conclu que la réorganisation n'était pas possible, la compagnie débitrice a demandé au tribunal de lever partiellement la suspension des procédures pour lui permettre de faire cession de ses biens en vertu de la LFI. La Couronne a demandé par requête le paiement immédiat au receveur général des sommes de TPS non versées. Le juge siégeant en son cabinet a rejeté la requête de la Couronne et autorisé la cession des biens. La Cour d'appel a accueilli l'appel pour deux raisons. Premièrement, elle a conclu que, après que la tentative de réorganisation eut échoué, le juge siégeant en son cabinet était tenu, en raison de la priorité établie par la LTA, d'autoriser le paiement à la Couronne des sommes qui lui étaient dues au titre de la TPS, et que l'art. 11 de la LACC ne lui conférait pas le pouvoir discrétionnaire de maintenir la suspension de la demande de la Couronne. Deuxièmement, la Cour d'appel a conclu que, en ordonnant la ségrégation des sommes de TPS dans le compte en fiducie du contrôleur, le juge siégeant en son cabinet avait créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne.

*Arrêt* (la juge Abella est dissidente) : Le pourvoi est accueilli.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Charron, Rothstein et Cromwell : Il est possible de résoudre le conflit apparent entre le par. 222(3) de la LTA et le par. 18.3(1) de la LACC en les interprétant d'une manière qui tienne compte adéquatement de l'historique de la LACC, de la fonction de cette loi parmi

Parliament and the principles for interpreting the *CCAA* that have been recognized in the jurisprudence. The history of the *CCAA* distinguishes it from the *BIA* because although these statutes share the same remedial purpose of avoiding the social and economic costs of liquidating a debtor's assets, the *CCAA* offers more flexibility and greater judicial discretion than the rules-based mechanism under the *BIA*, making the former more responsive to complex reorganizations. Because the *CCAA* is silent on what happens if reorganization fails, the *BIA* scheme of liquidation and distribution necessarily provides the backdrop against which creditors assess their priority in the event of bankruptcy. The contemporary thrust of legislative reform has been towards harmonizing aspects of insolvency law common to the *CCAA* and the *BIA*, and one of its important features has been a cutback in Crown priorities. Accordingly, the *CCAA* and the *BIA* both contain provisions nullifying statutory deemed trusts in favour of the Crown, and both contain explicit exceptions exempting source deductions deemed trusts from this general rule. Meanwhile, both Acts are harmonious in treating other Crown claims as unsecured. No such clear and express language exists in those Acts carving out an exception for GST claims.

When faced with the apparent conflict between s. 222(3) of the *ETA* and s. 18.3(1) of the *CCAA*, courts have been inclined to follow *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* and resolve the conflict in favour of the *ETA*. *Ottawa Senators* should not be followed. Rather, the *CCAA* provides the rule. Section 222(3) of the *ETA* evinces no explicit intention of Parliament to repeal *CCAA* s. 18.3. Where Parliament has sought to protect certain Crown claims through statutory deemed trusts and intended that these deemed trusts continue in insolvency, it has legislated so expressly and elaborately. Meanwhile, there is no express statutory basis for concluding that GST claims enjoy a preferred treatment under the *CCAA* or the *BIA*. The internal logic of the *CCAA* appears to subject a GST deemed trust to the waiver by Parliament of its priority. A strange asymmetry would result if differing treatments of GST deemed trusts under the *CCAA* and the *BIA* were found to exist, as this would encourage statute shopping, undermine the *CCAA*'s remedial purpose and invite the very social ills that the statute was enacted to avert. The later in time enactment of the more general s. 222(3) of the *ETA* does not require application of the doctrine of implied repeal to the earlier and more specific s. 18.3(1) of the *CCAA* in the circumstances of this case. In any event,

l'ensemble des textes adoptés par le législateur fédéral en matière d'insolvabilité et des principes d'interprétation de la *LACC* reconnus dans la jurisprudence. L'historique de la *LACC* permet de distinguer celle-ci de la *LFI* en ce sens que, bien que ces lois aient pour objet d'éviter les coûts sociaux et économiques liés à la liquidation de l'actif d'un débiteur, la *LACC* offre plus de souplesse et accorde aux tribunaux un plus grand pouvoir discrétionnaire que le mécanisme fondé sur des règles de la *LFI*, ce qui rend la première mieux adaptée aux réorganisations complexes. Comme la *LACC* ne précise pas ce qui arrive en cas d'échec de la réorganisation, la *LFI* fournit la norme de référence permettant aux créanciers de savoir s'ils ont la priorité dans l'éventualité d'une faillite. Le travail de réforme législative contemporain a principalement visé à harmoniser les aspects communs à la *LACC* et à la *LFI*, et l'une des caractéristiques importantes de cette réforme est la réduction des priorités dont jouit la Couronne. Par conséquent, la *LACC* et la *LFI* contiennent toutes deux des dispositions neutralisant les fiducies réputées établies en vertu d'un texte législatif en faveur de la Couronne, et toutes deux comportent des exceptions expresses à la règle générale qui concernent les fiducies réputées établies à l'égard des retenues à la source. Par ailleurs, ces deux lois considèrent les autres créances de la Couronne comme des créances non garanties. Ces lois ne comportent pas de dispositions claires et expresses établissant une exception pour les créances relatives à la TPS.

Les tribunaux appelés à résoudre le conflit apparent entre le par. 222(3) de la *LTA* et le par. 18.3(1) de la *LACC* ont été enclins à appliquer l'arrêt *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* et à trancher en faveur de la *LTA*. Il ne convient pas de suivre cet arrêt. C'est plutôt la *LACC* qui énonce la règle applicable. Le paragraphe 222(3) de la *LTA* ne révèle aucune intention explicite du législateur d'abroger l'art. 18.3 de la *LACC*. Quand le législateur a voulu protéger certaines créances de la Couronne au moyen de fiducies réputées et voulu que celles-ci continuent de s'appliquer en situation d'insolvabilité, il l'a indiqué de manière explicite et minutieuse. En revanche, il n'existe aucune disposition législative expresse permettant de conclure que les créances relatives à la TPS bénéficient d'un traitement préférentiel sous le régime de la *LACC* ou de la *LFI*. Il semble découler de la logique interne de la *LACC* que la fiducie réputée établie à l'égard de la TPS est visée par la renonciation du législateur à sa priorité. Il y aurait une étrange asymétrie si l'on concluait que la *LACC* ne traite pas les fiducies réputées à l'égard de la TPS de la même manière que la *LFI*, car cela encouragerait les créanciers à recourir à la loi la plus favorable, minerait les objectifs réparateurs de la *LACC* et risquerait de favoriser les maux sociaux que l'édition de ce texte législatif visait justement à

recent amendments to the *CCAA* in 2005 resulted in s. 18.3 of the Act being renumbered and reformulated, making it the later in time provision. This confirms that Parliament's intent with respect to GST deemed trusts is to be found in the *CCAA*. The conflict between the *ETA* and the *CCAA* is more apparent than real.

The exercise of judicial discretion has allowed the *CCAA* to adapt and evolve to meet contemporary business and social needs. As reorganizations become increasingly complex, *CCAA* courts have been called upon to innovate. In determining their jurisdiction to sanction measures in a *CCAA* proceeding, courts should first interpret the provisions of the *CCAA* before turning to their inherent or equitable jurisdiction. Noteworthy in this regard is the expansive interpretation the language of the *CCAA* is capable of supporting. The general language of the *CCAA* should not be read as being restricted by the availability of more specific orders. The requirements of appropriateness, good faith and due diligence are baseline considerations that a court should always bear in mind when exercising *CCAA* authority. The question is whether the order will usefully further efforts to avoid the social and economic losses resulting from liquidation of an insolvent company, which extends to both the purpose of the order and the means it employs. Here, the chambers judge's order staying the Crown's GST claim was in furtherance of the *CCAA*'s objectives because it blunted the impulse of creditors to interfere in an orderly liquidation and fostered a harmonious transition from the *CCAA* to the *BIA*, meeting the objective of a single proceeding that is common to both statutes. The transition from the *CCAA* to the *BIA* may require the partial lifting of a stay of proceedings under the *CCAA* to allow commencement of *BIA* proceedings, but no gap exists between the two statutes because they operate in tandem and creditors in both cases look to the *BIA* scheme of distribution to foreshadow how they will fare if the reorganization is unsuccessful. The breadth of the court's discretion under the *CCAA* is sufficient to construct a bridge to liquidation under the *BIA*. Hence, the chambers judge's order was authorized.

prévenir. Le paragraphe 222(3) de la *LTA*, une disposition plus récente et générale que le par. 18.3(1) de la *LACC*, n'exige pas l'application de la doctrine de l'abrogation implicite dans les circonstances de la présente affaire. En tout état de cause, par suite des modifications apportées récemment à la *LACC* en 2005, l'art. 18.3 a été reformulé et renuméroté, ce qui en fait la disposition postérieure. Cette constatation confirme que c'est dans la *LACC* qu'est exprimée l'intention du législateur en ce qui a trait aux fiducies réputées visant la TPS. Le conflit entre la *LTA* et la *LACC* est plus apparent que réel.

L'exercice par les tribunaux de leurs pouvoirs discrétionnaires a fait en sorte que la *LACC* a évolué et s'est adaptée aux besoins commerciaux et sociaux contemporains. Comme les réorganisations deviennent très complexes, les tribunaux chargés d'appliquer la *LACC* ont été appelés à innover. Les tribunaux doivent d'abord interpréter les dispositions de la *LACC* avant d'invoquer leur compétence inhérente ou leur compétence en equity pour établir leur pouvoir de prendre des mesures dans le cadre d'une procédure fondée sur la *LACC*. À cet égard, il faut souligner que le texte de la *LACC* peut être interprété très largement. La possibilité pour le tribunal de rendre des ordonnances plus spécifiques n'a pas pour effet de restreindre la portée des termes généraux utilisés dans la *LACC*. L'opportunité, la bonne foi et la diligence sont des considérations de base que le tribunal devrait toujours garder à l'esprit lorsqu'il exerce les pouvoirs conférés par la *LACC*. Il s'agit de savoir si l'ordonnance contribuera utilement à la réalisation de l'objectif d'éviter les pertes sociales et économiques résultant de la liquidation d'une compagnie insolvable. Ce critère s'applique non seulement à l'objectif de l'ordonnance, mais aussi aux moyens utilisés. En l'espèce, l'ordonnance du juge siégeant en son cabinet qui a suspendu l'exécution des mesures de recouvrement de la Couronne à l'égard de la TPS contribuait à la réalisation des objectifs de la *LACC*, parce qu'elle avait pour effet de dissuader les créanciers d'entraver une liquidation ordonnée et favorisait une transition harmonieuse entre la *LACC* et la *LFI*, répondant ainsi à l'objectif — commun aux deux lois — qui consiste à avoir une seule procédure. Le passage de la *LACC* à la *LFI* peut exiger la levée partielle d'une suspension de procédures ordonnée en vertu de la *LACC*, de façon à permettre l'engagement des procédures fondées sur la *LFI*, mais il n'existe aucun hiatus entre ces lois étant donné qu'elles s'appliquent de concert et que, dans les deux cas, les créanciers examinent le régime de distribution prévu par la *LFI* pour connaître la situation qui serait la leur en cas d'échec de la réorganisation. L'ampleur du pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par la *LACC* suffit pour établir une passerelle vers une liquidation opérée sous le régime de la *LFI*. Le juge siégeant en son cabinet pouvait donc rendre l'ordonnance qu'il a prononcée.

No express trust was created by the chambers judge's order in this case because there is no certainty of object inferable from his order. Creation of an express trust requires certainty of intention, subject matter and object. At the time the chambers judge accepted the proposal to segregate the monies in the Monitor's trust account there was no certainty that the Crown would be the beneficiary, or object, of the trust because exactly who might take the money in the final result was in doubt. In any event, no dispute over the money would even arise under the interpretation of s. 18.3(1) of the *CCAA* established above, because the Crown's deemed trust priority over GST claims would be lost under the *CCAA* and the Crown would rank as an unsecured creditor for this amount.

*Per Fish J.*: The GST monies collected by the debtor are not subject to a deemed trust or priority in favour of the Crown. In recent years, Parliament has given detailed consideration to the Canadian insolvency scheme but has declined to amend the provisions at issue in this case, a deliberate exercise of legislative discretion. On the other hand, in upholding deemed trusts created by the *ETA* notwithstanding insolvency proceedings, courts have been unduly protective of Crown interests which Parliament itself has chosen to subordinate to competing prioritized claims. In the context of the Canadian insolvency regime, deemed trusts exist only where there is a statutory provision creating the trust and a *CCAA* or *BIA* provision explicitly confirming its effective operation. The *Income Tax Act*, the *Canada Pension Plan* and the *Employment Insurance Act* all contain deemed trust provisions that are strikingly similar to that in s. 222 of the *ETA* but they are all also confirmed in s. 37 of the *CCAA* and in s. 67(3) of the *BIA* in clear and unmistakable terms. The same is not true of the deemed trust created under the *ETA*. Although Parliament created a deemed trust in favour of the Crown to hold unremitted GST monies, and although it purports to maintain this trust notwithstanding any contrary federal or provincial legislation, it did not confirm the continued operation of the trust in either the *BIA* or the *CCAA*, reflecting Parliament's intention to allow the deemed trust to lapse with the commencement of insolvency proceedings.

L'ordonnance du juge siégeant en son cabinet n'a pas créé de fiducie expresse en l'espèce, car aucune certitude d'objet ne peut être inférée de cette ordonnance. La création d'une fiducie expresse exige la présence de certitudes quant à l'intention, à la matière et à l'objet. Lorsque le juge siégeant en son cabinet a accepté la proposition que les sommes soient détenues séparément dans le compte en fiducie du contrôleur, il n'existait aucune certitude que la Couronne serait le bénéficiaire ou l'objet de la fiducie, car il y avait un doute quant à la question de savoir qui au juste pourrait toucher l'argent en fin de compte. De toute façon, suivant l'interprétation du par. 18.3(1) de la *LACC* dérogée précédemment, aucun différend ne saurait même exister quant à l'argent, étant donné que la priorité accordée aux réclamations de la Couronne fondées sur la fiducie réputée visant la TPS ne s'applique pas sous le régime de la *LACC* et que la Couronne est reléguée au rang de créancier non garanti à l'égard des sommes en question.

*Le juge Fish* : Les sommes perçues par la débitrice au titre de la TPS ne font l'objet d'aucune fiducie réputée ou priorité en faveur de la Couronne. Au cours des dernières années, le législateur fédéral a procédé à un examen approfondi du régime canadien d'insolvabilité, mais il a refusé de modifier les dispositions qui sont en cause dans la présente affaire. Il s'agit d'un exercice délibéré du pouvoir discrétionnaire de légiférer. Par contre, en maintenant, malgré l'existence des procédures d'insolvabilité, la validité de fiducies réputées créées en vertu de la *LTA*, les tribunaux ont protégé indûment des droits de la Couronne que le Parlement avait lui-même choisi de subordonner à d'autres créances prioritaires. Dans le contexte du régime canadien d'insolvabilité, il existe une fiducie réputée uniquement lorsqu'une disposition législative crée la fiducie et qu'une disposition de la *LACC* ou de la *LFI* confirme explicitement l'existence de la fiducie. La *Loi de l'impôt sur le revenu*, le *Régime de pensions du Canada* et la *Loi sur l'assurance-emploi* renferment toutes des dispositions relatives aux fiducies réputées dont le libellé offre une ressemblance frappante avec celui de l'art. 222 de la *LTA*, mais le maintien en vigueur des fiducies réputées créées en vertu de ces dispositions est confirmé à l'art. 37 de la *LACC* et au par. 67(3) de la *LFI* en termes clairs et explicites. La situation est différente dans le cas de la fiducie réputée créée par la *LTA*. Bien que le législateur crée en faveur de la Couronne une fiducie réputée dans laquelle seront conservées les sommes recueillies au titre de la TPS mais non encore versées, et bien qu'il prétende maintenir cette fiducie en vigueur malgré les dispositions à l'effet contraire de toute loi fédérale ou provinciale, il ne confirme pas l'existence de la fiducie dans la *LFI* ou la *LACC*, ce qui témoigne de son intention de laisser la fiducie réputée devenir caduque au moment de l'introduction de la procédure d'insolvabilité.

*Per* Abella J. (dissenting): Section 222(3) of the *ETA* gives priority during *CCAA* proceedings to the Crown's deemed trust in unremitted GST. This provision unequivocally defines its boundaries in the clearest possible terms and excludes only the *BIA* from its legislative grasp. The language used reflects a clear legislative intention that s. 222(3) would prevail if in conflict with any other law except the *BIA*. This is borne out by the fact that following the enactment of s. 222(3), amendments to the *CCAA* were introduced, and despite requests from various constituencies, s. 18.3(1) was not amended to make the priorities in the *CCAA* consistent with those in the *BIA*. This indicates a deliberate legislative choice to protect the deemed trust in s. 222(3) from the reach of s. 18.3(1) of the *CCAA*.

The application of other principles of interpretation reinforces this conclusion. An earlier, specific provision may be overruled by a subsequent general statute if the legislature indicates, through its language, an intention that the general provision prevails. Section 222(3) achieves this through the use of language stating that it prevails despite any law of Canada, of a province, or "any other law" other than the *BIA*. Section 18.3(1) of the *CCAA* is thereby rendered inoperative for purposes of s. 222(3). By operation of s. 44(f) of the *Interpretation Act*, the transformation of s. 18.3(1) into s. 37(1) after the enactment of s. 222(3) of the *ETA* has no effect on the interpretive queue, and s. 222(3) of the *ETA* remains the "later in time" provision. This means that the deemed trust provision in s. 222(3) of the *ETA* takes precedence over s. 18.3(1) during *CCAA* proceedings. While s. 11 gives a court discretion to make orders notwithstanding the *BIA* and the *Winding-up Act*, that discretion is not liberated from the operation of any other federal statute. Any exercise of discretion is therefore circumscribed by whatever limits are imposed by statutes other than the *BIA* and the *Winding-up Act*. That includes the *ETA*. The chambers judge in this case was, therefore, required to respect the priority regime set out in s. 222(3) of the *ETA*. Neither s. 18.3(1) nor s. 11 of the *CCAA* gave him the authority to ignore it. He could not, as a result, deny the Crown's request for payment of the GST funds during the *CCAA* proceedings.

*La juge* Abella (dissidente) : Le paragraphe 222(3) de la *LTA* donne préséance, dans le cadre d'une procédure relevant de la *LACC*, à la fiducie réputée qui est établie en faveur de la Couronne à l'égard de la TPS non versée. Cette disposition définit sans équivoque sa portée dans des termes on ne peut plus clairs et n'exclut que la *LFI* de son champ d'application. Les termes employés révèlent l'intention claire du législateur que le par. 222(3) l'emporte en cas de conflit avec toute autre loi sauf la *LFI*. Cette opinion est confortée par le fait que des modifications ont été apportées à la *LACC* après l'édition du par. 222(3) et que, malgré les demandes répétées de divers groupes, le par. 18.3(1) n'a pas été modifié pour aligner l'ordre de priorité établi par la *LACC* sur celui de la *LFI*. Cela indique que le législateur a délibérément choisi de soustraire la fiducie réputée établie au par. 222(3) à l'application du par. 18.3(1) de la *LACC*.

Cette conclusion est renforcée par l'application d'autres principes d'interprétation. Une disposition spécifique antérieure peut être supplantée par une loi ultérieure de portée générale si le législateur, par les mots qu'il a employés, a exprimé l'intention de faire prévaloir la loi générale. Le paragraphe 222(3) accomplit cela de par son libellé, lequel précise que la disposition l'emporte sur tout autre texte législatif fédéral, tout texte législatif provincial ou « toute autre règle de droit » sauf la *LFI*. Le paragraphe 18.3(1) de la *LACC* est par conséquent rendu inopérant aux fins d'application du par. 222(3). Selon l'alinéa 44f) de la *Loi d'interprétation*, le fait que le par. 18.3(1) soit devenu le par. 37(1) à la suite de l'édition du par. 222(3) de la *LTA* n'a aucune incidence sur l'ordre chronologique du point de vue de l'interprétation, et le par. 222(3) de la *LTA* demeure la disposition « postérieure ». Il s'ensuit que la disposition créant une fiducie réputée que l'on trouve au par. 222(3) de la *LTA* l'emporte sur le par. 18.3(1) dans le cadre d'une procédure fondée sur la *LACC*. Bien que l'art. 11 accorde au tribunal le pouvoir discrétionnaire de rendre des ordonnances malgré les dispositions de la *LFI* et de la *Loi sur les liquidations*, ce pouvoir discrétionnaire demeure assujéti à l'application de toute autre loi fédérale. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est donc circonscrit par les limites imposées par toute loi autre que la *LFI* et la *Loi sur les liquidations*, et donc par la *LTA*. En l'espèce, le juge siégeant en son cabinet était donc tenu de respecter le régime de priorités établi au par. 222(3) de la *LTA*. Ni le par. 18.3(1), ni l'art. 11 de la *LACC* ne l'autorisaient à en faire abstraction. Par conséquent, il ne pouvait pas refuser la demande présentée par la Couronne en vue de se faire payer la TPS dans le cadre de la procédure introduite en vertu de la *LACC*.



## Cases Cited

By Deschamps J.

**Overruled:** *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737; **distinguished:** *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862; **referred to:** *Reference re Companies' Creditors Arrangement Act*, [1934] S.C.R. 659; *Quebec (Revenu) v. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 SCC 49, [2009] 3 S.C.R. 286; *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Gauntlet Energy Corp., Re*, 2003 ABQB 894, 30 Alta. L.R. (4th) 192; *Komunik Corp. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6332 (CanLII), leave to appeal granted, 2010 QCCA 183 (CanLII); *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720; *Solid Resources Ltd., Re* (2002), 40 C.B.R. (4th) 219; *Metcalf & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513; *Dylex Ltd., Re* (1995), 31 C.B.R. (3d) 106; *Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282; *Chef Ready Foods Ltd. v. Hongkong Bank of Can.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84; *Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 19 B.C.A.C. 134; *Canadian Airlines Corp., Re*, 2000 ABQB 442, 84 Alta. L.R. (3d) 9; *Air Canada, Re* (2003), 42 C.B.R. (4th) 173; *Air Canada, Re*, 2003 CanLII 49366; *Canadian Red Cross Society/Société Canadienne de la Croix Rouge, Re* (2000), 19 C.B.R. (4th) 158; *Skydome Corp., Re* (1998), 16 C.B.R. (4th) 118; *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re*, 2000 BCCA 146, 135 B.C.A.C. 96, aff'g (1999), 12 C.B.R. (4th) 144; *Skeena Cellulose Inc., Re*, 2003 BCCA 344, 13 B.C.L.R. (4th) 236; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5; *Philip's Manufacturing Ltd., Re* (1992), 9 C.B.R. (3d) 25; *Ivaco Inc. (Re)* (2006), 83 O.R. (3d) 108.

By Fish J.

**Referred to:** *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737.

By Abella J. (dissenting)

*Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737; *Tele-Mobile Co. v. Ontario*, 2008 SCC 12, [2008] 1 S.C.R. 305; *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862; *Attorney General of Canada v. Public Service Staff Relations Board*, [1977] 2 F.C. 663.

## Statutes and Regulations Cited

*An Act to establish the Wage Earner Protection Program Act, to amend the Bankruptcy and Insolvency Act and*

## Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

**Arrêt renversé :** *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737; **distinction d'avec l'arrêt :** *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; **arrêts mentionnés :** *Reference re Companies' Creditors Arrangement Act*, [1934] R.C.S. 659; *Québec (Revenu) c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 CSC 49, [2009] 3 R.C.S. 286; *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35; *Gauntlet Energy Corp., Re*, 2003 ABQB 894, 30 Alta. L.R. (4th) 192; *Komunik Corp. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6332 (CanLII), autorisation d'appel accordée, 2010 QCCA 183 (CanLII); *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720; *Solid Resources Ltd., Re* (2002), 40 C.B.R. (4th) 219; *Metcalf & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513; *Dylex Ltd., Re* (1995), 31 C.B.R. (3d) 106; *Elan Corp. c. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282; *Chef Ready Foods Ltd. v. Hongkong Bank of Can.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84; *Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 19 B.C.A.C. 134; *Canadian Airlines Corp., Re*, 2000 ABQB 442, 84 Alta. L.R. (3d) 9; *Air Canada, Re* (2003), 42 C.B.R. (4th) 173; *Air Canada, Re*, 2003 CanLII 49366; *Canadian Red Cross Society/Société Canadienne de la Croix Rouge, Re* (2000), 19 C.B.R. (4th) 158; *Skydome Corp., Re* (1998), 16 C.B.R. (4th) 118; *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re*, 2000 BCCA 146, 135 B.C.A.C. 96, conf. (1999), 12 C.B.R. (4th) 144; *Skeena Cellulose Inc., Re*, 2003 BCCA 344, 13 B.C.L.R. (4th) 236; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5; *Philip's Manufacturing Ltd., Re* (1992), 9 C.B.R. (3d) 25; *Ivaco Inc. (Re)* (2006), 83 O.R. (3d) 108.

Citée par le juge Fish

**Arrêt mentionné :** *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737.

Citée par la juge Abella (dissidente)

*Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737; *Société Télé-Mobile Co. c. Ontario*, 2008 CSC 12, [2008] 1 R.C.S. 305; *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; *Procureur général du Canada c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1977] 2 C.F. 663.

## Lois et règlements cités

*Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 2 « texte », 44f).



- the Companies' Creditors Arrangement Act and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 2005, c. 47, ss. 69, 128, 131.
- Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 67, 81.1, 81.2, 86 [am. 1992, c. 27, s. 39; 1997, c. 12, s. 73; 2000, c. 30, s. 148; 2005, c. 47, s. 69; 2009, c. 33, s. 25].
- Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8, s. 23.
- Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 11 [am. 2005, c. 47, s. 128], 11.02 [ad. *idem*], 11.09 [ad. *idem*], 11.4 [am. *idem*], 18.3 [ad. 1997, c. 12, s. 125; rep. 2005, c. 47, s. 131], 18.4 [*idem*], 20 [am. 2005, c. 47, s. 131], 21 [ad. 1997, c. 12, s. 126; am. 2005, c. 47, s. 131], s. 37 [ad. 2005, c. 47, s. 131].
- Companies' Creditors Arrangement Act, 1933*, S.C. 1932-33, c. 36 [am. 1952-53, c. 3].
- Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, ss. 86(2), (2.1).
- Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 222.
- Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 227(4), (4.1).
- Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, ss. 2 "enactment", 44(f).
- Winding-up Act*, R.S.C. 1985, c. W-11.
- Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 227(4), (4.1).
- Loi édictant la Loi sur le Programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d'autres lois en conséquence*, L.C. 2005, ch. 47, art. 69, 128, 131.
- Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, art. 86(2), (2.1).
- Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 67, 81.1, 81.2, 86 [mod. 1992, ch. 27, art. 39; 1997, ch. 12, art. 73; 2000, ch. 30, art. 148; 2005, ch. 47, art. 69; 2009, ch. 33, art. 25].
- Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 222.
- Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 11 [mod. 2005, ch. 47, art. 128], 11.02 [aj. *idem*], 11.09 [aj. *idem*], 11.4 [mod. *idem*], 18.3 [aj. 1997, ch. 12, art. 125; abr. 2005, ch. 47, art. 131], 18.4 [*idem*], 20 [mod. 2005, ch. 47, art. 131], 21 [aj. 1997, ch. 12, art. 126; mod. 2005, ch. 47, art. 131], 37 [aj. 2005, ch. 47, art. 131].
- Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, S.C. 1932-33, ch. 36 [mod. 1952-53, ch. 3].
- Loi sur les liquidations*, L.R.C. 1985, ch. W-11.
- Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8, art. 23.

### Authors Cited

- Canada. Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency. *Proposed Bankruptcy Act Amendments: Report of the Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1986.
- Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Consumer and Corporate Affairs and Government Operations*, Issue No. 15, 3rd Sess., 34th Parl., October 3, 1991, 15:15.
- Canada. Industry Canada. MarketPlace Framework Policy Branch. *Report on the Operation and Administration of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act*. Ottawa: Corporate and Insolvency Law Policy Directorate, 2002.
- Canada. Senate. *Debates of the Senate*, vol. 142, 1st Sess., 38th Parl., November 23, 2005, p. 2147.
- Canada. Senate. Standing 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: Senate of Canada, 2003.
- Canada. Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation. *Bankruptcy and Insolvency: Report of*

### Doctrine citée

- Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Consommateurs et Sociétés et Administration gouvernementale*, fascicule n<sup>o</sup> 15, 3<sup>e</sup> sess., 34<sup>e</sup> lég., 3 octobre 1991, 15:15.
- Canada. Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité. *Propositions d'amendements à la Loi sur la faillite : Rapport du Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité*. Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1986.
- Canada. Comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité. *Faillite et Insolvabilité : Rapport du comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité*. Ottawa : Information Canada, 1970.
- Canada. Industrie Canada. Direction générale des politiques-cadres du marché. *Rapport sur la mise en application de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Ottawa : Direction des politiques du droit corporatif et de l'insolvabilité, 2002.
- 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 arrange-*

- the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation*. Ottawa: Information Canada, 1970.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
- Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 2009.
- Edwards, Stanley E. “Reorganizations Under the Companies’ Creditors Arrangement Act” (1947), 25 *Can. Bar Rev.* 587.
- Insolvency Institute of Canada and Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals. Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform. *Report* (2002) (online: <http://www.cairp.ca/publications/submissions-to-government/law-reform/index.php>).
- Insolvency Institute of Canada and Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals. Legislative Review Task Force (Commercial). *Report on the Commercial Provisions of Bill C-55* (2005).
- 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.
- Jones, Richard B. “The Evolution of Canadian Restructuring: Challenges for the Rule of Law”, in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2005*. Toronto: Thomson Carswell, 2006, 481.
- Lamer, Francis L. *Priority of Crown Claims in Insolvency*. Toronto: Carswell, 1996 (loose-leaf updated 2010, release 1).
- Morgan, Barbara K. “Should the Sovereign be Paid First? A Comparative International Analysis of the Priority for Tax Claims in Bankruptcy” (2000), 74 *Am. Bankr. L.J.* 461.
- Sarra, Janis. *Creditor Rights and the Public Interest: Restructuring Insolvent Corporations*. Toronto: University of Toronto Press, 2003.
- Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*. Toronto: Thomson Carswell, 2007.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.
- Waters, Donovan W. M., Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. *Waters’ Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2005.
- Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*. Toronto: Irwin Law, 2009.
- ments avec les créanciers des compagnies*. Ottawa : 2003.
- Canada. Sénat. *Débats du Sénat*, vol. 142, 1<sup>re</sup> sess., 38<sup>e</sup> lég., 23 novembre 2005, p. 2147.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2000.
- Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4<sup>e</sup> éd. Montréal : Thémis, 2009.
- Edwards, Stanley E. « Reorganizations Under the Companies’ Creditors Arrangement Act » (1947), 25 *R. du B. can.* 587.
- Institut d’insolvabilité du Canada et Association canadienne des professionnels de l’insolvabilité et de la réorganisation. Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform. *Report* (2002) (en ligne : <http://www.cairp.ca/publications/submissions-to-government/law-reform/index.php>).
- Institut d’insolvabilité du Canada et Association canadienne des professionnels de l’insolvabilité et de la réorganisation. Legislative Review Task Force (Commercial). *Report on the Commercial Provisions of Bill C-55* (2005).
- 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.
- Jones, Richard B. « The Evolution of Canadian Restructuring : Challenges for the Rule of Law », in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2005*. Toronto : Thomson Carswell, 2006, 481.
- Lamer, Francis L. *Priority of Crown Claims in Insolvency*. Toronto : Carswell, 1996 (loose-leaf updated 2010, release 1).
- Morgan, Barbara K. « Should the Sovereign be Paid First? A Comparative International Analysis of the Priority for Tax Claims in Bankruptcy » (2000), 74 *Am. Bankr. L.J.* 461.
- Sarra, Janis. *Creditor Rights and the Public Interest : Restructuring Insolvent Corporations*. Toronto : University of Toronto Press, 2003.
- Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*. Toronto : Thomson Carswell, 2007.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.
- Waters, Donovan W. M., Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. *Waters’ Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. Toronto : Thomson Carswell, 2005.
- Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*. Toronto : Irwin Law, 2009.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Tysoe and Smith J.J.A.), 2009 BCCA 205, 98 B.C.L.R. (4th) 242, 270 B.C.A.C. 167, 454 W.A.C. 167, [2009] 12 W.W.R. 684, [2009] G.S.T.C. 79, [2009] B.C.J. No. 918 (QL), 2009 CarswellBC 1195, reversing a judgment of Brenner C.J.S.C., 2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221, [2008] B.C.J. No. 2611 (QL), 2008 CarswellBC 2895, dismissing a Crown application for payment of GST monies. Appeal allowed, Abella J. dissenting.

*Mary I. A. Buttery, Owen J. James and Matthew J. G. Curtis*, for the appellant.

*Gordon Bourgard, David Jacyk and Michael J. Lema*, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

[1] DESCHAMPS J. — For the first time this Court is called upon to directly interpret the provisions of the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“CCAA”). In that respect, two questions are raised. The first requires reconciliation of provisions of the CCAA and the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15 (“ETA”), which lower courts have held to be in conflict with one another. The second concerns the scope of a court’s discretion when supervising reorganization. The relevant statutory provisions are reproduced in the Appendix. On the first question, having considered the evolution of Crown priorities in the context of insolvency and the wording of the various statutes creating Crown priorities, I conclude that it is the CCAA and not the ETA that provides the rule. On the second question, I conclude that the broad discretionary jurisdiction conferred on the supervising judge must be interpreted having regard to the remedial nature of the CCAA and insolvency legislation generally. Consequently, the court had the discretion to partially lift a stay of proceedings to allow the debtor to make an assignment under the *Bankruptcy and Insolvency*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Tysoe et Smith), 2009 BCCA 205, 98 B.C.L.R. (4th) 242, 270 B.C.A.C. 167, 454 W.A.C. 167, [2009] 12 W.W.R. 684, [2009] G.S.T.C. 79, [2009] B.C.J. No. 918 (QL), 2009 CarswellBC 1195, qui a infirmé une décision du juge en chef Brenner, 2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221, [2008] B.C.J. No. 2611 (QL), 2008 CarswellBC 2895, qui a rejeté la demande de la Couronne sollicitant le paiement de la TPS. Pourvoi accueilli, la juge Abella est dissidente.

*Mary I. A. Buttery, Owen J. James et Matthew J. G. Curtis*, pour l’appelante.

*Gordon Bourgard, David Jacyk et Michael J. Lema*, pour l’intimé.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Deschamps, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — C’est la première fois que la Cour est appelée à interpréter directement les dispositions de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« LACC »). À cet égard, deux questions sont soulevées. La première requiert la conciliation d’une disposition de la LACC et d’une disposition de la *Loi sur la taxe d’accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15 (« LTA »), qui, selon des juridictions inférieures, sont en conflit l’une avec l’autre. La deuxième concerne la portée du pouvoir discrétionnaire du tribunal qui surveille une réorganisation. Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites en annexe. Pour ce qui est de la première question, après avoir examiné l’évolution des priorités de la Couronne en matière d’insolvabilité et le libellé des diverses lois qui établissent ces priorités, j’arrive à la conclusion que c’est la LACC, et non la LTA, qui énonce la règle applicable. Pour ce qui est de la seconde question, je conclus qu’il faut interpréter les larges pouvoirs discrétionnaires conférés au juge en tenant compte de la nature réparatrice de la LACC et de la législation sur l’insolvabilité en général. Par conséquent, le tribunal avait le pouvoir

*Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“*BIA*”). I would allow the appeal.

1. Facts and Decisions of the Courts Below

[2] Ted LeRoy Trucking Ltd. (“LeRoy Trucking”) commenced proceedings under the *CCAA* in the Supreme Court of British Columbia on December 13, 2007, obtaining a stay of proceedings with a view to reorganizing its financial affairs. LeRoy Trucking sold certain redundant assets as authorized by the order.

[3] Amongst the debts owed by LeRoy Trucking was an amount for Goods and Services Tax (“GST”) collected but unremitted to the Crown. The *ETA* creates a deemed trust in favour of the Crown for amounts collected in respect of GST. The deemed trust extends to any property or proceeds held by the person collecting GST and any property of that person held by a secured creditor, requiring that property to be paid to the Crown in priority to all security interests. The *ETA* provides that the deemed trust operates despite any other enactment of Canada except the *BIA*. However, the *CCAA* also provides that subject to certain exceptions, none of which mentions GST, deemed trusts in favour of the Crown do not operate under the *CCAA*. Accordingly, under the *CCAA* the Crown ranks as an unsecured creditor in respect of GST. Nonetheless, at the time LeRoy Trucking commenced *CCAA* proceedings the leading line of jurisprudence held that the *ETA* took precedence over the *CCAA* such that the Crown enjoyed priority for GST claims under the *CCAA*, even though it would have lost that same priority under the *BIA*. The *CCAA* underwent substantial amendments in 2005 in which some of the provisions at issue in this appeal were renumbered and reformulated (S.C. 2005, c. 47). However, these amendments only came into force on September 18, 2009. I will refer to the amended provisions only where relevant.

discrétionnaire de lever partiellement la suspension des procédures pour permettre au débiteur de faire cession de ses biens en vertu de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI* »). Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi.

1. Faits et décisions des juridictions inférieures

[2] Le 13 décembre 2007, Ted LeRoy Trucking Ltd. (« LeRoy Trucking ») a déposé une requête sous le régime de la *LACC* devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique et obtenu la suspension des procédures dans le but de réorganiser ses finances. L’entreprise a vendu certains éléments d’actif excédentaires, comme l’y autorisait l’ordonnance.

[3] Parmi les dettes de LeRoy Trucking figurait une somme perçue par celle-ci au titre de la taxe sur les produits et services (« TPS ») mais non versée à la Couronne. La *LTA* crée en faveur de la Couronne une fiducie réputée visant les sommes perçues au titre de la TPS. Cette fiducie réputée s’applique à tout bien ou toute recette détenue par la personne qui perçoit la TPS et à tout bien de cette personne détenu par un créancier garanti, et le produit découlant de ces biens doit être payé à la Couronne par priorité sur tout droit en garantie. Aux termes de la *LTA*, la fiducie réputée s’applique malgré tout autre texte législatif du Canada sauf la *LFI*. Cependant, la *LACC* prévoit également que, sous réserve de certaines exceptions, dont aucune ne concerne la TPS, ne s’appliquent pas sous son régime les fiducies réputées qui existent en faveur de la Couronne. Par conséquent, pour ce qui est de la TPS, la Couronne est un créancier non garanti dans le cadre de cette loi. Néanmoins, à l’époque où LeRoy Trucking a débuté ses procédures en vertu de la *LACC*, la jurisprudence dominante indiquait que la *LTA* l’emportait sur la *LACC*, la Couronne jouissant ainsi d’un droit prioritaire à l’égard des créances relatives à la TPS dans le cadre de la *LACC*, malgré le fait qu’elle aurait perdu cette priorité en vertu de la *LFI*. La *LACC* a fait l’objet de modifications substantielles en 2005, et certaines des dispositions en cause dans le présent pourvoi ont alors été renumérotées et reformulées (L.C. 2005, ch. 47). Mais ces modifications ne sont entrées en vigueur que le 18 septembre 2009. Je ne me reporterai aux dispositions modifiées que lorsqu’il sera utile de le faire.

[4] On April 29, 2008, Brenner C.J.S.C., in the context of the *CCAA* proceedings, approved a payment not exceeding \$5 million, the proceeds of redundant asset sales, to Century Services, the debtor's major secured creditor. LeRoy Trucking proposed to hold back an amount equal to the GST monies collected but unremitted to the Crown and place it in the Monitor's trust account until the outcome of the reorganization was known. In order to maintain the *status quo* while the success of the reorganization was uncertain, Brenner C.J.S.C. agreed to the proposal and ordered that an amount of \$305,202.30 be held by the Monitor in its trust account.

[5] On September 3, 2008, having concluded that reorganization was not possible, LeRoy Trucking sought leave to make an assignment in bankruptcy under the *BIA*. The Crown sought an order that the GST monies held by the Monitor be paid to the Receiver General of Canada. Brenner C.J.S.C. dismissed the latter application. Reasoning that the purpose of segregating the funds with the Monitor was "to facilitate an ultimate payment of the GST monies which were owed pre-filing, but only if a viable plan emerged", the failure of such a reorganization, followed by an assignment in bankruptcy, meant the Crown would lose priority under the *BIA* (2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221).

[6] The Crown's appeal was allowed by the British Columbia Court of Appeal (2009 BCCA 205, 270 B.C.A.C. 167). Tysoe J.A. for a unanimous court found two independent bases for allowing the Crown's appeal.

[7] First, the court's authority under s. 11 of the *CCAA* was held not to extend to staying the Crown's application for immediate payment of the GST funds subject to the deemed trust after it was clear that reorganization efforts had failed and

[4] Le 29 avril 2008, le juge en chef Brenner de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, dans le contexte des procédures intentées en vertu de la *LACC*, a approuvé le paiement à Century Services, le principal créancier garanti du débiteur, d'une somme d'au plus cinq millions de dollars, soit le produit de la vente d'éléments d'actif excédentaires. LeRoy Trucking a proposé de retenir un montant égal aux sommes perçues au titre de la TPS mais non versées à la Couronne et de le déposer dans le compte en fiducie du contrôleur jusqu'à ce que l'issue de la réorganisation soit connue. Afin de maintenir le statu quo, en raison du succès incertain de la réorganisation, le juge en chef Brenner a accepté la proposition et ordonné qu'une somme de 305 202,30 \$ soit détenue par le contrôleur dans son compte en fiducie.

[5] Le 3 septembre 2008, ayant conclu que la réorganisation n'était pas possible, LeRoy Trucking a demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique l'autorisation de faire cession de ses biens en vertu de la *LFI*. Pour sa part, la Couronne a demandé au tribunal d'ordonner le paiement au receveur général du Canada de la somme détenue par le contrôleur au titre de la TPS. Le juge en chef Brenner a rejeté cette dernière demande. Selon lui, comme la détention des fonds dans le compte en fiducie du contrôleur visait à [TRADUCTION] « faciliter le paiement final des sommes de TPS qui étaient dues avant que l'entreprise ne débute les procédures, mais seulement si un plan viable était proposé », l'impossibilité de procéder à une telle réorganisation, suivie d'une cession de biens, signifiait que la Couronne perdrait sa priorité sous le régime de la *LFI* (2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221).

[6] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli l'appel interjeté par la Couronne (2009 BCCA 205, 270 B.C.A.C. 167). Rédigeant l'arrêt unanime de la cour, le juge Tysoe a invoqué deux raisons distinctes pour y faire droit.

[7] Premièrement, le juge d'appel Tysoe a conclu que le pouvoir conféré au tribunal par l'art. 11 de la *LACC* n'autorisait pas ce dernier à rejeter la demande de la Couronne sollicitant le paiement immédiat des sommes de TPS faisant l'objet de la fiducie réputée,

that bankruptcy was inevitable. As restructuring was no longer a possibility, staying the Crown's claim to the GST funds no longer served a purpose under the *CCAA* and the court was bound under the priority scheme provided by the *ETA* to allow payment to the Crown. In so holding, Tysoe J.A. adopted the reasoning in *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), which found that the *ETA* deemed trust for GST established Crown priority over secured creditors under the *CCAA*.

[8] Second, Tysoe J.A. concluded that by ordering the GST funds segregated in the Monitor's trust account on April 29, 2008, the judge had created an express trust in favour of the Crown from which the monies in question could not be diverted for any other purposes. The Court of Appeal therefore ordered that the money held by the Monitor in trust be paid to the Receiver General.

## 2. Issues

[9] This appeal raises three broad issues which are addressed in turn:

- (1) Did s. 222(3) of the *ETA* displace s. 18.3(1) of the *CCAA* and give priority to the Crown's *ETA* deemed trust during *CCAA* proceedings as held in *Ottawa Senators*?
- (2) Did the court exceed its *CCAA* authority by lifting the stay to allow the debtor to make an assignment in bankruptcy?
- (3) Did the court's order of April 29, 2008 requiring segregation of the Crown's GST claim in the Monitor's trust account create an express trust in favour of the Crown in respect of those funds?

après qu'il fut devenu clair que la tentative de réorganisation avait échoué et que la faillite était inévitable. Comme la restructuration n'était plus une possibilité, il ne servait plus à rien, dans le cadre de la *LACC*, de suspendre le paiement à la Couronne des sommes de TPS et le tribunal était tenu, en raison de la priorité établie par la *LTA*, d'en autoriser le versement à la Couronne. Ce faisant, le juge Tysoe a adopté le raisonnement énoncé dans l'arrêt *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), suivant lequel la fiducie réputée que crée la *LTA* à l'égard des sommes dues au titre de la TPS établissait la priorité de la Couronne sur les créanciers garantis dans le cadre de la *LACC*.

[8] Deuxièmement, le juge Tysoe a conclu que, en ordonnant la ségrégation des sommes de TPS dans le compte en fiducie du contrôleur le 29 avril 2008, le tribunal avait créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne, et que les sommes visées ne pouvaient être utilisées à quelque autre fin que ce soit. En conséquence, la Cour d'appel a ordonné que les sommes détenues par le contrôleur en fiducie pour la Couronne soient versées au receveur général.

## 2. Questions en litige

[9] Le pourvoi soulève trois grandes questions que j'examinerai à tour de rôle :

- (1) Le paragraphe 222(3) de la *LTA* l'emporte-t-il sur le par. 18.3(1) de la *LACC* et donne-t-il priorité à la fiducie réputée qui est établie par la *LTA* en faveur de la Couronne pendant des procédures régies par la *LACC*, comme il a été décidé dans l'arrêt *Ottawa Senators*?
- (2) Le tribunal a-t-il outrepassé les pouvoirs qui lui étaient conférés par la *LACC* en levant la suspension des procédures dans le but de permettre au débiteur de faire cession de ses biens?
- (3) L'ordonnance du tribunal datée du 29 avril 2008 exigeant que le montant de TPS réclamé par la Couronne soit détenu séparément dans le compte en fiducie du contrôleur a-t-elle créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne à l'égard des fonds en question?

### 3. Analysis

[10] The first issue concerns Crown priorities in the context of insolvency. As will be seen, the *ETA* provides for a deemed trust in favour of the Crown in respect of GST owed by a debtor “[d]espite . . . any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*)” (s. 222(3)), while the *CCAA* stated at the relevant time that “notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be [so] regarded” (s. 18.3(1)). It is difficult to imagine two statutory provisions more apparently in conflict. However, as is often the case, the apparent conflict can be resolved through interpretation.

[11] In order to properly interpret the provisions, it is necessary to examine the history of the *CCAA*, its function amidst the body of insolvency legislation enacted by Parliament, and the principles that have been recognized in the jurisprudence. It will be seen that Crown priorities in the insolvency context have been significantly pared down. The resolution of the second issue is also rooted in the context of the *CCAA*, but its purpose and the manner in which it has been interpreted in the case law are also key. After examining the first two issues in this case, I will address Tysoe J.A.’s conclusion that an express trust in favour of the Crown was created by the court’s order of April 29, 2008.

#### 3.1 *Purpose and Scope of Insolvency Law*

[12] Insolvency is the factual situation that arises when a debtor is unable to pay creditors (see generally, R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2009), at p. 16). Certain legal proceedings become available upon insolvency, which typically allow a debtor to obtain a court order staying its creditors’ enforcement actions and attempt to obtain

### 3. Analyse

[10] La première question porte sur les priorités de la Couronne dans le contexte de l’insolvabilité. Comme nous le verrons, la *LTA* crée en faveur de la Couronne une fiducie réputée à l’égard de la TPS due par un débiteur « [m]algré [. . .] tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*) » (par. 222(3)), alors que selon la disposition de la *LACC* en vigueur à l’époque, « par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d’assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme [tel] » (par. 18.3(1)). Il est difficile d’imaginer deux dispositions législatives plus contradictoires en apparence. Cependant, comme c’est souvent le cas, le conflit apparent peut être résolu au moyen des principes d’interprétation législative.

[11] Pour interpréter correctement ces dispositions, il faut examiner l’historique de la *LACC*, la fonction de cette loi parmi l’ensemble des textes adoptés par le législateur fédéral en matière d’insolvabilité et les principes reconnus dans la jurisprudence. Nous verrons que les priorités de la Couronne en matière d’insolvabilité ont été restreintes de façon appréciable. La réponse à la deuxième question repose aussi sur le contexte de la *LACC*, mais l’objectif de cette loi et l’interprétation qu’en a donnée la jurisprudence jouent également un rôle essentiel. Après avoir examiné les deux premières questions soulevées en l’espèce, j’aborderai la conclusion du juge Tysoe selon laquelle l’ordonnance rendue par le tribunal le 29 avril 2008 a eu pour effet de créer une fiducie expresse en faveur de la Couronne.

#### 3.1 *Objectif et portée du droit relatif à l’insolvabilité*

[12] L’insolvabilité est la situation de fait qui se présente quand un débiteur n’est pas en mesure de payer ses créanciers (voir, généralement, R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2009), p. 16). Certaines procédures judiciaires peuvent être intentées en cas d’insolvabilité. Ainsi, le débiteur peut généralement obtenir une ordonnance judiciaire



a binding compromise with creditors to adjust the payment conditions to something more realistic. Alternatively, the debtor's assets may be liquidated and debts paid from the proceeds according to statutory priority rules. The former is usually referred to as reorganization or restructuring while the latter is termed liquidation.

[13] Canadian commercial insolvency law is not codified in one exhaustive statute. Instead, Parliament has enacted multiple insolvency statutes, the main one being the *BIA*. The *BIA* offers a self-contained legal regime providing for both reorganization and liquidation. Although bankruptcy legislation has a long history, the *BIA* itself is a fairly recent statute — it was enacted in 1992. It is characterized by a rules-based approach to proceedings. The *BIA* is available to insolvent debtors owing \$1000 or more, regardless of whether they are natural or legal persons. It contains mechanisms for debtors to make proposals to their creditors for the adjustment of debts. If a proposal fails, the *BIA* contains a bridge to bankruptcy whereby the debtor's assets are liquidated and the proceeds paid to creditors in accordance with the statutory scheme of distribution.

[14] Access to the *CCAA* is more restrictive. A debtor must be a company with liabilities in excess of \$5 million. Unlike the *BIA*, the *CCAA* contains no provisions for liquidation of a debtor's assets if reorganization fails. There are three ways of exiting *CCAA* proceedings. The best outcome is achieved when the stay of proceedings provides the debtor with some breathing space during which solvency is restored and the *CCAA* process terminates without reorganization being needed. The second most desirable outcome occurs when the debtor's compromise or arrangement is accepted by its creditors and the reorganized company emerges from the *CCAA* proceedings as a going concern. Lastly, if the compromise or arrangement fails, either

ayant pour effet de suspendre les mesures d'exécution de ses créanciers, puis tenter de conclure avec eux une transaction à caractère exécutoire contenant des conditions de paiement plus réalistes. Ou alors, les biens du débiteur sont liquidés et ses dettes sont remboursées sur le produit de cette liquidation, selon les règles de priorité établies par la loi. Dans le premier cas, on emploie habituellement les termes de réorganisation ou de restructuration, alors que dans le second, on parle de liquidation.

[13] Le droit canadien en matière d'insolvabilité commerciale n'est pas codifié dans une seule loi exhaustive. En effet, le législateur a plutôt adopté plusieurs lois sur l'insolvabilité, la principale étant la *LFI*. Cette dernière établit un régime juridique autonome qui concerne à la fois la réorganisation et la liquidation. Bien qu'il existe depuis longtemps des mesures législatives relatives à la faillite, la *LFI* elle-même est une loi assez récente — elle a été adoptée en 1992. Ses procédures se caractérisent par une approche fondée sur des règles préétablies. Les débiteurs insolubles — personnes physiques ou personnes morales — qui doivent 1 000 \$ ou plus peuvent recourir à la *LFI*. Celle-ci comporte des mécanismes permettant au débiteur de présenter à ses créanciers une proposition de rajustement des dettes. Si la proposition est rejetée, la *LFI* établit la démarche aboutissant à la faillite : les biens du débiteur sont liquidés et le produit de cette liquidation est versé aux créanciers conformément à la répartition prévue par la loi.

[14] La possibilité de recourir à la *LACC* est plus restreinte. Le débiteur doit être une compagnie dont les dettes dépassent cinq millions de dollars. Contrairement à la *LFI*, la *LACC* ne contient aucune disposition relative à la liquidation de l'actif d'un débiteur en cas d'échec de la réorganisation. Une procédure engagée sous le régime de la *LACC* peut se terminer de trois façons différentes. Le scénario idéal survient dans les cas où la suspension des recours donne au débiteur un répit lui permettant de rétablir sa solvabilité et où le processus régi par la *LACC* prend fin sans qu'une réorganisation soit nécessaire. Le deuxième scénario le plus souhaitable est le cas où la transaction ou l'arrangement proposé par le débiteur est



the company or its creditors usually seek to have the debtor's assets liquidated under the applicable provisions of the *BIA* or to place the debtor into receivership. As discussed in greater detail below, the key difference between the reorganization regimes under the *BIA* and the *CCAA* is that the latter offers a more flexible mechanism with greater judicial discretion, making it more responsive to complex reorganizations.

[15] As I will discuss at greater length below, the purpose of the *CCAA* — Canada's first reorganization statute — is to permit the debtor to continue to carry on business and, where possible, avoid the social and economic costs of liquidating its assets. Proposals to creditors under the *BIA* serve the same remedial purpose, though this is achieved through a rules-based mechanism that offers less flexibility. Where reorganization is impossible, the *BIA* may be employed to provide an orderly mechanism for the distribution of a debtor's assets to satisfy creditor claims according to predetermined priority rules.

[16] Prior to the enactment of the *CCAA* in 1933 (S.C. 1932-33, c. 36), practice under existing commercial insolvency legislation tended heavily towards the liquidation of a debtor company (J. Sarra, *Creditor Rights and the Public Interest: Restructuring Insolvent Corporations* (2003), at p. 12). The battering visited upon Canadian businesses by the Great Depression and the absence of an effective mechanism for reaching a compromise between debtors and creditors to avoid liquidation required a legislative response. The *CCAA* was innovative as it allowed the insolvent debtor to attempt reorganization under judicial supervision outside the existing insolvency legislation which, once engaged, almost invariably resulted in liquidation (*Reference re Companies' Creditors*

accepté par ses créanciers et où la compagnie réorganisée poursuit ses activités au terme de la procédure engagée en vertu de la *LACC*. Enfin, dans le dernier scénario, la transaction ou l'arrangement échoue et la compagnie ou ses créanciers cherchent habituellement à obtenir la liquidation des biens en vertu des dispositions applicables de la *LFI* ou la mise sous séquestre du débiteur. Comme nous le verrons, la principale différence entre les régimes de réorganisation prévus par la *LFI* et la *LACC* est que le second établit un mécanisme plus souple, dans lequel les tribunaux disposent d'un plus grand pouvoir discrétionnaire, ce qui rend le mécanisme mieux adapté aux réorganisations complexes.

[15] Comme je vais le préciser davantage plus loin, la *LACC* — la première loi canadienne régissant la réorganisation — a pour objectif de permettre au débiteur de continuer d'exercer ses activités et, dans les cas où cela est possible, d'éviter les coûts sociaux et économiques liés à la liquidation de son actif. Les propositions faites aux créanciers en vertu de la *LFI* répondent au même objectif, mais au moyen d'un mécanisme fondé sur des règles et offrant moins de souplesse. Quand la réorganisation s'avère impossible, les dispositions de la *LFI* peuvent être appliquées pour répartir de manière ordonnée les biens du débiteur entre les créanciers, en fonction des règles de priorité qui y sont établies.

[16] Avant l'adoption de la *LACC* en 1933 (S.C. 1932-33, ch. 36), la liquidation de la compagnie débitrice constituait la pratique la plus courante en vertu de la législation existante en matière d'insolvabilité commerciale (J. Sarra, *Creditor Rights and the Public Interest: Restructuring Insolvent Corporations* (2003), p. 12). Les ravages de la Grande Dépression sur les entreprises canadiennes et l'absence d'un mécanisme efficace susceptible de permettre aux débiteurs et aux créanciers d'arriver à des compromis afin d'éviter la liquidation commandaient une solution législative. La *LACC* a innové en permettant au débiteur insolvable de tenter une réorganisation sous surveillance judiciaire, hors du cadre de la législation existante en matière d'insolvabilité qui, une fois entrée en jeu,

*Arrangement Act*, [1934] S.C.R. 659, at pp. 660-61; Sarra, *Creditor Rights*, at pp. 12-13).

[17] Parliament understood when adopting the CCAA that liquidation of an insolvent company was harmful for most of those it affected — notably creditors and employees — and that a workout which allowed the company to survive was optimal (Sarra, *Creditor Rights*, at pp. 13-15).

[18] Early commentary and jurisprudence also endorsed the CCAA's remedial objectives. It recognized that companies retain more value as going concerns while underscoring that intangible losses, such as the evaporation of the companies' goodwill, result from liquidation (S. E. Edwards, "Reorganizations Under the Companies' Creditors Arrangement Act" (1947), 25 *Can. Bar Rev.* 587, at p. 592). Reorganization serves the public interest by facilitating the survival of companies supplying goods or services crucial to the health of the economy or saving large numbers of jobs (*ibid.*, at p. 593). Insolvency could be so widely felt as to impact stakeholders other than creditors and employees. Variants of these views resonate today, with reorganization justified in terms of rehabilitating companies that are key elements in a complex web of interdependent economic relationships in order to avoid the negative consequences of liquidation.

[19] The CCAA fell into disuse during the next several decades, likely because amendments to the Act in 1953 restricted its use to companies issuing bonds (S.C. 1952-53, c. 3). During the economic downturn of the early 1980s, insolvency lawyers and courts adapting to the resulting wave of insolvencies resurrected the statute and deployed it in response to new economic challenges. Participants in insolvency proceedings grew to recognize and appreciate the statute's distinguishing feature: a grant of broad and flexible authority to the supervising court to make

aboutissait presque invariablement à la liquidation (*Reference re Companies' Creditors Arrangement Act*, [1934] R.C.S. 659, p. 660-661; Sarra, *Creditor Rights*, p. 12-13).

[17] Le législateur comprenait, lorsqu'il a adopté la LACC, que la liquidation d'une compagnie insolvable causait préjudice à la plupart des personnes touchées — notamment les créanciers et les employés — et que la meilleure solution consistait dans un arrangement permettant à la compagnie de survivre (Sarra, *Creditor Rights*, p. 13-15).

[18] Les premières analyses et décisions judiciaires à cet égard ont également entériné les objectifs réparateurs de la LACC. On y reconnaissait que la valeur de la compagnie demeurait plus grande lorsque celle-ci pouvait poursuivre ses activités, tout en soulignant les pertes intangibles découlant d'une liquidation, par exemple la disparition de la clientèle (S. E. Edwards, « Reorganizations Under the Companies' Creditors Arrangement Act » (1947), 25 *R. du B. can.* 587, p. 592). La réorganisation sert l'intérêt public en permettant la survie de compagnies qui fournissent des biens ou des services essentiels à la santé de l'économie ou en préservant un grand nombre d'emplois (*ibid.*, p. 593). Les effets de l'insolvabilité pouvaient même toucher d'autres intéressés que les seuls créanciers et employés. Ces arguments se font entendre encore aujourd'hui sous une forme un peu différente, lorsqu'on justifie la réorganisation par la nécessité de remettre sur pied des compagnies qui constituent des volets essentiels d'un réseau complexe de rapports économiques interdépendants, dans le but d'éviter les effets négatifs de la liquidation.

[19] La LACC est tombée en désuétude au cours des décennies qui ont suivi, vraisemblablement parce que des modifications apportées en 1953 ont restreint son application aux compagnies émettant des obligations (S.C. 1952-53, ch. 3). Pendant la récession du début des années 1980, obligés de s'adapter au nombre grandissant d'entreprises en difficulté, les avocats travaillant dans le domaine de l'insolvabilité ainsi que les tribunaux ont redécouvert cette loi et s'en sont servis pour relever les nouveaux défis de l'économie. Les participants aux

the orders necessary to facilitate the reorganization of the debtor and achieve the CCAA's objectives. The manner in which courts have used CCAA jurisdiction in increasingly creative and flexible ways is explored in greater detail below.

[20] Efforts to evolve insolvency law were not restricted to the courts during this period. In 1970, a government-commissioned panel produced an extensive study recommending sweeping reform but Parliament failed to act (see *Bankruptcy and Insolvency: Report of the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation* (1970)). Another panel of experts produced more limited recommendations in 1986 which eventually resulted in enactment of the *Bankruptcy and Insolvency Act* of 1992 (S.C. 1992, c. 27) (see *Proposed Bankruptcy Act Amendments: Report of the Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency* (1986)). Broader provisions for reorganizing insolvent debtors were then included in Canada's bankruptcy statute. Although the 1970 and 1986 reports made no specific recommendations with respect to the CCAA, the House of Commons committee studying the BIA's predecessor bill, C-22, seemed to accept expert testimony that the BIA's new reorganization scheme would shortly supplant the CCAA, which could then be repealed, with commercial insolvency and bankruptcy being governed by a single statute (*Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Consumer and Corporate Affairs and Government Operations*, Issue No. 15, 3rd Sess., 34th Parl., October 3, 1991, at 15:15-15:16).

[21] In retrospect, this conclusion by the House of Commons committee was out of step with reality. It overlooked the renewed vitality the CCAA enjoyed in contemporary practice and the advantage that a

procédures en sont peu à peu venus à reconnaître et à apprécier la caractéristique propre de la loi : l'attribution, au tribunal chargé de surveiller le processus, d'une grande latitude lui permettant de rendre les ordonnances nécessaires pour faciliter la réorganisation du débiteur et réaliser les objectifs de la LACC. Nous verrons plus loin comment les tribunaux ont utilisé de façon de plus en plus souple et créative les pouvoirs qui leur sont conférés par la LACC.

[20] Ce ne sont pas seulement les tribunaux qui se sont employés à faire évoluer le droit de l'insolvabilité pendant cette période. En 1970, un comité constitué par le gouvernement a mené une étude approfondie au terme de laquelle il a recommandé une réforme majeure, mais le législateur n'a rien fait (voir *Faillite et insolvabilité : Rapport du comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité* (1970)). En 1986, un autre comité d'experts a formulé des recommandations de portée plus restreinte, qui ont finalement conduit à l'adoption de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* de 1992 (L.C. 1992, ch. 27) (voir *Propositions d'amendements à la Loi sur la faillite : Rapport du Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité* (1986)). Des dispositions à caractère plus général concernant la réorganisation des débiteurs insolvable ont alors été ajoutées à la loi canadienne relative à la faillite. Malgré l'absence de recommandations spécifiques au sujet de la LACC dans les rapports de 1970 et 1986, le comité de la Chambre des communes qui s'est penché sur le projet de loi C-22 à l'origine de la LFI a semblé accepter le témoignage d'un expert selon lequel le nouveau régime de réorganisation de la LFI supplanterait rapidement la LACC, laquelle pourrait alors être abrogée et l'insolvabilité commerciale et la faillite seraient ainsi régies par un seul texte législatif (*Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Consommateurs et Sociétés et Administration gouvernementale*, fascicule n° 15, 3<sup>e</sup> sess., 34<sup>e</sup> lég., 3 octobre 1991, 15:15-15:16).

[21] En rétrospective, cette conclusion du comité de la Chambre des communes ne correspondait pas à la réalité. Elle ne tenait pas compte de la nouvelle vitalité de la LACC dans la pratique contemporaine,

flexible judicially supervised reorganization process presented in the face of increasingly complex reorganizations, when compared to the stricter rules-based scheme contained in the *BIA*. The “flexibility of the *CCAA* [was seen as] a great benefit, allowing for creative and effective decisions” (Industry Canada, Marketplace Framework Policy Branch, *Report on the Operation and Administration of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies’ Creditors Arrangement Act* (2002), at p. 41). Over the past three decades, resurrection of the *CCAA* has thus been the mainspring of a process through which, one author concludes, “the legal setting for Canadian insolvency restructuring has evolved from a rather blunt instrument to one of the most sophisticated systems in the developed world” (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. 481).

[22] While insolvency proceedings may be governed by different statutory schemes, they share some commonalities. The most prominent of these is the single proceeding model. The nature and purpose of the single proceeding model are described by Professor Wood in *Bankruptcy and Insolvency Law*:

They all provide a collective proceeding that supersedes the usual civil process available to creditors to enforce their claims. The creditors’ remedies are collectivized in order to prevent the free-for-all that would otherwise prevail if creditors were permitted to exercise their remedies. In the absence of a collective process, each creditor is armed with the knowledge that if they do not strike hard and swift to seize the debtor’s assets, they will be beat out by other creditors. [pp. 2-3]

The single proceeding model avoids the inefficiency and chaos that would attend insolvency if each creditor initiated proceedings to recover its debt. Grouping all possible actions against the debtor into a single proceeding controlled in a single forum facilitates negotiation with creditors because it places them all on an equal footing,

ni des avantages qu’offrait, en présence de réorganisations de plus en plus complexes, un processus souple de réorganisation sous surveillance judiciaire par rapport au régime plus rigide de la *LFI*, fondé sur des règles préétablies. La « souplesse de la *LACC* [était considérée comme offrant] de grands avantages car elle permet de prendre des décisions créatives et efficaces » (Industrie Canada, Direction générale des politiques-cadres du marché, *Rapport sur la mise en application de la Loi sur la faillite et l’insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (2002), p. 50). Au cours des trois dernières décennies, la résurrection de la *LACC* a donc été le moteur d’un processus grâce auquel, selon un auteur, [TRADUCTION] « le régime juridique canadien de restructuration en cas d’insolvabilité — qui était au départ un instrument plutôt rudimentaire — a évolué pour devenir un des systèmes les plus sophistiqués du monde développé » (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. 481).

[22] Si les instances en matière d’insolvabilité peuvent être régies par des régimes législatifs différents, elles n’en présentent pas moins certains points communs, dont le plus frappant réside dans le modèle de la procédure unique. Le professeur Wood a décrit ainsi la nature et l’objectif de ce modèle dans *Bankruptcy and Insolvency Law* :

[TRADUCTION] Elles prévoient toutes une procédure collective qui remplace la procédure civile habituelle dont peuvent se prévaloir les créanciers pour faire valoir leurs droits. Les recours des créanciers sont collectivisés afin d’éviter l’anarchie qui régnerait si ceux-ci pouvaient exercer leurs recours individuellement. En l’absence d’un processus collectif, chaque créancier sait que faute d’agir de façon rapide et déterminée pour saisir les biens du débiteur, il sera devancé par les autres créanciers. [p. 2-3]

Le modèle de la procédure unique vise à faire échec à l’inefficacité et au chaos qui résulteraient de l’insolvabilité si chaque créancier engageait sa propre procédure dans le but de recouvrer sa créance. La réunion — en une seule instance relevant d’un même tribunal — de toutes les actions possibles contre le débiteur a pour effet de faciliter la négociation avec

rather than exposing them to the risk that a more aggressive creditor will realize its claims against the debtor's limited assets while the other creditors attempt a compromise. With a view to achieving that purpose, both the *CCAA* and the *BIA* allow a court to order all actions against a debtor to be stayed while a compromise is sought.

[23] Another point of convergence of the *CCAA* and the *BIA* relates to priorities. Because the *CCAA* is silent about what happens if reorganization fails, the *BIA* scheme of liquidation and distribution necessarily supplies the backdrop for what will happen if a *CCAA* reorganization is ultimately unsuccessful. In addition, one of the important features of legislative reform of both statutes since the enactment of the *BIA* in 1992 has been a cutback in Crown priorities (S.C. 1992, c. 27, s. 39; S.C. 1997, c. 12, ss. 73 and 125; S.C. 2000, c. 30, s. 148; S.C. 2005, c. 47, ss. 69 and 131; S.C. 2009, c. 33, s. 25; see also *Quebec (Revenue) v. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 SCC 49, [2009] 3 S.C.R. 286; *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Proposed Bankruptcy Act Amendments: Report of the Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency*).

[24] With parallel *CCAA* and *BIA* restructuring schemes now an accepted feature of the insolvency law landscape, the contemporary thrust of legislative reform has been towards harmonizing aspects of insolvency law common to the two statutory schemes to the extent possible and encouraging reorganization over liquidation (see *An Act to establish the Wage Earner Protection Program Act, to amend the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 2005, c. 47; *Gauntlet Energy Corp., Re*, 2003 ABQB 894, 30 Alta. L.R. (4th) 192, at para. 19).

[25] Mindful of the historical background of the *CCAA* and *BIA*, I now turn to the first question at issue.

les créanciers en les mettant tous sur le même pied. Cela évite le risque de voir un créancier plus combatif obtenir le paiement de ses créances sur l'actif limité du débiteur pendant que les autres créanciers tentent d'arriver à une transaction. La *LACC* et la *LFI* autorisent toutes deux pour cette raison le tribunal à ordonner la suspension de toutes les actions intentées contre le débiteur pendant qu'on cherche à conclure une transaction.

[23] Un autre point de convergence entre la *LACC* et la *LFI* concerne les priorités. Comme la *LACC* ne précise pas ce qui arrive en cas d'échec de la réorganisation, la *LFI* fournit la norme de référence pour ce qui se produira dans une telle situation. De plus, l'une des caractéristiques importantes de la réforme dont ces deux lois ont fait l'objet depuis 1992 est la réduction des priorités de la Couronne (L.C. 1992, ch. 27, art. 39; L.C. 1997, ch. 12, art. 73 et 125; L.C. 2000, ch. 30, art. 148; L.C. 2005, ch. 47, art. 69 et 131; L.C. 2009, ch. 33, art. 25; voir aussi *Québec (Revenu) c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 CSC 49, [2009] 3 R.C.S. 286; *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35; *Propositions d'amendements à la Loi sur la faillite : Rapport du Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité*).

[24] Comme les régimes de restructuration parallèles de la *LACC* et de la *LFI* constituent désormais une caractéristique reconnue dans le domaine du droit de l'insolvabilité, le travail de réforme législative contemporain a principalement visé à harmoniser, dans la mesure du possible, les aspects communs aux deux régimes et à privilégier la réorganisation plutôt que la liquidation (voir la *Loi édictant la Loi sur le Programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d'autres lois en conséquence*, L.C. 2005, ch. 47; *Gauntlet Energy Corp., Re*, 2003 ABQB 894, 30 Alta L.R. (4th) 192, par. 19).

[25] Ayant à l'esprit le contexte historique de la *LACC* et de la *LFI*, je vais maintenant aborder la première question en litige.

### 3.2 *GST Deemed Trust Under the CCAA*

[26] The Court of Appeal proceeded on the basis that the *ETA* precluded the court from staying the Crown's enforcement of the GST deemed trust when partially lifting the stay to allow the debtor to enter bankruptcy. In so doing, it adopted the reasoning in a line of cases culminating in *Ottawa Senators*, which held that an *ETA* deemed trust remains enforceable during *CCAA* reorganization despite language in the *CCAA* that suggests otherwise.

[27] The Crown relies heavily on the decision of the Ontario Court of Appeal in *Ottawa Senators* and argues that the later in time provision of the *ETA* creating the GST deemed trust trumps the provision of the *CCAA* purporting to nullify most statutory deemed trusts. The Court of Appeal in this case accepted this reasoning but not all provincial courts follow it (see, e.g., *Komunik Corp. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6332 (CanLII), leave to appeal granted, 2010 QCCA 183 (CanLII)). Century Services relied, in its written submissions to this Court, on the argument that the court had authority under the *CCAA* to continue the stay against the Crown's claim for unremitted GST. In oral argument, the question of whether *Ottawa Senators* was correctly decided nonetheless arose. After the hearing, the parties were asked to make further written submissions on this point. As appears evident from the reasons of my colleague Abella J., this issue has become prominent before this Court. In those circumstances, this Court needs to determine the correctness of the reasoning in *Ottawa Senators*.

[28] The policy backdrop to this question involves the Crown's priority as a creditor in insolvency situations which, as I mentioned above, has evolved considerably. Prior to the 1990s, Crown claims

### 3.2 *Fiducie réputée se rapportant à la TPS dans le cadre de la LACC*

[26] La Cour d'appel a estimé que la *LTA* empêchait le tribunal de suspendre les mesures prises par la Couronne pour bénéficier de la fiducie réputée se rapportant à la TPS, lorsqu'il a partiellement levé la suspension des procédures engagées contre le débiteur afin de permettre à celui-ci de faire cession de ses biens. Ce faisant, la cour a adopté un raisonnement qui s'insère dans un courant jurisprudentiel dominé par l'arrêt *Ottawa Senators*, suivant lequel il demeure possible de demander le bénéfice d'une fiducie réputée établie par la *LTA* pendant une réorganisation opérée en vertu de la *LACC*, et ce, malgré les dispositions de la *LACC* qui semblent dire le contraire.

[27] S'appuyant largement sur l'arrêt *Ottawa Senators* de la Cour d'appel de l'Ontario, la Couronne plaide que la disposition postérieure de la *LTA* créant la fiducie réputée visant la TPS l'emporte sur la disposition de la *LACC* censée neutraliser la plupart des fiducies réputées qui sont créées par des dispositions législatives. Si la Cour d'appel a accepté ce raisonnement dans la présente affaire, les tribunaux provinciaux ne l'ont pas tous adopté (voir, p. ex., *Komunik Corp. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6332 (CanLII), autorisation d'appel accordée, 2010 QCCA 183 (CanLII)). Dans ses observations écrites adressées à la Cour, Century Services s'est fondée sur l'argument suivant lequel le tribunal pouvait, en vertu de la *LACC*, maintenir la suspension de la demande de la Couronne visant le paiement de la TPS non versée. Au cours des plaidoiries, la question de savoir si l'arrêt *Ottawa Senators* était bien fondé a néanmoins été soulevée. Après l'audience, la Cour a demandé aux parties de présenter des observations écrites supplémentaires à ce sujet. Comme il ressort clairement des motifs de ma collègue la juge Abella, cette question a pris une grande importance devant notre Cour. Dans ces circonstances, la Cour doit statuer sur le bien-fondé du raisonnement adopté dans l'arrêt *Ottawa Senators*.

[28] Le contexte général dans lequel s'inscrit cette question concerne l'évolution considérable, signalée plus haut, de la priorité dont jouit la Couronne en tant que créancier en cas d'insolvabilité. Avant les

largely enjoyed priority in insolvency. This was widely seen as unsatisfactory as shown by both the 1970 and 1986 insolvency reform proposals, which recommended that Crown claims receive no preferential treatment. A closely related matter was whether the *CCAA* was binding at all upon the Crown. Amendments to the *CCAA* in 1997 confirmed that it did indeed bind the Crown (see *CCAA*, s. 21, as added by S.C. 1997, c. 12, s. 126).

[29] Claims of priority by the state in insolvency situations receive different treatment across jurisdictions worldwide. For example, in Germany and Australia, the state is given no priority at all, while the state enjoys wide priority in the United States and France (see B. K. Morgan, “Should the Sovereign be Paid First? A Comparative International Analysis of the Priority for Tax Claims in Bankruptcy” (2000), 74 *Am. Bankr. L.J.* 461, at p. 500). Canada adopted a middle course through legislative reform of Crown priority initiated in 1992. The Crown retained priority for source deductions of income tax, Employment Insurance (“EI”) and Canada Pension Plan (“CPP”) premiums, but ranks as an ordinary unsecured creditor for most other claims.

[30] Parliament has frequently enacted statutory mechanisms to secure Crown claims and permit their enforcement. The two most common are statutory deemed trusts and powers to garnish funds third parties owe the debtor (see F. L. Lamer, *Priority of Crown Claims in Insolvency* (loose-leaf), at §2).

[31] With respect to GST collected, Parliament has enacted a deemed trust. The *ETA* states that every person who collects an amount on account of GST is deemed to hold that amount in trust for the Crown (s. 222(1)). The deemed trust extends to other property of the person collecting the tax equal in value to the amount deemed to be in trust if that amount has not been remitted in accordance with the *ETA*. The deemed trust also extends to property

années 1990, les créances de la Couronne bénéficiaient dans une large mesure d’une priorité en cas d’insolvabilité. Cette situation avantageuse suscitait une grande controverse. Les propositions de réforme du droit de l’insolvabilité de 1970 et de 1986 en témoignent — elles recommandaient que les créances de la Couronne ne fassent l’objet d’aucun traitement préférentiel. Une question connexe se posait : celle de savoir si la Couronne était même assujettie à la *LACC*. Les modifications apportées à la *LACC* en 1997 ont confirmé qu’elle l’était bel et bien (voir *LACC*, art. 21, ajouté par L.C. 1997, ch. 12, art. 126).

[29] Les revendications de priorité par l’État en cas d’insolvabilité sont abordées de différentes façons selon les pays. Par exemple, en Allemagne et en Australie, l’État ne bénéficie d’aucune priorité, alors qu’aux États-Unis et en France il jouit au contraire d’une large priorité (voir B. K. Morgan, « Should the Sovereign be Paid First? A Comparative International Analysis of the Priority for Tax Claims in Bankruptcy » (2000), 74 *Am. Bankr. L.J.* 461, p. 500). Le Canada a choisi une voie intermédiaire dans le cadre d’une réforme législative amorcée en 1992 : la Couronne a conservé sa priorité pour les sommes retenues à la source au titre de l’impôt sur le revenu et des cotisations à l’assurance-emploi (« AE ») et au Régime de pensions du Canada (« RPC »), mais elle est un créancier ordinaire non garanti pour la plupart des autres sommes qui lui sont dues.

[30] Le législateur a fréquemment adopté des mécanismes visant à protéger les créances de la Couronne et à permettre leur exécution. Les deux plus courants sont les fiducies présumées et les pouvoirs de saisie-arrêt (voir F. L. Lamer, *Priority of Crown Claims in Insolvency* (feuilles mobiles), §2).

[31] Pour ce qui est des sommes de TPS perçues, le législateur a établi une fiducie réputée. La *LTA* précise que la personne qui perçoit une somme au titre de la TPS est réputée la détenir en fiducie pour la Couronne (par. 222(1)). La fiducie réputée s’applique aux autres biens de la personne qui perçoit la taxe, pour une valeur égale à la somme réputée détenue en fiducie, si la somme en question n’a pas été versée en conformité avec la *LTA*. La fiducie réputée vise



held by a secured creditor that, but for the security interest, would be property of the person collecting the tax (s. 222(3)).

[32] Parliament has created similar deemed trusts using almost identical language in respect of source deductions of income tax, EI premiums and CPP premiums (see s. 227(4) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“*ITA*”), ss. 86(2) and (2.1) of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, and ss. 23(3) and (4) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8). I will refer to income tax, EI and CPP deductions as “source deductions”.

[33] In *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411, this Court addressed a priority dispute between a deemed trust for source deductions under the *ITA* and security interests taken under both the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46, and the *Alberta Personal Property Security Act*, S.A. 1988, c. P-4.05 (“*PPSA*”). As then worded, an *ITA* deemed trust over the debtor’s property equivalent to the amount owing in respect of income tax became effective at the time of liquidation, receivership, or assignment in bankruptcy. *Sparrow Electric* held that the *ITA* deemed trust could not prevail over the security interests because, being fixed charges, the latter attached as soon as the debtor acquired rights in the property such that the *ITA* deemed trust had no property on which to attach when it subsequently arose. Later, in *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720, this Court observed that Parliament had legislated to strengthen the statutory deemed trust in the *ITA* by deeming it to operate from the moment the deductions were not paid to the Crown as required by the *ITA*, and by granting the Crown priority over all security interests (paras. 27-29) (the “*Sparrow Electric* amendment”).

également les biens détenus par un créancier garanti qui, si ce n’était de la sûreté, seraient les biens de la personne qui perçoit la taxe (par. 222(3)).

[32] Utilisant pratiquement les mêmes termes, le législateur a créé de semblables fiducies réputées à l’égard des retenues à la source relatives à l’impôt sur le revenu et aux cotisations à l’AE et au RPC (voir par. 227(4) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.) (« *LIR* »), par. 86(2) et (2.1) de la *Loi sur l’assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, et par. 23(3) et (4) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8). J’emploierai ci-après le terme « retenues à la source » pour désigner les retenues relatives à l’impôt sur le revenu et aux cotisations à l’AE et au RPC.

[33] Dans *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411, la Cour était saisie d’un litige portant sur la priorité de rang entre, d’une part, une fiducie réputée établie en vertu de la *LIR* à l’égard des retenues à la source, et, d’autre part, des sûretés constituées en vertu de la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46, et de la loi de l’Alberta intitulée *Personal Property Security Act*, S.A. 1988, ch. P-4.05 (« *PPSA* »). D’après les dispositions alors en vigueur, une fiducie réputée — établie en vertu de la *LIR* à l’égard des biens du débiteur pour une valeur égale à la somme due au titre de l’impôt sur le revenu — commençait à s’appliquer au moment de la liquidation, de la mise sous séquestre ou de la cession de biens. Dans *Sparrow Electric*, la Cour a conclu que la fiducie réputée de la *LIR* ne pouvait pas l’emporter sur les sûretés, au motif que, comme celles-ci constituaient des privilèges fixes grevant les biens dès que le débiteur acquérait des droits sur eux, il n’existait pas de biens susceptibles d’être visés par la fiducie réputée de la *LIR* lorsqu’elle prenait naissance par la suite. Ultérieurement, dans *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720, la Cour a souligné que le législateur était intervenu pour renforcer la fiducie réputée de la *LIR* en précisant qu’elle est réputée s’appliquer dès le moment où les retenues ne sont pas versées à la Couronne conformément aux exigences de la *LIR*, et en donnant à la Couronne la priorité sur toute autre garantie (par. 27-29) (la « modification découlant de l’arrêt *Sparrow Electric* »).



[34] The amended text of s. 227(4.1) of the *ITA* and concordant source deductions deemed trusts in the *Canada Pension Plan* and the *Employment Insurance Act* state that the deemed trust operates notwithstanding any other enactment of Canada, except ss. 81.1 and 81.2 of the *BIA*. The *ETA* deemed trust at issue in this case is similarly worded, but it excepts the *BIA* in its entirety. The provision reads as follows:

222. . . .

(3) Despite any other provision of this Act (except subsection (4)), any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*), any enactment of a province or any other law, if at any time an amount deemed by subsection (1) to be held by a person in trust for Her Majesty is not remitted to the Receiver General or withdrawn in the manner and at the time provided under this Part, property of the person and property held by any secured creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust, is deemed . . . .

[35] The Crown submits that the *Sparrow Electric* amendment, added by Parliament to the *ETA* in 2000, was intended to preserve the Crown's priority over collected GST under the *CCAA* while subordinating the Crown to the status of an unsecured creditor in respect of GST only under the *BIA*. This is because the *ETA* provides that the GST deemed trust is effective "despite" any other enactment except the *BIA*.

[36] The language used in the *ETA* for the GST deemed trust creates an apparent conflict with the *CCAA*, which provides that subject to certain exceptions, property deemed by statute to be held in trust for the Crown shall not be so regarded.

[37] Through a 1997 amendment to the *CCAA* (S.C. 1997, c. 12, s. 125), Parliament appears to have,

[34] Selon le texte modifié du par. 227(4.1) de la *LIR* et celui des fiducies réputées correspondantes établies dans le *Régime de pensions du Canada* et la *Loi sur l'assurance-emploi* à l'égard des retenues à la source, la fiducie réputée s'applique malgré tout autre texte législatif fédéral sauf les art. 81.1 et 81.2 de la *LFI*. La fiducie réputée de la *LTA* qui est en cause en l'espèce est formulée en des termes semblables sauf que la limite à son application vise la *LFI* dans son entier. Voici le texte de la disposition pertinente :

222. . . .

(3) Malgré les autres dispositions de la présente loi (sauf le paragraphe (4) du présent article), tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*), tout texte législatif provincial ou toute autre règle de droit, lorsqu'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (1) détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada n'est pas versé au receveur général ni retiré selon les modalités et dans le délai prévus par la présente partie, les biens de la personne — y compris les biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l'absence du droit en garantie, seraient ses biens — d'une valeur égale à ce montant sont réputés . . . .

[35] La Couronne soutient que la modification découlant de l'arrêt *Sparrow Electric*, qui a été ajoutée à la *LTA* par le législateur en 2000, visait à maintenir la priorité de Sa Majesté sous le régime de la *LACC* à l'égard du montant de TPS perçu, tout en reléguant celle-ci au rang de créancier non garanti à l'égard de ce montant sous le régime de la *LFI* uniquement. De l'avis de la Couronne, il en est ainsi parce que, selon la *LTA*, la fiducie réputée visant la TPS demeure en vigueur « malgré » tout autre texte législatif sauf la *LFI*.

[36] Les termes utilisés dans la *LTA* pour établir la fiducie réputée à l'égard de la TPS créent un conflit apparent avec la *LACC*, laquelle précise que, sous réserve de certaines exceptions, les biens qui sont réputés selon un texte législatif être détenus en fiducie pour la Couronne ne doivent pas être considérés comme tels.

[37] Par une modification apportée à la *LACC* en 1997 (L.C. 1997, ch. 12, art. 125), le législateur

subject to specific exceptions, nullified deemed trusts in favour of the Crown once reorganization proceedings are commenced under the Act. The relevant provision reads:

**18.3** (1) Subject to subsection (2), notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

This nullification of deemed trusts was continued in further amendments to the *CCAA* (S.C. 2005, c. 47), where s. 18.3(1) was renumbered and reformulated as s. 37(1):

**37.** (1) Subject to subsection (2), despite any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as being held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

[38] An analogous provision exists in the *BIA*, which, subject to the same specific exceptions, nullifies statutory deemed trusts and makes property of the bankrupt that would otherwise be subject to a deemed trust part of the debtor's estate and available to creditors (S.C. 1992, c. 27, s. 39; S.C. 1997, c. 12, s. 73; *BIA*, s. 67(2)). It is noteworthy that in both the *CCAA* and the *BIA*, the exceptions concern source deductions (*CCAA*, s. 18.3(2); *BIA*, s. 67(3)). The relevant provision of the *CCAA* reads:

**18.3 . . .**

(2) Subsection (1) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act* . . . .

Thus, the Crown's deemed trust and corresponding priority in source deductions remain effective both in reorganization and in bankruptcy.

semble, sous réserve d'exceptions spécifiques, avoir neutralisé les fiducies réputées créées en faveur de la Couronne lorsque des procédures de réorganisation sont engagées sous le régime de cette loi. La disposition pertinente, à l'époque le par. 18.3(1), était libellée ainsi :

**18.3** (1) Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

Cette neutralisation des fiducies réputées a été maintenue dans des modifications apportées à la *LACC* en 2005 (L.C. 2005, ch. 47), où le par. 18.3(1) a été reformulé et renuméroté, devenant le par. 37(1) :

**37.** (1) Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme tel par le seul effet d'une telle disposition.

[38] La *LFI* comporte une disposition analogue, qui — sous réserve des mêmes exceptions spécifiques — neutralise les fiducies réputées établies en vertu d'un texte législatif et fait en sorte que les biens du failli qui autrement seraient visés par une telle fiducie font partie de l'actif du débiteur et sont à la disposition des créanciers (L.C. 1992, ch. 27, art. 39; L.C. 1997, ch. 12, art. 73; *LFI*, par. 67(2)). Il convient de souligner que, tant dans la *LACC* que dans la *LFI*, les exceptions visent les retenues à la source (*LACC*, par. 18.3(2); *LFI*, par. 67(3)). Voici la disposition pertinente de la *LACC* :

**18.3 . . .**

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi* . . . .

Par conséquent, la fiducie réputée établie en faveur de la Couronne et la priorité dont celle-ci jouit de ce fait sur les retenues à la source continuent de s'appliquer autant pendant la réorganisation que pendant la faillite.

[39] Meanwhile, in both s. 18.4(1) of the *CCAA* and s. 86(1) of the *BIA*, other Crown claims are treated as unsecured. These provisions, establishing the Crown's status as an unsecured creditor, explicitly exempt statutory deemed trusts in source deductions (*CCAA*, s. 18.4(3); *BIA*, s. 86(3)). The *CCAA* provision reads as follows:

**18.4 . . .**

(3) Subsection (1) [Crown ranking as unsecured creditor] does not affect the operation of

(a) subsections 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act*,

(b) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution . . . .

Therefore, not only does the *CCAA* provide that Crown claims do not enjoy priority over the claims of other creditors (s. 18.3(1)), but the exceptions to this rule (i.e., that Crown priority is maintained for source deductions) are repeatedly stated in the statute.

[40] The apparent conflict in this case is whether the rule in the *CCAA* first enacted as s. 18.3 in 1997, which provides that subject to certain explicit exceptions, statutory deemed trusts are ineffective under the *CCAA*, is overridden by the one in the *ETA* enacted in 2000 stating that GST deemed trusts operate despite any enactment of Canada except the *BIA*. With respect for my colleague Fish J., I do not think the apparent conflict can be resolved by denying it and creating a rule requiring both a statutory provision enacting the deemed trust, and a second statutory provision confirming it. Such a rule is unknown to the law. Courts must recognize

[39] Par ailleurs, les autres créances de la Couronne sont considérées par la *LACC* et la *LFI* comme des créances non garanties (*LACC*, par. 18.4(1); *LFI*, par. 86(1)). Ces dispositions faisant de la Couronne un créancier non garanti comportent une exception expresse concernant les fiducies réputées établies par un texte législatif à l'égard des retenues à la source (*LACC*, par. 18.4(3); *LFI*, par. 86(3)). Voici la disposition de la *LACC* :

**18.4 . . .**

(3) Le paragraphe (1) [suivant lequel la Couronne a le rang de créancier non garanti] n'a pas pour effet de porter atteinte à l'application des dispositions suivantes :

a) les paragraphes 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

b) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d'une cotisation . . . .

Par conséquent, non seulement la *LACC* précise que les créances de la Couronne ne bénéficient pas d'une priorité par rapport à celles des autres créanciers (par. 18.3(1)), mais les exceptions à cette règle (maintien de la priorité de la Couronne dans le cas des retenues à la source) sont mentionnées à plusieurs reprises dans la Loi.

[40] Le conflit apparent qui existe dans la présente affaire fait qu'on doit se demander si la règle de la *LTA* adoptée en 2000, selon laquelle les fiducies réputées visant la TPS s'appliquent malgré tout autre texte législatif fédéral sauf la *LFI*, l'emporte sur la règle énoncée dans la *LACC* — qui a d'abord été édictée en 1997 à l'art. 18.3 — suivant laquelle, sous réserve de certaines exceptions explicites, les fiducies réputées établies par une disposition législative sont sans effet dans le cadre de la *LACC*. Avec égards pour l'opinion contraire exprimée par mon collègue le juge Fish, je ne crois pas qu'on puisse résoudre ce conflit apparent

conflicts, apparent or real, and resolve them when possible.

[41] A line of jurisprudence across Canada has resolved the apparent conflict in favour of the *ETA*, thereby maintaining GST deemed trusts under the *CCAA*. *Ottawa Senators*, the leading case, decided the matter by invoking the doctrine of implied repeal to hold that the later in time provision of the *ETA* should take precedence over the *CCAA* (see also *Solid Resources Ltd., Re* (2002), 40 C.B.R. (4th) 219 (Alta. Q.B.); *Gauntlet*).

[42] The Ontario Court of Appeal in *Ottawa Senators* rested its conclusion on two considerations. First, it was persuaded that by explicitly mentioning the *BIA* in *ETA* s. 222(3), but not the *CCAA*, Parliament made a deliberate choice. In the words of MacPherson J.A.:

The *BIA* and the *CCAA* are closely related federal statutes. I cannot conceive that Parliament would specifically identify the *BIA* as an exception, but accidentally fail to consider the *CCAA* as a possible second exception. In my view, the omission of the *CCAA* from s. 222(3) of the *ETA* was almost certainly a considered omission. [para. 43]

[43] Second, the Ontario Court of Appeal compared the conflict between the *ETA* and the *CCAA* to that before this Court in *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862, and found them to be “identical” (para. 46). It therefore considered *Doré* binding (para. 49). In *Doré*, a limitations provision in the more general and recently enacted *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (“*C.C.Q.*”), was held to have repealed a more specific provision of the earlier Quebec *Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19, with which it conflicted. By analogy,

en niant son existence et en créant une règle qui exige à la fois une disposition législative établissant la fiducie présumée et une autre la confirmant. Une telle règle est inconnue en droit. Les tribunaux doivent reconnaître les conflits, apparents ou réels, et les résoudre lorsque la chose est possible.

[41] Un courant jurisprudentiel pancanadien a résolu le conflit apparent en faveur de la *LTA*, confirmant ainsi la validité des fiducies réputées à l’égard de la TPS dans le cadre de la *LACC*. Dans l’arrêt déterminant à ce sujet, *Ottawa Senators*, la Cour d’appel de l’Ontario a invoqué la doctrine de l’abrogation implicite et conclu que la disposition postérieure de la *LTA* devait avoir préséance sur la *LACC* (voir aussi *Solid Resources Ltd., Re* (2002), 40 C.B.R. (4th) 219 (B.R. Alb.); *Gauntlet*).

[42] Dans *Ottawa Senators*, la Cour d’appel de l’Ontario a fondé sa conclusion sur deux considérations. Premièrement, elle était convaincue qu’en mentionnant explicitement la *LFI* — mais pas la *LACC* — au par. 222(3) de la *LTA*, le législateur a fait un choix délibéré. Je cite le juge MacPherson :

[TRADUCTION] La *LFI* et la *LACC* sont des lois fédérales étroitement liées entre elles. Je ne puis concevoir que le législateur ait pu mentionner expressément la *LFI* à titre d’exception, mais ait involontairement omis de considérer la *LACC* comme une deuxième exception possible. À mon avis, le fait que la *LACC* ne soit pas mentionnée au par. 222(3) de la *LTA* était presque assurément une omission mûrement réfléchie de la part du législateur. [par. 43]

[43] Deuxièmement, la Cour d’appel de l’Ontario a comparé le conflit entre la *LTA* et la *LACC* à celui dont a été saisie la Cour dans *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862, et les a jugés [TRADUCTION] « identiques » (par. 46). Elle s’estimait donc tenue de suivre l’arrêt *Doré* (par. 49). Dans cet arrêt, la Cour a conclu qu’une disposition d’une loi de nature plus générale et récemment adoptée établissant un délai de prescription — le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« *C.c.Q.* ») — avait eu pour effet d’abroger une disposition plus spécifique

the Ontario Court of Appeal held that the later in time and more general provision, s. 222(3) of the *ETA*, impliedly repealed the more specific and earlier in time provision, s. 18.3(1) of the *CCAA* (paras. 47-49).

[44] Viewing this issue in its entire context, several considerations lead me to conclude that neither the reasoning nor the result in *Ottawa Senators* can stand. While a conflict may exist at the level of the statutes' wording, a purposive and contextual analysis to determine Parliament's true intent yields the conclusion that Parliament could not have intended to restore the Crown's deemed trust priority in GST claims under the *CCAA* when it amended the *ETA* in 2000 with the *Sparrow Electric* amendment.

[45] I begin by recalling that Parliament has shown its willingness to move away from asserting priority for Crown claims in insolvency law. Section 18.3(1) of the *CCAA* (subject to the s. 18.3(2) exceptions) provides that the Crown's deemed trusts have no effect under the *CCAA*. Where Parliament has sought to protect certain Crown claims through statutory deemed trusts and intended that these deemed trusts continue in insolvency, it has legislated so explicitly and elaborately. For example, s. 18.3(2) of the *CCAA* and s. 67(3) of the *BIA* expressly provide that deemed trusts for source deductions remain effective in insolvency. Parliament has, therefore, clearly carved out exceptions from the general rule that deemed trusts are ineffective in insolvency. The *CCAA* and *BIA* are in harmony, preserving deemed trusts and asserting Crown priority only in respect of source deductions. Meanwhile, there is no express statutory basis for concluding that GST claims enjoy a preferred treatment under the *CCAA* or the *BIA*. Unlike source deductions, which are clearly and expressly dealt with under both these insolvency statutes, no such clear and express language exists

d'un texte de loi antérieur, la *Loi sur les cités et villes* du Québec, L.R.Q., ch. C-19, avec laquelle elle entrait en conflit. Par analogie, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le par. 222(3) de la *LTA*, une disposition plus récente et plus générale, abrogeait implicitement la disposition antérieure plus spécifique, à savoir le par. 18.3(1) de la *LACC* (par. 47-49).

[44] En examinant la question dans tout son contexte, je suis amenée à conclure, pour plusieurs raisons, que ni le raisonnement ni le résultat de l'arrêt *Ottawa Senators* ne peuvent être adoptés. Bien qu'il puisse exister un conflit entre le libellé des textes de loi, une analyse téléologique et contextuelle visant à déterminer la véritable intention du législateur conduit à la conclusion que ce dernier ne saurait avoir eu l'intention de redonner la priorité, dans le cadre de la *LACC*, à la fiducie réputée de la Couronne à l'égard de ses créances relatives à la TPS quand il a apporté à la *LTA*, en 2000, la modification découlant de l'arrêt *Sparrow Electric*.

[45] Je rappelle d'abord que le législateur a manifesté sa volonté de mettre un terme à la priorité accordée aux créances de la Couronne dans le cadre du droit de l'insolvabilité. Selon le par. 18.3(1) de la *LACC* (sous réserve des exceptions prévues au par. 18.3(2)), les fiducies réputées de la Couronne n'ont aucun effet sous le régime de cette loi. Quand le législateur a voulu protéger certaines créances de la Couronne au moyen de fiducies réputées et voulu que celles-ci continuent de s'appliquer en situation d'insolvabilité, il l'a indiqué de manière explicite et minutieuse. Par exemple, le par. 18.3(2) de la *LACC* et le par. 67(3) de la *LFI* énoncent expressément que les fiducies réputées visant les retenues à la source continuent de produire leurs effets en cas d'insolvabilité. Le législateur a donc clairement établi des exceptions à la règle générale selon laquelle les fiducies réputées n'ont plus d'effet dans un contexte d'insolvabilité. La *LACC* et la *LFI* sont en harmonie : elles préservent les fiducies réputées et établissent la priorité de la Couronne seulement à l'égard des retenues à la source. En revanche, il n'existe aucune disposition législative expresse permettant de conclure que les créances relatives à la

in those Acts carving out an exception for GST claims.

[46] The internal logic of the *CCAA* also militates against upholding the *ETA* deemed trust for GST. The *CCAA* imposes limits on a suspension by the court of the Crown's rights in respect of source deductions but does not mention the *ETA* (s. 11.4). Since source deductions deemed trusts are granted explicit protection under the *CCAA*, it would be inconsistent to afford a better protection to the *ETA* deemed trust absent explicit language in the *CCAA*. Thus, the logic of the *CCAA* appears to subject the *ETA* deemed trust to the waiver by Parliament of its priority (s. 18.4).

[47] Moreover, a strange asymmetry would arise if the interpretation giving the *ETA* priority over the *CCAA* urged by the Crown is adopted here: the Crown would retain priority over GST claims during *CCAA* proceedings but not in bankruptcy. As courts have reflected, this can only encourage statute shopping by secured creditors in cases such as this one where the debtor's assets cannot satisfy both the secured creditors' and the Crown's claims (*Gauntlet*, at para. 21). If creditors' claims were better protected by liquidation under the *BIA*, creditors' incentives would lie overwhelmingly with avoiding proceedings under the *CCAA* and not risking a failed reorganization. Giving a key player in any insolvency such skewed incentives against reorganizing under the *CCAA* can only undermine that statute's remedial objectives and risk inviting the very social ills that it was enacted to avert.

TPS bénéficient d'un traitement préférentiel sous le régime de la *LACC* ou de la *LFI*. Alors que les retenues à la source font l'objet de dispositions explicites dans ces deux lois concernant l'insolvabilité, celles-ci ne comportent pas de dispositions claires et expresses analogues établissant une exception pour les créances relatives à la TPS.

[46] La logique interne de la *LACC* va également à l'encontre du maintien de la fiducie réputée établie dans la *LTA* à l'égard de la TPS. En effet, la *LACC* impose certaines limites à la suspension par les tribunaux des droits de la Couronne à l'égard des retenues à la source, mais elle ne fait pas mention de la *LTA* (art. 11.4). Comme les fiducies réputées visant les retenues à la source sont explicitement protégées par la *LACC*, il serait incohérent d'accorder une meilleure protection à la fiducie réputée établie par la *LTA* en l'absence de dispositions explicites en ce sens dans la *LACC*. Par conséquent, il semble découler de la logique de la *LACC* que la fiducie réputée établie par la *LTA* est visée par la renonciation du législateur à sa priorité (art. 18.4).

[47] De plus, il y aurait une étrange asymétrie si l'interprétation faisant primer la *LTA* sur la *LACC* préconisée par la Couronne était retenue en l'espèce : les créances de la Couronne relatives à la TPS conserveraient leur priorité de rang pendant les procédures fondées sur la *LACC*, mais pas en cas de faillite. Comme certains tribunaux l'ont bien vu, cela ne pourrait qu'encourager les créanciers à recourir à la loi la plus favorable dans les cas où, comme en l'espèce, l'actif du débiteur n'est pas suffisant pour permettre à la fois le paiement des créanciers garantis et le paiement des créances de la Couronne (*Gauntlet*, par. 21). Or, si les réclamations des créanciers étaient mieux protégées par la liquidation sous le régime de la *LFI*, les créanciers seraient très fortement incités à éviter les procédures prévues par la *LACC* et les risques d'échec d'une réorganisation. Le fait de donner à un acteur clé de telles raisons de s'opposer aux procédures de réorganisation fondées sur la *LACC* dans toute situation d'insolvabilité ne peut que miner les objectifs réparateurs de ce texte législatif et risque au contraire de favoriser les maux sociaux que son édicton visait justement à prévenir.

[48] Arguably, the effect of *Ottawa Senators* is mitigated if restructuring is attempted under the *BIA* instead of the *CCAA*, but it is not cured. If *Ottawa Senators* were to be followed, Crown priority over GST would differ depending on whether restructuring took place under the *CCAA* or the *BIA*. The anomaly of this result is made manifest by the fact that it would deprive companies of the option to restructure under the more flexible and responsive *CCAA* regime, which has been the statute of choice for complex reorganizations.

[49] Evidence that Parliament intended different treatments for GST claims in reorganization and bankruptcy is scant, if it exists at all. Section 222(3) of the *ETA* was enacted as part of a wide-ranging budget implementation bill in 2000. The summary accompanying that bill does not indicate that Parliament intended to elevate Crown priority over GST claims under the *CCAA* to the same or a higher level than source deductions claims. Indeed, the summary for deemed trusts states only that amendments to existing provisions are aimed at “ensuring that employment insurance premiums and Canada Pension Plan contributions that are required to be remitted by an employer are fully recoverable by the Crown in the case of the bankruptcy of the employer” (Summary to S.C. 2000, c. 30, at p. 4a). The wording of GST deemed trusts resembles that of statutory deemed trusts for source deductions and incorporates the same overriding language and reference to the *BIA*. However, as noted above, Parliament’s express intent is that only source deductions deemed trusts remain operative. An exception for the *BIA* in the statutory language establishing the source deductions deemed trusts accomplishes very little, because the explicit language of the *BIA* itself (and the *CCAA*) carves out these source deductions deemed trusts and maintains their effect. It is however noteworthy that no equivalent language maintaining GST deemed trusts exists under either the *BIA* or the *CCAA*.

[48] Peut-être l’effet de l’arrêt *Ottawa Senators* est-il atténué si la restructuration est tentée en vertu de la *LFI* au lieu de la *LACC*, mais il subsiste néanmoins. Si l’on suivait cet arrêt, la priorité de la créance de la Couronne relative à la TPS différerait selon le régime — *LACC* ou *LFI* — sous lequel la restructuration a lieu. L’anomalie de ce résultat ressort clairement du fait que les compagnies seraient ainsi privées de la possibilité de se restructurer sous le régime plus souple et mieux adapté de la *LACC*, régime privilégié en cas de réorganisations complexes.

[49] Les indications selon lesquelles le législateur voulait que les créances relatives à la TPS soient traitées différemment dans les cas de réorganisations et de faillites sont rares, voire inexistantes. Le paragraphe 222(3) de la *LTA* a été adopté dans le cadre d’un projet de loi d’exécution du budget de nature générale en 2000. Le sommaire accompagnant ce projet de loi n’indique pas que, dans le cadre de la *LACC*, le législateur entendait élever la priorité de la créance de la Couronne à l’égard de la TPS au même rang que les créances relatives aux retenues à la source ou encore à un rang supérieur à celles-ci. En fait, le sommaire mentionne simplement, en ce qui concerne les fiducies réputées, que les modifications apportées aux dispositions existantes visent à « faire en sorte que les cotisations à l’assurance-emploi et au Régime de pensions du Canada qu’un employeur est tenu de verser soient pleinement recouvrables par la Couronne en cas de faillite de l’employeur » (Sommaire de la L.C. 2000, ch. 30, p. 4a). Le libellé de la disposition créant une fiducie réputée à l’égard de la TPS ressemble à celui des dispositions créant de telles fiducies relatives aux retenues à la source et il comporte la même formule dérogatoire et la même mention de la *LFI*. Cependant, comme il a été souligné précédemment, le législateur a expressément précisé que seules les fiducies réputées visant les retenues à la source demeurent en vigueur. Une exception concernant la *LFI* dans la disposition créant les fiducies réputées à l’égard des retenues à la source est sans grande conséquence, car le texte explicite de la *LFI* elle-même (et celui de la *LACC*) établit ces fiducies et maintient leur effet. Il convient toutefois de souligner que ni la *LFI* ni la *LACC* ne comportent de disposition équivalente assurant le maintien en vigueur des fiducies réputées visant la TPS.



[50] It seems more likely that by adopting the same language for creating GST deemed trusts in the *ETA* as it did for deemed trusts for source deductions, and by overlooking the inclusion of an exception for the *CCAA* alongside the *BIA* in s. 222(3) of the *ETA*, Parliament may have inadvertently succumbed to a drafting anomaly. Because of a statutory lacuna in the *ETA*, the GST deemed trust could be seen as remaining effective in the *CCAA*, while ceasing to have any effect under the *BIA*, thus creating an apparent conflict with the wording of the *CCAA*. However, it should be seen for what it is: a facial conflict only, capable of resolution by looking at the broader approach taken to Crown priorities and by giving precedence to the statutory language of s. 18.3 of the *CCAA* in a manner that does not produce an anomalous outcome.

[51] Section 222(3) of the *ETA* evinces no explicit intention of Parliament to repeal *CCAA* s. 18.3. It merely creates an apparent conflict that must be resolved by statutory interpretation. Parliament's intent when it enacted *ETA* s. 222(3) was therefore far from unambiguous. Had it sought to give the Crown a priority for GST claims, it could have done so explicitly as it did for source deductions. Instead, one is left to infer from the language of *ETA* s. 222(3) that the GST deemed trust was intended to be effective under the *CCAA*.

[52] I am not persuaded that the reasoning in *Doré* requires the application of the doctrine of implied repeal in the circumstances of this case. The main issue in *Doré* concerned the impact of the adoption of the *C.C.Q.* on the administrative law rules with respect to municipalities. While Gonthier J. concluded in that case that the limitation provision in art. 2930 *C.C.Q.* had repealed by implication a limitation provision in the *Cities and Towns Act*, he did so on the basis of more than a textual analysis. The conclusion in *Doré* was reached after thorough

[50] Il semble plus probable qu'en adoptant, pour créer dans la *LTA* les fiducies réputées visant la TPS, le même libellé que celui utilisé pour les fiducies réputées visant les retenues à la source, et en omettant d'inclure au par. 222(3) de la *LTA* une exception à l'égard de la *LACC* en plus de celle établie pour la *LFI*, le législateur ait par inadvertance commis une anomalie rédactionnelle. En raison d'une lacune législative dans la *LTA*, il serait possible de considérer que la fiducie réputée visant la TPS continue de produire ses effets dans le cadre de la *LACC*, tout en cessant de le faire dans le cas de la *LFI*, ce qui entraînerait un conflit apparent avec le libellé de la *LACC*. Il faut cependant voir ce conflit comme il est : un conflit apparent seulement, que l'on peut résoudre en considérant l'approche générale adoptée envers les créances prioritaires de la Couronne et en donnant préséance au texte de l'art. 18.3 de la *LACC* d'une manière qui ne produit pas un résultat insolite.

[51] Le paragraphe 222(3) de la *LTA* ne révèle aucune intention explicite du législateur d'abroger l'art. 18.3 de la *LACC*. Il crée simplement un conflit apparent qui doit être résolu par voie d'interprétation législative. L'intention du législateur était donc loin d'être dépourvue d'ambiguïté quand il a adopté le par. 222(3) de la *LTA*. S'il avait voulu donner priorité aux créances de la Couronne relatives à la TPS dans le cadre de la *LACC*, il aurait pu le faire de manière aussi explicite qu'il l'a fait pour les retenues à la source. Or, au lieu de cela, on se trouve réduit à inférer du texte du par. 222(3) de la *LTA* que le législateur entendait que la fiducie réputée visant la TPS produise ses effets dans les procédures fondées sur la *LACC*.

[52] Je ne suis pas convaincue que le raisonnement adopté dans *Doré* exige l'application de la doctrine de l'abrogation implicite dans les circonstances de la présente affaire. La question principale dans *Doré* était celle de l'impact de l'adoption du *C.c.Q.* sur les règles de droit administratif relatives aux municipalités. Bien que le juge Gonthier ait conclu, dans cet arrêt, que le délai de prescription établi à l'art. 2930 du *C.c.Q.* avait eu pour effet d'abroger implicitement une disposition de la *Loi sur les cités et villes* portant sur la prescription, sa conclusion n'était pas



contextual analysis of both pieces of legislation, including an extensive review of the relevant legislative history (paras. 31-41). Consequently, the circumstances before this Court in *Doré* are far from “identical” to those in the present case, in terms of text, context and legislative history. Accordingly, *Doré* cannot be said to require the automatic application of the rule of repeal by implication.

[53] A noteworthy indicator of Parliament’s overall intent is the fact that in subsequent amendments it has not displaced the rule set out in the *CCAA*. Indeed, as indicated above, the recent amendments to the *CCAA* in 2005 resulted in the rule previously found in s. 18.3 being renumbered and reformulated as s. 37. Thus, to the extent the interpretation allowing the GST deemed trust to remain effective under the *CCAA* depends on *ETA* s. 222(3) having impliedly repealed *CCAA* s. 18.3(1) because it is later in time, we have come full circle. Parliament has renumbered and reformulated the provision of the *CCAA* stating that, subject to exceptions for source deductions, deemed trusts do not survive the *CCAA* proceedings and thus the *CCAA* is now the later in time statute. This confirms that Parliament’s intent with respect to GST deemed trusts is to be found in the *CCAA*.

[54] I do not agree with my colleague Abella J. that s. 44(f) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, can be used to interpret the 2005 amendments as having no effect. The new statute can hardly be said to be a mere re-enactment of the former statute. Indeed, the *CCAA* underwent a substantial review in 2005. Notably, acting consistently with its goal of treating both the *BIA* and the *CCAA* as sharing the same approach to insolvency, Parliament made parallel amendments to both statutes with respect to corporate proposals. In addition, new provisions were introduced regarding

fondée seulement sur une analyse textuelle. Il a en effet procédé à une analyse contextuelle approfondie des deux textes, y compris de l’historique législatif pertinent (par. 31-41). Par conséquent, les circonstances du cas dont était saisie la Cour dans *Doré* sont loin d’être « identiques » à celles du présent pourvoi, tant sur le plan du texte que sur celui du contexte et de l’historique législatif. On ne peut donc pas dire que l’arrêt *Doré* commande l’application automatique d’une règle d’abrogation implicite.

[53] Un bon indice de l’intention générale du législateur peut être tiré du fait qu’il n’a pas, dans les modifications subséquentes, écarté la règle énoncée dans la *LACC*. D’ailleurs, par suite des modifications apportées à cette loi en 2005, la règle figurant initialement à l’art. 18.3 a, comme nous l’avons vu plus tôt, été reprise sous une formulation différente à l’art. 37. Par conséquent, dans la mesure où l’interprétation selon laquelle la fiducie réputée visant la TPS demeurerait en vigueur dans le contexte de procédures en vertu de la *LACC* repose sur le fait que le par. 222(3) de la *LTA* constitue la disposition postérieure et a eu pour effet d’abroger implicitement le par. 18.3(1) de la *LACC*, nous revenons au point de départ. Comme le législateur a reformulé et renuméroté la disposition de la *LACC* précisant que, sous réserve des exceptions relatives aux retenues à la source, les fiducies réputées ne survivent pas à l’engagement de procédures fondées sur la *LACC*, c’est cette loi qui se trouve maintenant à être le texte postérieur. Cette constatation confirme que c’est dans la *LACC* qu’est exprimée l’intention du législateur en ce qui a trait aux fiducies réputées visant la TPS.

[54] Je ne suis pas d’accord avec ma collègue la juge Abella pour dire que l’al. 44f) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, permet d’interpréter les modifications de 2005 comme n’ayant aucun effet. La nouvelle loi peut difficilement être considérée comme une simple refonte de la loi antérieure. De fait, la *LACC* a fait l’objet d’un examen approfondi en 2005. En particulier, conformément à son objectif qui consiste à faire concorder l’approche de la *LFI* et celle de la *LACC* à l’égard de l’insolvabilité, le législateur a apporté aux deux textes des modifications allant dans le même sens en ce qui concerne les

the treatment of contracts, collective agreements, interim financing and governance agreements. The appointment and role of the Monitor was also clarified. Noteworthy are the limits imposed by *CCAA* s. 11.09 on the court's discretion to make an order staying the Crown's source deductions deemed trusts, which were formerly found in s. 11.4. No mention whatsoever is made of GST deemed trusts (see Summary to S.C. 2005, c. 47). The review went as far as looking at the very expression used to describe the statutory override of deemed trusts. The comments cited by my colleague only emphasize the clear intent of Parliament to maintain its policy that only source deductions deemed trusts survive in *CCAA* proceedings.

[55] In the case at bar, the legislative context informs the determination of Parliament's legislative intent and supports the conclusion that *ETA* s. 222(3) was not intended to narrow the scope of the *CCAA*'s override provision. Viewed in its entire context, the conflict between the *ETA* and the *CCAA* is more apparent than real. I would therefore not follow the reasoning in *Ottawa Senators* and affirm that *CCAA* s. 18.3 remained effective.

[56] My conclusion is reinforced by the purpose of the *CCAA* as part of Canadian remedial insolvency legislation. As this aspect is particularly relevant to the second issue, I will now discuss how courts have interpreted the scope of their discretionary powers in supervising a *CCAA* reorganization and how Parliament has largely endorsed this interpretation. Indeed, the interpretation courts have given to the *CCAA* helps in understanding how the *CCAA* grew to occupy such a prominent role in Canadian insolvency law.

propositions présentées par les entreprises. De plus, de nouvelles dispositions ont été ajoutées au sujet des contrats, des conventions collectives, du financement temporaire et des accords de gouvernance. Des clarifications ont aussi été apportées quant à la nomination et au rôle du contrôleur. Il convient par ailleurs de souligner les limites imposées par l'art. 11.09 de la *LACC* au pouvoir discrétionnaire du tribunal d'ordonner la suspension de l'effet des fiducies réputées créées en faveur de la Couronne relativement aux retenues à la source, limites qui étaient auparavant énoncées à l'art. 11.4. Il n'est fait aucune mention des fiducies réputées visant la TPS (voir le Sommaire de la L.C. 2005, ch. 47). Dans le cadre de cet examen, le législateur est allé jusqu'à se pencher sur les termes mêmes utilisés dans la loi pour écarter l'application des fiducies réputées. Les commentaires cités par ma collègue ne font que souligner l'intention manifeste du législateur de maintenir sa politique générale suivant laquelle seules les fiducies réputées visant les retenues à la source survivent en cas de procédures fondées sur la *LACC*.

[55] En l'espèce, le contexte législatif aide à déterminer l'intention du législateur et conforte la conclusion selon laquelle le par. 222(3) de la *LTA* ne visait pas à restreindre la portée de la disposition de la *LACC* écartant l'application des fiducies réputées. Eu égard au contexte dans son ensemble, le conflit entre la *LTA* et la *LACC* est plus apparent que réel. Je n'adopterais donc pas le raisonnement de l'arrêt *Ottawa Senators* et je confirmerais que l'art. 18.3 de la *LACC* a continué de produire ses effets.

[56] Ma conclusion est renforcée par l'objectif de la *LACC* en tant que composante du régime réparateur instauré la législation canadienne en matière d'insolvabilité. Comme cet aspect est particulièrement pertinent à propos de la deuxième question, je vais maintenant examiner la façon dont les tribunaux ont interprété l'étendue des pouvoirs discrétionnaires dont ils disposent lorsqu'ils surveillent une réorganisation fondée sur la *LACC*, ainsi que la façon dont le législateur a dans une large mesure entériné cette interprétation. L'interprétation de la *LACC* par les tribunaux aide en fait à comprendre comment celle-ci en est venue à jouer un rôle si important dans le droit canadien de l'insolvabilité.

### 3.3 *Discretionary Power of a Court Supervising a CCAA Reorganization*

[57] Courts frequently observe that “[t]he CCAA is skeletal in nature” and does not “contain a comprehensive code that lays out all that is permitted or barred” (*Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513, at para. 44, *per* Blair J.A.). Accordingly, “[t]he history of CCAA law has been an evolution of judicial interpretation” (*Dylex Ltd., Re* (1995), 31 C.B.R. (3d) 106 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at para. 10, *per* Farley J.).

[58] CCAA decisions are often based on discretionary grants of jurisdiction. The incremental exercise of judicial discretion in commercial courts under conditions one practitioner aptly describes as “the hothouse of real-time litigation” has been the primary method by which the CCAA has been adapted and has evolved to meet contemporary business and social needs (see Jones, at p. 484).

[59] Judicial discretion must of course be exercised in furtherance of the CCAA’s purposes. The remedial purpose I referred to in the historical overview of the Act is recognized over and over again in the jurisprudence. To cite one early example:

The legislation is remedial in the purest sense in that it provides a means whereby the devastating social and economic effects of bankruptcy or creditor initiated termination of ongoing business operations can be avoided while a court-supervised attempt to reorganize the financial affairs of the debtor company is made.

(*Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282, at para. 57, *per* Doherty J.A., dissenting)

[60] Judicial decision making under the CCAA takes many forms. A court must first of all provide the conditions under which the debtor can attempt to reorganize. This can be achieved by

### 3.3 *Pouvoirs discrétionnaires du tribunal chargé de surveiller une réorganisation fondée sur la LACC*

[57] Les tribunaux font souvent remarquer que [TRADUCTION] « [l]a LACC est par nature schématique » et ne « contient pas un code complet énonçant tout ce qui est permis et tout ce qui est interdit » (*Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513, par. 44, le juge Blair). Par conséquent, [TRADUCTION] « [l]’histoire du droit relatif à la LACC correspond à l’évolution de ce droit au fil de son interprétation par les tribunaux » (*Dylex Ltd., Re* (1995), 31 C.B.R. (3d) 106 (C. Ont. (Div. gén.)), par. 10, le juge Farley).

[58] Les décisions prises en vertu de la LACC découlent souvent de l’exercice discrétionnaire de certains pouvoirs. C’est principalement au fil de l’exercice par les juridictions commerciales de leurs pouvoirs discrétionnaires, et ce, dans des conditions décrites avec justesse par un praticien comme constituant [TRADUCTION] « la pépinière du contentieux en temps réel », que la LACC a évolué de façon graduelle et s’est adaptée aux besoins commerciaux et sociaux contemporains (voir Jones, p. 484).

[59] L’exercice par les tribunaux de leurs pouvoirs discrétionnaires doit évidemment tendre à la réalisation des objectifs de la LACC. Le caractère réparateur dont j’ai fait état dans mon aperçu historique de la Loi a à maintes reprises été reconnu dans la jurisprudence. Voici l’un des premiers exemples :

[TRADUCTION] La loi est réparatrice au sens le plus pur du terme, en ce qu’elle fournit un moyen d’éviter les effets dévastateurs, — tant sur le plan social qu’économique — de la faillite ou de l’arrêt des activités d’une entreprise, à l’initiation des créanciers, pendant que des efforts sont déployés, sous la surveillance du tribunal, en vue de réorganiser la situation financière de la compagnie débitrice.

(*Elan Corp. c. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282, par. 57, le juge Doherty, dissident)

[60] Le processus décisionnel des tribunaux sous le régime de la LACC comporte plusieurs aspects. Le tribunal doit d’abord créer les conditions propres à permettre au débiteur de tenter une réorganisation.

staying enforcement actions by creditors to allow the debtor's business to continue, preserving the *status quo* while the debtor plans the compromise or arrangement to be presented to creditors, and supervising the process and advancing it to the point where it can be determined whether it will succeed (see, e.g., *Chef Ready Foods Ltd. v. Hongkong Bank of Can.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84 (C.A.), at pp. 88-89; *Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 19 B.C.A.C. 134, at para. 27). In doing so, the court must often be cognizant of the various interests at stake in the reorganization, which can extend beyond those of the debtor and creditors to include employees, directors, shareholders, and even other parties doing business with the insolvent company (see, e.g., *Canadian Airlines Corp., Re*, 2000 ABQB 442, 84 Alta. L.R. (3d) 9, at para. 144, *per* Paperny J. (as she then was); *Air Canada, Re* (2003), 42 C.B.R. (4th) 173 (Ont. S.C.J.), at para. 3; *Air Canada, Re*, 2003 CanLII 49366 (Ont. S.C.J.), at para. 13, *per* Farley J.; Sarra, *Creditor Rights*, at pp. 181-92 and 217-26). In addition, courts must recognize that on occasion the broader public interest will be engaged by aspects of the reorganization and may be a factor against which the decision of whether to allow a particular action will be weighed (see, e.g., *Canadian Red Cross Society/Société Canadienne de la Croix Rouge, Re* (2000), 19 C.B.R. (4th) 158 (Ont. S.C.J.), at para. 2, *per* Blair J. (as he then was); Sarra, *Creditor Rights*, at pp. 195-214).

[61] When large companies encounter difficulty, reorganizations become increasingly complex. CCAA courts have been called upon to innovate accordingly in exercising their jurisdiction beyond merely staying proceedings against the debtor to allow breathing room for reorganization. They have been asked to sanction measures for which there is no explicit authority in the CCAA. Without exhaustively cataloguing the various measures taken under the authority of the CCAA, it is useful to refer briefly to a few examples to illustrate the flexibility the statute affords supervising courts.

Il peut à cette fin suspendre les mesures d'exécution prises par les créanciers afin que le débiteur puisse continuer d'exploiter son entreprise, préserver le statu quo pendant que le débiteur prépare la transaction ou l'arrangement qu'il présentera aux créanciers et surveiller le processus et le mener jusqu'au point où il sera possible de dire s'il aboutira (voir, p. ex., *Chef Ready Foods Ltd. c. Hongkong Bank of Can.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84 (C.A.), p. 88-89; *Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 19 B.C.A.C. 134, par. 27). Ce faisant, le tribunal doit souvent déterminer les divers intérêts en jeu dans la réorganisation, lesquels peuvent fort bien ne pas se limiter aux seuls intérêts du débiteur et des créanciers, mais englober aussi ceux des employés, des administrateurs, des actionnaires et même de tiers qui font affaire avec la compagnie insolvable (voir, p. ex., *Canadian Airlines Corp., Re*, 2000 ABQB 442, 84 Alta. L.R. (3d) 9, par. 144, la juge Paperny (maintenant juge de la Cour d'appel); *Air Canada, Re* (2003), 42 C.B.R. (4th) 173 (C.S.J. Ont.), par. 3; *Air Canada, Re*, 2003 CanLII 49366 (C.S.J. Ont.), par. 13, le juge Farley; Sarra, *Creditor Rights*, p. 181-192 et 217-226). En outre, les tribunaux doivent reconnaître que, à l'occasion, certains aspects de la réorganisation concernent l'intérêt public et qu'il pourrait s'agir d'un facteur devant être pris en compte afin de décider s'il y a lieu d'autoriser une mesure donnée (voir, p. ex., *Canadian Red Cross Society/Société Canadienne de la Croix Rouge, Re* (2000), 19 C.B.R. (4th) 158 (C.S.J. Ont.), par. 2, le juge Blair (maintenant juge de la Cour d'appel); Sarra, *Creditor Rights*, p. 195-214).

[61] Quand de grandes entreprises éprouvent des difficultés, les réorganisations deviennent très complexes. Les tribunaux chargés d'appliquer la LACC ont ainsi été appelés à innover dans l'exercice de leur compétence et ne se sont pas limités à suspendre les procédures engagées contre le débiteur afin de lui permettre de procéder à une réorganisation. On leur a demandé de sanctionner des mesures non expressément prévues par la LACC. Sans dresser la liste complète des diverses mesures qui ont été prises par des tribunaux en vertu de la LACC, il est néanmoins utile d'en donner brièvement quelques exemples, pour bien illustrer la marge de manœuvre que la loi accorde à ceux-ci.

[62] Perhaps the most creative use of CCAA authority has been the increasing willingness of courts to authorize post-filing security for debtor in possession financing or super-priority charges on the debtor's assets when necessary for the continuation of the debtor's business during the reorganization (see, e.g., *Skydome Corp., Re* (1998), 16 C.B.R. (4th) 118 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re*, 2000 BCCA 146, 135 B.C.A.C. 96, aff'g (1999), 12 C.B.R. (4th) 144 (S.C.); and generally, J. P. Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act* (2007), at pp. 93-115). The CCAA has also been used to release claims against third parties as part of approving a comprehensive plan of arrangement and compromise, even over the objections of some dissenting creditors (see *Metcalfe & Mansfield*). As well, the appointment of a Monitor to oversee the reorganization was originally a measure taken pursuant to the CCAA's supervisory authority; Parliament responded, making the mechanism mandatory by legislative amendment.

[63] Judicial innovation during CCAA proceedings has not been without controversy. At least two questions it raises are directly relevant to the case at bar: (1) What are the sources of a court's authority during CCAA proceedings? (2) What are the limits of this authority?

[64] The first question concerns the boundary between a court's statutory authority under the CCAA and a court's residual authority under its inherent and equitable jurisdiction when supervising a reorganization. In authorizing measures during CCAA proceedings, courts have on occasion purported to rely upon their equitable jurisdiction to advance the purposes of the Act or their inherent jurisdiction to fill gaps in the statute. Recent appellate decisions have counselled against

[62] L'utilisation la plus créative des pouvoirs conférés par la LACC est sans doute le fait que les tribunaux se montrent de plus en plus disposés à autoriser, après le dépôt des procédures, la constitution de sûretés pour financer le débiteur demeuré en possession des biens ou encore la constitution de charges super-prioritaires grevant l'actif du débiteur lorsque cela est nécessaire pour que ce dernier puisse continuer d'exploiter son entreprise pendant la réorganisation (voir, p. ex., *Skydome Corp., Re* (1998), 16 C.B.R. (4th) 118 (C. Ont. (Div. gén.)); *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re*, 2000 BCCA 146, 135 B.C.A.C. 96, conf. (1999), 12 C.B.R. (4th) 144 (C.S.); et, d'une manière générale, J. P. Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act* (2007), p. 93-115). La LACC a aussi été utilisée pour libérer des tiers des actions susceptibles d'être intentées contre eux, dans le cadre de l'approbation d'un plan global d'arrangement et de transaction, malgré les objections de certains créanciers dissidents (voir *Metcalfe & Mansfield*). Au départ, la nomination d'un contrôleur chargé de surveiller la réorganisation était elle aussi une mesure prise en vertu du pouvoir de surveillance conféré par la LACC, mais le législateur est intervenu et a modifié la loi pour rendre cette mesure obligatoire.

[63] L'esprit d'innovation dont ont fait montre les tribunaux pendant des procédures fondées sur la LACC n'a toutefois pas été sans susciter de controverses. Au moins deux des questions que soulève leur approche sont directement pertinentes en l'espèce : (1) Quelles sont les sources des pouvoirs dont dispose le tribunal pendant les procédures fondées sur la LACC? (2) Quelles sont les limites de ces pouvoirs?

[64] La première question porte sur la frontière entre les pouvoirs d'origine législative dont dispose le tribunal en vertu de la LACC et les pouvoirs résiduels dont jouit un tribunal en raison de sa compétence inhérente et de sa compétence en equity, lorsqu'il est question de surveiller une réorganisation. Pour justifier certaines mesures autorisées à l'occasion de procédures engagées sous le régime de la LACC, les tribunaux ont parfois prétendu se fonder sur leur compétence en equity dans le but

purporting to rely on inherent jurisdiction, holding that the better view is that courts are in most cases simply construing the authority supplied by the CCAA itself (see, e.g., *Skeena Cellulose Inc., Re*, 2003 BCCA 344, 13 B.C.L.R. (4th) 236, at paras. 45-47, *per* Newbury J.A.; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5 (C.A.), at paras. 31-33, *per* Blair J.A.).

[65] I agree with Justice Georgina R. Jackson and Professor Janis Sarra that the most appropriate approach is a hierarchical one in which courts 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 (see 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, at p. 42). The authors conclude that when given an appropriately purposive and liberal interpretation, the CCAA will be sufficient in most instances to ground measures necessary to achieve its objectives (p. 94).

[66] Having examined the pertinent parts of the CCAA and the recent history of the legislation, I accept that in most instances the issuance of an order during CCAA proceedings should be considered an exercise in statutory interpretation. Particularly noteworthy in this regard is the expansive interpretation the language of the statute at issue is capable of supporting.

[67] The initial grant of authority under the CCAA empowered a court “where an application is made under this Act in respect of a company . . . on the application of any person interested in the

de réaliser les objectifs de la Loi ou sur leur compétence inhérente afin de combler les lacunes de celle-ci. Or, dans de récentes décisions, des cours d’appel ont déconseillé aux tribunaux d’invoquer leur compétence inhérente, concluant qu’il est plus juste de dire que, dans la plupart des cas, les tribunaux ne font simplement qu’interpréter les pouvoirs se trouvant dans la LACC elle-même (voir, p. ex., *Skeena Cellulose Inc., Re*, 2003 BCCA 344, 13 B.C.L.R. (4th) 236, par. 45-47, la juge Newbury; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5 (C.A.), par. 31-33, le juge Blair).

[65] Je suis d’accord avec la juge Georgina R. Jackson et la professeure Janis Sarra pour dire que la méthode la plus appropriée est une approche hiérarchisée. Suivant cette approche, les tribunaux procèdent 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 (voir 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, p. 42). Selon ces auteures, pourvu qu’on lui donne l’interprétation téléologique et large qui s’impose, la LACC permettra dans la plupart des cas de justifier les mesures nécessaires à la réalisation de ses objectifs (p. 94).

[66] L’examen des parties pertinentes de la LACC et de l’évolution récente de la législation me font adhérer à ce point de vue jurisprudentiel et doctrinal : dans la plupart des cas, la décision de rendre une ordonnance durant une procédure fondée sur la LACC relève de l’interprétation législative. D’ailleurs, à cet égard, il faut souligner d’une façon particulière que le texte de loi dont il est question en l’espèce peut être interprété très largement.

[67] En vertu du pouvoir conféré initialement par la LACC, le tribunal pouvait, « chaque fois qu’une demande [était] faite sous le régime de la présente loi à l’égard d’une compagnie, [. . .] sur demande

matter, . . . subject to this Act, [to] make an order under this section” (*CCAA*, s. 11(1)). The plain language of the statute was very broad.

[68] In this regard, though not strictly applicable to the case at bar, I note that Parliament has in recent amendments changed the wording contained in s. 11(1), making explicit the discretionary authority of the court under the *CCAA*. Thus, in s. 11 of the *CCAA* as currently enacted, a court may, “subject to the restrictions set out in this Act, . . . make any order that it considers appropriate in the circumstances” (S.C. 2005, c. 47, s. 128). Parliament appears to have endorsed the broad reading of *CCAA* authority developed by the jurisprudence.

[69] The *CCAA* also explicitly provides for certain orders. Both an order made on an initial application and an order on subsequent applications may stay, restrain, or prohibit existing or new proceedings against the debtor. The burden is on the applicant to satisfy the court that the order is appropriate in the circumstances and that the applicant has been acting in good faith and with due diligence (*CCAA*, ss. 11(3), (4) and (6)).

[70] The general language of the *CCAA* should not be read as being restricted by the availability of more specific orders. However, the requirements of appropriateness, good faith, and due diligence are baseline considerations that a court should always bear in mind when exercising *CCAA* authority. Appropriateness under the *CCAA* is assessed by inquiring whether the order sought advances the policy objectives underlying the *CCAA*. The question is whether the order will usefully further efforts to achieve the remedial purpose of the *CCAA* — avoiding the social and economic losses resulting from liquidation of an insolvent company. I would add that appropriateness extends not only to the purpose of the order, but also to the means it employs. Courts should be mindful that chances for successful reorganizations are enhanced where participants achieve common ground and all

d’un intéressé, [. . .] sous réserve des autres dispositions de la présente loi [. . .] rendre l’ordonnance prévue au présent article » (*LACC*, par. 11(1)). Cette formulation claire était très générale.

[68] Bien que ces dispositions ne soient pas strictement applicables en l’espèce, je signale à ce propos que le législateur a, dans des modifications récentes, apporté au texte du par. 11(1) un changement qui rend plus explicite le pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par la *LACC*. Ainsi, aux termes de l’art. 11 actuel de la *LACC*, le tribunal peut « rendre [. . .] sous réserve des restrictions prévues par la présente loi [. . .] toute ordonnance qu’il estime indiquée » (L.C. 2005, ch. 47, art. 128). Le législateur semble ainsi avoir jugé opportun de sanctionner l’interprétation large du pouvoir conféré par la *LACC* qui a été élaborée par la jurisprudence.

[69] De plus, la *LACC* prévoit explicitement certaines ordonnances. Tant à la suite d’une demande initiale que d’une demande subséquente, le tribunal peut, par ordonnance, suspendre ou interdire toute procédure contre le débiteur, ou surseoir à sa continuation. Il incombe à la personne qui demande une telle ordonnance de convaincre le tribunal qu’elle est indiquée et qu’il a agi et continue d’agir de bonne foi et avec la diligence voulue (*LACC*, par. 11(3), (4) et (6)).

[70] La possibilité pour le tribunal de rendre des ordonnances plus spécifiques n’a pas pour effet de restreindre la portée des termes généraux utilisés dans la *LACC*. Toutefois, l’opportunité, la bonne foi et la diligence sont des considérations de base que le tribunal devrait toujours garder à l’esprit lorsqu’il exerce les pouvoirs conférés par la *LACC*. Sous le régime 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. Il s’agit donc de savoir si cette ordonnance contribuera utilement à la réalisation de l’objectif réparateur de la *LACC* — à savoir éviter les pertes sociales et économiques résultant de la liquidation d’une compagnie insolvable. J’ajouterais que le critère de l’opportunité s’applique non seulement à l’objectif de l’ordonnance, mais aussi aux moyens utilisés. Les tribunaux



stakeholders are treated as advantageously and fairly as the circumstances permit.

[71] It is well established that efforts to reorganize under the *CCAA* can be terminated and the stay of proceedings against the debtor lifted if the reorganization is “doomed to failure” (see *Chef Ready*, at p. 88; *Philip’s Manufacturing Ltd., Re* (1992), 9 C.B.R. (3d) 25 (B.C.C.A.), at paras. 6-7). However, when an order is sought that does realistically advance the *CCAA*’s purposes, the ability to make it is within the discretion of a *CCAA* court.

[72] The preceding discussion assists in determining whether the court had authority under the *CCAA* to continue the stay of proceedings against the Crown once it was apparent that reorganization would fail and bankruptcy was the inevitable next step.

[73] In the Court of Appeal, Tysoe J.A. held that no authority existed under the *CCAA* to continue staying the Crown’s enforcement of the GST deemed trust once efforts at reorganization had come to an end. The appellant submits that in so holding, Tysoe J.A. failed to consider the underlying purpose of the *CCAA* and give the statute an appropriately purposive and liberal interpretation under which the order was permissible. The Crown submits that Tysoe J.A. correctly held that the mandatory language of the *ETA* gave the court no option but to permit enforcement of the GST deemed trust when lifting the *CCAA* stay to permit the debtor to make an assignment under the *BIA*. Whether the *ETA* has a mandatory effect in the context of a *CCAA* proceeding has already been discussed. I will now address the question of whether the order was authorized by the *CCAA*.

doivent se rappeler que les chances de succès d’une réorganisation sont meilleures lorsque les participants arrivent à s’entendre et que tous les intéressés sont traités de la façon la plus avantageuse et juste possible dans les circonstances.

[71] Il est bien établi qu’il est possible de mettre fin aux efforts déployés pour procéder à une réorganisation fondée sur la *LACC* et de lever la suspension des procédures contre le débiteur si la réorganisation est [TRADUCTION] « vouée à l’échec » (voir *Chef Ready*, p. 88; *Philip’s Manufacturing Ltd., Re* (1992), 9 C.B.R. (3d) 25 (C.A.C.-B.), par. 6-7). Cependant, quand l’ordonnance demandée contribue vraiment à la réalisation des objectifs de la *LACC*, le pouvoir discrétionnaire dont dispose le tribunal en vertu de cette loi l’habilite à rendre à cette ordonnance.

[72] L’analyse qui précède est utile pour répondre à la question de savoir si le tribunal avait, en vertu de la *LACC*, le pouvoir de maintenir la suspension des procédures à l’encontre de la Couronne, une fois qu’il est devenu évident que la réorganisation échouerait et que la faillite était inévitable.

[73] En Cour d’appel, le juge Tysoe a conclu que la *LACC* n’habilitait pas le tribunal à maintenir la suspension des mesures d’exécution de la Couronne à l’égard de la fiducie réputée visant la TPS après l’arrêt des efforts de réorganisation. Selon l’appelante, en tirant cette conclusion, le juge Tysoe a omis de tenir compte de l’objectif fondamental de la *LACC* et n’a pas donné à ce texte l’interprétation téléologique et large qu’il convient de lui donner et qui autorise le prononcé d’une telle ordonnance. La Couronne soutient que le juge Tysoe a conclu à bon droit que les termes impératifs de la *LTA* ne laissaient au tribunal d’autre choix que d’autoriser les mesures d’exécution à l’endroit de la fiducie réputée visant la TPS lorsqu’il a levé la suspension de procédures qui avait été ordonnée en application de la *LACC* afin de permettre au débiteur de faire cession de ses biens en vertu de la *LFI*. J’ai déjà traité de la question de savoir si la *LTA* a un effet contraignant dans une procédure fondée sur la *LACC*. Je vais maintenant traiter de la question de savoir si l’ordonnance était autorisée par la *LACC*.



[74] It is beyond dispute that the *CCAA* imposes no explicit temporal limitations upon proceedings commenced under the Act that would prohibit ordering a continuation of the stay of the Crown's GST claims while lifting the general stay of proceedings temporarily to allow the debtor to make an assignment in bankruptcy.

[75] The question remains whether the order advanced the underlying purpose of the *CCAA*. The Court of Appeal held that it did not because the reorganization efforts had come to an end and the *CCAA* was accordingly spent. I disagree.

[76] There is no doubt that had reorganization been commenced under the *BIA* instead of the *CCAA*, the Crown's deemed trust priority for the GST funds would have been lost. Similarly, the Crown does not dispute that under the scheme of distribution in bankruptcy under the *BIA* the deemed trust for GST ceases to have effect. Thus, after reorganization under the *CCAA* failed, creditors would have had a strong incentive to seek immediate bankruptcy and distribution of the debtor's assets under the *BIA*. In order to conclude that the discretion does not extend to partially lifting the stay in order to allow for an assignment in bankruptcy, one would have to assume a gap between the *CCAA* and the *BIA* proceedings. Brenner C.J.S.C.'s order staying Crown enforcement of the GST claim ensured that creditors would not be disadvantaged by the attempted reorganization under the *CCAA*. The effect of his order was to blunt any impulse of creditors to interfere in an orderly liquidation. His order was thus in furtherance of the *CCAA*'s objectives to the extent that it allowed a bridge between the *CCAA* and *BIA* proceedings. This interpretation of the tribunal's discretionary power is buttressed by s. 20 of the *CCAA*. That section provides that the *CCAA* "may be applied together with the provisions of any Act of Parliament . . . that authorizes or makes provision for the sanction of compromises or arrangements between a company and its shareholders or any class of them", such as

[74] Il n'est pas contesté que la *LACC* n'assujettit les procédures engagées sous son régime à aucune limite temporelle explicite qui interdirait au tribunal d'ordonner le maintien de la suspension des procédures engagées par la Couronne pour recouvrer la TPS, tout en levant temporairement la suspension générale des procédures prononcée pour permettre au débiteur de faire cession de ses biens.

[75] Il reste à se demander si l'ordonnance contribuait à la réalisation de l'objectif fondamental de la *LACC*. La Cour d'appel a conclu que non, parce que les efforts de réorganisation avaient pris fin et que, par conséquent, la *LACC* n'était plus d'aucune utilité. Je ne partage pas cette conclusion.

[76] Il ne fait aucun doute que si la réorganisation avait été entreprise sous le régime de la *LFI* plutôt qu'en vertu de la *LACC*, la Couronne aurait perdu la priorité que lui confère la fiducie réputée visant la TPS. De même, la Couronne ne conteste pas que, selon le plan de répartition prévu par la *LFI* en cas de faillite, cette fiducie réputée cesse de produire ses effets. Par conséquent, après l'échec de la réorganisation tentée sous le régime de la *LACC*, les créanciers auraient eu toutes les raisons de solliciter la mise en faillite immédiate du débiteur et la répartition de ses biens en vertu de la *LFI*. Pour pouvoir conclure que le pouvoir discrétionnaire dont dispose le tribunal ne l'autorise pas à lever partiellement la suspension des procédures afin de permettre la cession des biens, il faudrait présumer l'existence d'un hiatus entre la procédure fondée sur la *LACC* et celle fondée sur la *LFI*. L'ordonnance du juge en chef Brenner suspendant l'exécution des mesures de recouvrement de la Couronne à l'égard de la TPS faisait en sorte que les créanciers ne soient pas désavantagés par la tentative de réorganisation fondée sur la *LACC*. Cette ordonnance avait pour effet de dissuader les créanciers d'entraver une liquidation ordonnée et, de ce fait, elle contribuait à la réalisation des objectifs de la *LACC*, dans la mesure où elle établit une passerelle entre les procédures régies par la *LACC* d'une part et celles régies par la *LFI* d'autre part. Cette interprétation du pouvoir discrétionnaire du tribunal se trouve renforcée par

the *BIA*. Section 20 clearly indicates the intention of Parliament for the *CCAA* to operate *in tandem* with other insolvency legislation, such as the *BIA*.

[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. Because the alternative to reorganization is often bankruptcy, participants will measure the impact of a reorganization against the position they would enjoy in liquidation. In the case at bar, the order fostered a harmonious transition between reorganization and liquidation while meeting the objective of a single collective proceeding that is common to both statutes.

[78] Tysoe J.A. therefore erred in my view by treating the *CCAA* and the *BIA* as distinct regimes subject to a temporal gap between the two, rather than as forming part of an integrated body of insolvency law. Parliament's decision to maintain two statutory schemes for reorganization, the *BIA* and the *CCAA*, reflects the reality that reorganizations of differing complexity require different legal mechanisms. By contrast, only one statutory scheme has been found to be needed to liquidate a bankrupt debtor's estate. The transition from the *CCAA* to the *BIA* may require the partial lifting of a stay of proceedings under the *CCAA* to allow commencement of the *BIA* proceedings. However, as Laskin J.A. for the Ontario Court of Appeal noted in a similar competition between secured creditors and the Ontario Superintendent of Financial Services seeking to enforce a deemed trust, "[t]he two statutes are related" and no "gap" exists between the two statutes which would allow the enforcement of property interests at the conclusion of *CCAA* proceedings that would be

l'art. 20 de la *LACC*, qui précise que les dispositions de la Loi « peuvent être appliquées conjointement avec celles de toute loi fédérale [. . .] autorisant ou prévoyant l'homologation de transactions ou arrangements entre une compagnie et ses actionnaires ou une catégorie de ces derniers », par exemple la *LFI*. L'article 20 indique clairement que le législateur entend voir la *LACC* être appliquée *de concert* avec les autres lois concernant l'insolvabilité, telle la *LFI*.

[77] La *LACC* établit les conditions qui permettent de préserver le statu quo pendant qu'on tente de trouver un terrain d'entente entre les intéressés en vue d'une réorganisation qui soit juste pour tout le monde. Étant donné que, souvent, la seule autre solution est la faillite, les participants évaluent l'impact d'une réorganisation en regard de la situation qui serait la leur en cas de liquidation. En l'espèce, l'ordonnance favorisait une transition harmonieuse entre la réorganisation et la liquidation, tout en répondant à l'objectif — commun aux deux lois — qui consiste à avoir une seule procédure collective.

[78] À mon avis, le juge d'appel Tysoe a donc commis une erreur en considérant la *LACC* et la *LFI* comme des régimes distincts, séparés par un hiatus temporel, plutôt que comme deux lois faisant partie d'un ensemble intégré de règles du droit de l'insolvabilité. La décision du législateur de conserver deux régimes législatifs en matière de réorganisation, la *LFI* et la *LACC*, reflète le fait bien réel que des réorganisations de complexité différente requièrent des mécanismes légaux différents. En revanche, un seul régime législatif est jugé nécessaire pour la liquidation de l'actif d'un débiteur en faillite. Le passage de la *LACC* à la *LFI* peut exiger la levée partielle d'une suspension de procédures ordonnée en vertu de la *LACC*, de façon à permettre l'engagement des procédures fondées sur la *LFI*. Toutefois, comme l'a signalé le juge Laskin de la Cour d'appel de l'Ontario dans un litige semblable opposant des créanciers garantis et le Surintendant des services financiers de l'Ontario qui invoquait le bénéfice d'une fiducie réputée, [TRADUCTION] « [L]es deux lois sont

lost in bankruptcy (*Ivaco Inc. (Re)* (2006), 83 O.R. (3d) 108, at paras. 62-63).

[79] The Crown's priority in claims pursuant to source deductions deemed trusts does not undermine this conclusion. Source deductions deemed trusts survive under both the *CCAA* and the *BIA*. Accordingly, creditors' incentives to prefer one Act over another will not be affected. While a court has a broad discretion to stay source deductions deemed trusts in the *CCAA* context, this discretion is nevertheless subject to specific limitations applicable only to source deductions deemed trusts (*CCAA*, s. 11.4). Thus, if *CCAA* reorganization fails (e.g., either the creditors or the court refuse a proposed reorganization), the Crown can immediately assert its claim in unremitted source deductions. But this should not be understood to affect a seamless transition into bankruptcy or create any "gap" between the *CCAA* and the *BIA* for the simple reason that, regardless of what statute the reorganization had been commenced under, creditors' claims in both instances would have been subject to the priority of the Crown's source deductions deemed trust.

[80] Source deductions deemed trusts aside, the comprehensive and exhaustive mechanism under the *BIA* must control the distribution of the debtor's assets once liquidation is inevitable. Indeed, an orderly transition to liquidation is mandatory under the *BIA* where a proposal is rejected by creditors. The *CCAA* is silent on the transition into liquidation but the breadth of the court's discretion under the Act is sufficient to construct a bridge to liquidation under the *BIA*. The court must do so in a manner that does not subvert the scheme of distribution under the *BIA*. Transition

liées » et il n'existe entre elles aucun « hiatus » qui permettrait d'obtenir l'exécution, à l'issue de procédures engagées sous le régime de la *LACC*, de droits de propriété qui seraient perdus en cas de faillite (*Ivaco Inc. (Re)* (2006), 83 O.R. (3d) 108, par. 62-63).

[79] La priorité accordée aux réclamations de la Couronne fondées sur une fiducie réputée visant des retenues à la source n'affaiblit en rien cette conclusion. Comme ces fiducies réputées survivent tant sous le régime de la *LACC* que sous celui de la *LFI*, ce facteur n'a aucune incidence sur l'intérêt que pourraient avoir les créanciers à préférer une loi plutôt que l'autre. S'il est vrai que le tribunal agissant en vertu de la *LACC* dispose d'une grande latitude pour suspendre les réclamations fondée sur des fiducies réputées visant des retenues à la source, cette latitude n'en demeure pas moins soumise à des limitations particulières, applicables uniquement à ces fiducies réputées (*LACC*, art. 11.4). Par conséquent, si la réorganisation tentée sous le régime de la *LACC* échoue (p. ex. parce que le tribunal ou les créanciers refusent une proposition de réorganisation), la Couronne peut immédiatement présenter sa réclamation à l'égard des retenues à la source non versées. Mais il ne faut pas en conclure que cela compromet le passage harmonieux au régime de faillite ou crée le moindre « hiatus » entre la *LACC* et la *LFI*, car le fait est que, peu importe la loi en vertu de laquelle la réorganisation a été amorcée, les réclamations des créanciers auraient dans les deux cas été subordonnées à la priorité de la fiducie réputée de la Couronne à l'égard des retenues à la source.

[80] Abstraction faite des fiducies réputées visant les retenues à la source, c'est le mécanisme complet et exhaustif prévu par la *LFI* qui doit régir la répartition des biens du débiteur une fois que la liquidation est devenue inévitable. De fait, une transition ordonnée aux procédures de liquidation est obligatoire sous le régime de la *LFI* lorsqu'une proposition est rejetée par les créanciers. La *LACC* est muette à l'égard de cette transition, mais l'ampleur du pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par cette loi est suffisante pour établir une passerelle vers une liquidation opérée sous le régime

to liquidation requires partially lifting the CCAA stay to commence proceedings under the BIA. This necessary partial lifting of the stay should not trigger a race to the courthouse in an effort to obtain priority unavailable under the BIA.

[81] I therefore conclude that Brenner C.J.S.C. had the authority under the CCAA to lift the stay to allow entry into liquidation.

### 3.4 *Express Trust*

[82] The last issue in this case is whether Brenner C.J.S.C. created an express trust in favour of the Crown when he ordered on April 29, 2008, that proceeds from the sale of LeRoy Trucking's assets equal to the amount of unremitted GST be held back in the Monitor's trust account until the results of the reorganization were known. Tysoe J.A. in the Court of Appeal concluded as an alternative ground for allowing the Crown's appeal that it was the beneficiary of an express trust. I disagree.

[83] Creation of an express trust requires the presence of three certainties: intention, subject matter, and object. Express or "true trusts" arise from the acts and intentions of the settlor and are distinguishable from other trusts arising by operation of law (see D. W. M. Waters, M. R. Gillen and L. D. Smith, eds., *Waters' Law of Trusts in Canada* (3rd ed. 2005), at pp. 28-29, especially fn. 42).

[84] Here, there is no certainty to the object (i.e. the beneficiary) inferrable from the court's order of April 29, 2008 sufficient to support an express trust.

de la LFI. Ce faisant, le tribunal doit veiller à ne pas perturber le plan de répartition établi par la LFI. La transition au régime de liquidation nécessite la levée partielle de la suspension des procédures ordonnée en vertu de la LACC, afin de permettre l'introduction de procédures en vertu de la LFI. Il ne faudrait pas que cette indispensable levée partielle de la suspension des procédures provoque une ruée des créanciers vers le palais de justice pour l'obtention d'une priorité inexistante sous le régime de la LFI.

[81] Je conclus donc que le juge en chef Brenner avait, en vertu de la LACC, le pouvoir de lever la suspension des procédures afin de permettre la transition au régime de liquidation.

### 3.4 *Fiducie expresse*

[82] La dernière question à trancher en l'espèce est celle de savoir si le juge en chef Brenner a créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne quand il a ordonné, le 29 avril 2008, que le produit de la vente des biens de LeRoy Trucking — jusqu'à concurrence des sommes de TPS non remises — soit détenu dans le compte en fiducie du contrôleur jusqu'à ce que l'issue de la réorganisation soit connue. Un autre motif invoqué par le juge Tysoe de la Cour d'appel pour accueillir l'appel interjeté par la Couronne était que, selon lui, celle-ci était effectivement la bénéficiaire d'une fiducie expresse. Je ne peux souscrire à cette conclusion.

[83] La création d'une fiducie expresse exige la présence de trois certitudes : certitude d'intention, certitude de matière et certitude d'objet. Les fiducies expresses ou « fiducies au sens strict » découlent des actes et des intentions du constituant et se distinguent des autres fiducies découlant de l'effet de la loi (voir D. W. M. Waters, M. R. Gillen et L. D. Smith, dir., *Waters' Law of Trusts in Canada* (3<sup>e</sup> éd. 2005), p. 28-29, particulièrement la note en bas de page 42).

[84] En l'espèce, il n'existe aucune certitude d'objet (c.-à-d. relative au bénéficiaire) pouvant être inférée de l'ordonnance prononcée le 29 avril 2008 par le tribunal et suffisante pour donner naissance à une fiducie expresse.

[85] At the time of the order, there was a dispute between Century Services and the Crown over part of the proceeds from the sale of the debtor's assets. The court's solution was to accept LeRoy Trucking's proposal to segregate those monies until that dispute could be resolved. Thus, there was no certainty that the Crown would actually be the beneficiary, or object, of the trust.

[86] The fact that the location chosen to segregate those monies was the Monitor's trust account has no independent effect such that it would overcome the lack of a clear beneficiary. In any event, under the interpretation of *CCAA* s. 18.3(1) established above, no such priority dispute would even arise because the Crown's deemed trust priority over GST claims would be lost under the *CCAA* and the Crown would rank as an unsecured creditor for this amount. However, *Brenner C.J.S.C.* may well have been proceeding on the basis that, in accordance with *Ottawa Senators*, the Crown's GST claim would remain effective if reorganization was successful, which would not be the case if transition to the liquidation process of the *BIA* was allowed. An amount equivalent to that claim would accordingly be set aside pending the outcome of reorganization.

[87] Thus, uncertainty surrounding the outcome of the *CCAA* restructuring eliminates the existence of any certainty to permanently vest in the Crown a beneficial interest in the funds. That much is clear from the oral reasons of *Brenner C.J.S.C.* on April 29, 2008, when he said: "Given the fact that [*CCAA* proceedings] are known to fail and filings in bankruptcy result, it seems to me that maintaining the status quo in the case at bar supports the proposal to have the monitor hold these funds in trust." Exactly who might take the money in the final result was therefore evidently in doubt. *Brenner C.J.S.C.*'s subsequent order of September 3, 2008 denying the Crown's application to enforce the trust once it was clear

[85] Au moment où l'ordonnance a été rendue, il y avait un différend entre Century Services et la Couronne au sujet d'une partie du produit de la vente des biens du débiteur. La solution retenue par le tribunal a consisté à accepter, selon la proposition de LeRoy Trucking, que la somme en question soit détenue séparément jusqu'à ce que le différend puisse être réglé. Par conséquent, il n'existait aucune certitude que la Couronne serait véritablement le bénéficiaire ou l'objet de la fiducie.

[86] Le fait que le compte choisi pour conserver séparément la somme en question était le compte en fiducie du contrôleur n'a pas à lui seul un effet tel qu'il suppléerait à l'absence d'un bénéficiaire certain. De toute façon, suivant l'interprétation du par. 18.3(1) de la *LACC* dégagée précédemment, aucun différend ne saurait même exister quant à la priorité de rang, étant donné que la priorité accordée aux réclamations de la Couronne fondées sur la fiducie réputée visant la TPS ne s'applique pas sous le régime de la *LACC* et que la Couronne est reléguée au rang de créancier non garanti à l'égard des sommes en question. Cependant, il se peut fort bien que le juge en chef *Brenner* ait estimé que, conformément à l'arrêt *Ottawa Senators*, la créance de la Couronne à l'égard de la TPS demeurerait effective si la réorganisation aboutissait, ce qui ne serait pas le cas si le passage au processus de liquidation régi par la *LFI* était autorisé. Une somme équivalente à cette créance serait ainsi mise de côté jusqu'à ce que le résultat de la réorganisation soit connu.

[87] Par conséquent, l'incertitude entourant l'issue de la restructuration tentée sous le régime de la *LACC* exclut l'existence d'une certitude permettant de conférer de manière permanente à la Couronne un intérêt bénéficiaire sur la somme en question. Cela ressort clairement des motifs exposés de vive voix par le juge en chef *Brenner* le 29 avril 2008, lorsqu'il a dit : [TRADUCTION] « Comme il est notoire que [des procédures fondées sur la *LACC*] peuvent échouer et que cela entraîne des faillites, le maintien du statu quo en l'espèce me semble militer en faveur de l'acceptation de la proposition d'ordonner au contrôleur de détenir ces fonds en fiducie. » Il y avait donc manifestement un doute quant à la question de savoir qui au juste pourrait toucher l'argent

that bankruptcy was inevitable, confirms the absence of a clear beneficiary required to ground an express trust.

#### 4. Conclusion

[88] I conclude that Brenner C.J.S.C. had the discretion under the *CCAA* to continue the stay of the Crown's claim for enforcement of the GST deemed trust while otherwise lifting it to permit LeRoy Trucking to make an assignment in bankruptcy. My conclusion that s. 18.3(1) of the *CCAA* nullified the GST deemed trust while proceedings under that Act were pending confirms that the discretionary jurisdiction under s. 11 utilized by the court was not limited by the Crown's asserted GST priority, because there is no such priority under the *CCAA*.

[89] For these reasons, I would allow the appeal and declare that the \$305,202.30 collected by LeRoy Trucking in respect of GST but not yet remitted to the Receiver General of Canada is not subject to deemed trust or priority in favour of the Crown. Nor is this amount subject to an express trust. Costs are awarded for this appeal and the appeal in the court below.

The following are the reasons delivered by

FISH J. —

I

[90] I am in general agreement with the reasons of Justice Deschamps and would dispose of the appeal as she suggests.

[91] More particularly, I share my colleague's interpretation of the scope of the judge's discretion under s. 11 of the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 ("*CCAA*").

en fin de compte. L'ordonnance ultérieure du juge en chef Brenner — dans laquelle ce dernier a rejeté, le 3 septembre 2008, la demande de la Couronne sollicitant le bénéfice de la fiducie présumée après qu'il fut devenu évident que la faillite était inévitable — confirme l'absence du bénéficiaire certain sans lequel il ne saurait y avoir de fiducie expresse.

#### 4. Conclusion

[88] Je conclus que le juge en chef Brenner avait, en vertu de la *LACC*, le pouvoir discrétionnaire de maintenir la suspension de la demande de la Couronne sollicitant le bénéfice de la fiducie réputée visant la TPS, tout en levant par ailleurs la suspension des procédures de manière à permettre à LeRoy Trucking de faire cession de ses biens. Ma conclusion selon laquelle le par. 18.3(1) de la *LACC* neutralisait la fiducie réputée visant la TPS pendant la durée des procédures fondées sur cette loi confirme que les pouvoirs discrétionnaires exercés par le tribunal en vertu de l'art. 11 n'étaient pas limités par la priorité invoquée par la Couronne au titre de la TPS, puisqu'il n'existe aucune priorité de la sorte sous le régime de la *LACC*.

[89] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de déclarer que la somme de 305 202,30 \$ perçue par LeRoy Trucking au titre de la TPS mais non encore versée au receveur général du Canada ne fait l'objet d'aucune fiducie réputée ou priorité en faveur de la Couronne. Cette somme ne fait pas non plus l'objet d'une fiducie expresse. Les dépens sont accordés à l'égard du présent pourvoi et de l'appel interjeté devant la juridiction inférieure.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE FISH —

I

[90] Je souscris dans l'ensemble aux motifs de la juge Deschamps et je disposerais du pourvoi comme elle le propose.

[91] Plus particulièrement, je me rallie à son interprétation de la portée du pouvoir discrétionnaire conféré au juge par l'art. 11 de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C.

And I share my colleague's conclusion that Brenner C.J.S.C. did not create an express trust in favour of the Crown when he segregated GST funds into the Monitor's trust account (2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221).

[92] I nonetheless feel bound to add brief reasons of my own regarding the interaction between the CCAA and the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15 ("ETA").

[93] In upholding deemed trusts created by the *ETA* notwithstanding insolvency proceedings, *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), and its progeny have been unduly protective of Crown interests which Parliament itself has chosen to subordinate to competing prioritized claims. In my respectful view, a clearly marked departure from that jurisprudential approach is warranted in this case.

[94] Justice Deschamps develops important historical and policy reasons in support of this position and I have nothing to add in that regard. I do wish, however, to explain why a comparative analysis of related statutory provisions adds support to our shared conclusion.

[95] Parliament has in recent years given detailed consideration to the Canadian insolvency scheme. It has declined to amend the provisions at issue in this case. Ours is not to wonder why, but rather to treat Parliament's preservation of the relevant provisions as a deliberate exercise of the legislative discretion that is Parliament's alone. With respect, I reject any suggestion that we should instead characterize the apparent conflict between s. 18.3(1) (now s. 37(1)) of the CCAA and s. 222 of the *ETA* as a drafting anomaly or statutory lacuna properly subject to judicial correction or repair.

1985, ch. C-36 (« LACC »). Je partage en outre sa conclusion suivant laquelle le juge en chef Brenner n'a pas créé de fiducie expresse en faveur de la Couronne en ordonnant que les sommes recueillies au titre de la TPS soient détenues séparément dans le compte en fiducie du contrôleur (2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221).

[92] J'estime néanmoins devoir ajouter de brefs motifs qui me sont propres au sujet de l'interaction entre la *LACC* et la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15 (« *LTA* »).

[93] En maintenant, malgré l'existence des procédures d'insolvabilité, la validité de fiducies réputées créées en vertu de la *LTA*, l'arrêt *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), et les décisions rendues dans sa foulée ont eu pour effet de protéger indûment des droits de la Couronne que le Parlement avait lui-même choisi de subordonner à d'autres créances prioritaires. À mon avis, il convient en l'espèce de rompre nettement avec ce courant jurisprudenciel.

[94] La juge Deschamps expose d'importantes raisons d'ordre historique et d'intérêt général à l'appui de cette position et je n'ai rien à ajouter à cet égard. Je tiens toutefois à expliquer pourquoi une analyse comparative de certaines dispositions législatives connexes vient renforcer la conclusion à laquelle ma collègue et moi-même en arrivons.

[95] Au cours des dernières années, le législateur fédéral a procédé à un examen approfondi du régime canadien d'insolvabilité. Il a refusé de modifier les dispositions qui sont en cause dans la présente affaire. Il ne nous appartient pas de nous interroger sur les raisons de ce choix. Nous devons plutôt considérer la décision du législateur de maintenir en vigueur les dispositions en question comme un exercice délibéré du pouvoir discrétionnaire de légiférer, pouvoir qui est exclusivement le sien. Avec égards, je rejette le point de vue suivant lequel nous devrions plutôt qualifier l'apparente contradiction entre le par. 18.3(1) (maintenant le par. 37(1)) de la *LACC* et l'art. 222 de la *LTA* d'anomalie rédactionnelle ou de lacune législative susceptible d'être corrigée par un tribunal.

## II

[96] In the context of the Canadian insolvency regime, a deemed trust will be found to exist only where two complementary elements co-exist: first, a statutory provision *creating* the trust; and second, a CCAA or *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“BIA”) provision *confirming* — or explicitly preserving — its effective operation.

[97] This interpretation is reflected in three federal statutes. Each contains a deemed trust provision framed in terms strikingly similar to the wording of s. 222 of the *ETA*.

[98] The first is the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“*ITA*”), where s. 227(4) *creates* a deemed trust:

(4) Every person who deducts or withholds an amount under this Act is deemed, notwithstanding any security interest (as defined in subsection 224(1.3)) in the amount so deducted or withheld, to hold the amount separate and apart from the property of the person and from property held by any secured creditor (as defined in subsection 224(1.3)) of that person that but for the security interest would be property of the person, in trust for Her Majesty and for payment to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act. [Here and below, the emphasis is of course my own.]

[99] In the next subsection, Parliament has taken care to make clear that this trust is unaffected by federal or provincial legislation to the contrary:

(4.1) Notwithstanding any other provision of this Act, the *Bankruptcy and Insolvency Act* (except sections 81.1 and 81.2 of that Act), any other enactment of Canada, any enactment of a province or any other law, where at any time an amount deemed by subsection 227(4) to be held by a person in trust for Her Majesty is not paid to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act, property of the person . . . equal in value to the amount so deemed to be held in trust is deemed

(a) to be held, from the time the amount was deducted or withheld by the person, separate and

## II

[96] Dans le contexte du régime canadien d’insolvabilité, on conclut à l’existence d’une fiducie réputée uniquement lorsque deux éléments complémentaires sont réunis : en premier lieu, une disposition législative qui *crée* la fiducie et, en second lieu, une disposition de la *LACC* ou de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI* ») qui *confirme* l’existence de la fiducie ou la maintient explicitement en vigueur.

[97] Cette interprétation se retrouve dans trois lois fédérales, qui renferment toutes une disposition relative aux fiducies réputées dont le libellé offre une ressemblance frappante avec celui de l’art. 222 de la *LTA*.

[98] La première est la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.) (« *LIR* »), dont le par. 227(4) *crée* une fiducie réputée :

(4) Toute personne qui déduit ou retient un montant en vertu de la présente loi est réputée, malgré toute autre garantie au sens du paragraphe 224(1.3) le concernant, le détenir en fiducie pour Sa Majesté, séparé de ses propres biens et des biens détenus par son créancier garanti au sens de ce paragraphe qui, en l’absence de la garantie, seraient ceux de la personne, et en vue de le verser à Sa Majesté selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi. [Dans la présente citation et dans celles qui suivent, les soulignements sont évidemment de moi.]

[99] Dans le paragraphe suivant, le législateur prend la peine de bien préciser que toute disposition législative fédérale ou provinciale à l’effet contraire n’a aucune incidence sur la fiducie ainsi constituée :

(4.1) Malgré les autres dispositions de la présente loi, la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* (sauf ses articles 81.1 et 81.2), tout autre texte législatif fédéral ou provincial ou toute règle de droit, en cas de non-versement à Sa Majesté, selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi, d’un montant qu’une personne est réputée par le paragraphe (4) détenir en fiducie pour Sa Majesté, les biens de la personne [ . . . ] d’une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté, à compter du moment où le montant est déduit ou retenu,



apart from the property of the person, in trust for Her Majesty whether or not the property is subject to such a security interest, . . .

séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à une telle garantie;

. . . and the proceeds of such property shall be paid to the Receiver General in priority to all such security interests.

. . . et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur une telle garantie.

[100] The continued operation of this deemed trust is expressly *confirmed* in s. 18.3 of the *CCAA*:

[100] Le maintien en vigueur de cette fiducie réputée est expressément *confirmé* à l'art. 18.3 de la *LACC* :

**18.3** (1) Subject to subsection (2), notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

**18.3**(1) Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

(2) Subsection (1) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act* . . . .

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi* . . . .

[101] The operation of the *ITA* deemed trust is also confirmed in s. 67 of the *BIA*:

[101] L'application de la fiducie réputée prévue par la *LIR* est également confirmée par l'art. 67 de la *LFI* :

(2) Subject to subsection (3), notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a bankrupt shall not be regarded as held in trust for Her Majesty for the purpose of paragraph (1)(a) unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

(2) Sous réserve du paragraphe (3) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens du failli ne peut, pour l'application de l'alinéa (1)a), être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

(3) Subsection (2) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act* . . . .

(3) Le paragraphe (2) ne s'applique pas à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi* . . . .

[102] Thus, Parliament has first *created* and then *confirmed the continued operation* of the Crown's *ITA* deemed trust under *both* the *CCAA* and the *BIA* regimes.

[102] Par conséquent, le législateur a *créé*, puis *confirmé le maintien en vigueur* de la fiducie réputée établie par la *LIR* en faveur de Sa Majesté *tant* sous le régime de la *LACC* *que* sous celui de la *LFI*.

[103] The second federal statute for which this scheme holds true is the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8 (“*CPP*”). At s. 23, Parliament creates a deemed trust in favour of the Crown and specifies that it exists despite all contrary provisions in any other Canadian statute. Finally, and in almost identical terms, the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 (“*EIA*”), creates a deemed trust in favour of the Crown: see ss. 86(2) and (2.1).

[104] As we have seen, the survival of the deemed trusts created under these provisions of the *ITA*, the *CPP* and the *EIA* is confirmed in s. 18.3(2) of the *CCAA* and in s. 67(3) of the *BIA*. In all three cases, Parliament’s intent to enforce the Crown’s deemed trust through insolvency proceedings is expressed in clear and unmistakable terms.

[105] The same is not true with regard to the deemed trust created under the *ETA*. Although Parliament creates a deemed trust in favour of the Crown to hold unremitted GST monies, and although it purports to maintain this trust notwithstanding any contrary federal or provincial legislation, it does not *confirm* the trust — or expressly provide for its continued operation — in either the *BIA* or the *CCAA*. The second of the two mandatory elements I have mentioned is thus absent reflecting Parliament’s intention to allow the deemed trust to lapse with the commencement of insolvency proceedings.

[106] The language of the relevant *ETA* provisions is identical in substance to that of the *ITA*, *CPP*, and *EIA* provisions:

**222.** (1) Subject to subsection (1.1), every person who collects an amount as or on account of tax under Division II is deemed, for all purposes and despite any security interest in the amount, to hold the amount in trust for Her Majesty in right of Canada, separate and apart from the property of the person and from property held by any secured creditor of the person that, but for a

[103] La deuxième loi fédérale où l’on retrouve ce mécanisme est le *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8 (« *RPC* »). À l’article 23, le législateur crée une fiducie réputée en faveur de la Couronne et précise qu’elle existe malgré les dispositions contraires de toute autre loi fédérale. Enfin, la *Loi sur l’assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23 (« *LAE* »), crée dans des termes quasi identiques, une fiducie réputée en faveur de la Couronne : voir les par. 86(2) et (2.1).

[104] Comme nous l’avons vu, le maintien en vigueur des fiducies réputées créées en vertu de ces dispositions de la *LIR*, du *RPC* et de la *LAE* est confirmé au par. 18.3(2) de la *LACC* et au par. 67(3) de la *LFI*. Dans les trois cas, le législateur a exprimé en termes clairs et explicites sa volonté de voir la fiducie réputée établie en faveur de la Couronne produire ses effets pendant le déroulement de la procédure d’insolvabilité.

[105] La situation est différente dans le cas de la fiducie réputée créée par la *LTA*. Bien que le législateur crée en faveur de la Couronne une fiducie réputée dans laquelle seront conservées les sommes recueillies au titre de la TPS mais non encore versées, et bien qu’il prétende maintenir cette fiducie en vigueur malgré les dispositions à l’effet contraire de toute loi fédérale ou provinciale, il ne *confirme* pas l’existence de la fiducie — ni ne prévoit expressément le maintien en vigueur de celle-ci — dans la *LFI* ou dans la *LACC*. Le second des deux éléments obligatoires que j’ai mentionnés fait donc défaut, ce qui témoigne de l’intention du législateur de laisser la fiducie réputée devenir caduque au moment de l’introduction de la procédure d’insolvabilité.

[106] Le texte des dispositions en cause de la *LTA* est substantiellement identique à celui des dispositions de la *LIR*, du *RPC* et de la *LAE* :

**222.** (1) La personne qui perçoit un montant au titre de la taxe prévue à la section II est réputée, à toutes fins utiles et malgré tout droit en garantie le concernant, le détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, séparé de ses propres biens et des biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l’absence du droit en garantie, seraient ceux de la personne, jusqu’à ce qu’il soit

security interest, would be property of the person, until the amount is remitted to the Receiver General or withdrawn under subsection (2).

(3) Despite any other provision of this Act (except subsection (4)), any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*), any enactment of a province or any other law, if at any time an amount deemed by subsection (1) to be held by a person in trust for Her Majesty is not remitted to the Receiver General or withdrawn in the manner and at the time provided under this Part, property of the person and property held by any secured creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust, is deemed

(a) to be held, from the time the amount was collected by the person, in trust for Her Majesty, separate and apart from the property of the person, whether or not the property is subject to a security interest, . . .

. . . and the proceeds of the property shall be paid to the Receiver General in priority to all security interests.

[107] Yet no provision of the *CCAA* provides for the continuation of this deemed trust after the *CCAA* is brought into play.

[108] In short, Parliament has imposed *two* explicit conditions, or “building blocks”, for survival under the *CCAA* of deemed trusts created by the *ITA*, *CPP*, and *EIA*. Had Parliament intended to likewise preserve under the *CCAA* deemed trusts created by the *ETA*, it would have included in the *CCAA* the sort of confirmatory provision that explicitly preserves other deemed trusts.

[109] With respect, unlike Tysoe J.A., I do not find it “inconceivable that Parliament would specifically identify the *BIA* as an exception when enacting the current version of s. 222(3) of the *ETA* without considering the *CCAA* as a possible second exception” (2009 BCCA 205, 98 B.C.L.R. (4th) 242, at para. 37). *All* of the deemed trust

versé au receveur général ou retiré en application du paragraphe (2).

(3) Malgré les autres dispositions de la présente loi (sauf le paragraphe (4) du présent article), tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*), tout texte législatif provincial ou toute autre règle de droit, lorsqu'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (1) détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada n'est pas versé au receveur général ni retiré selon les modalités et dans le délai prévus par la présente partie, les biens de la personne — y compris les biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l'absence du droit en garantie, seraient ses biens — d'une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, à compter du moment où le montant est perçu par la personne, séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie;

. . . et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur tout droit en garantie.

[107] Pourtant, aucune disposition de la *LACC* ne prévoit le maintien en vigueur de la fiducie réputée une fois que la *LACC* entre en jeu.

[108] En résumé, le législateur a imposé *deux* conditions explicites — ou « composantes de base » — devant être réunies pour que survivent, sous le régime de la *LACC*, les fiducies réputées qui ont été établies par la *LIR*, le *RPC* et la *LAE*. S'il avait voulu préserver de la même façon, sous le régime de la *LACC*, les fiducies réputées qui sont établies par la *LTA*, il aurait inséré dans la *LACC* le type de disposition confirmatoire qui maintient explicitement en vigueur d'autres fiducies réputées.

[109] Avec égards pour l'opinion contraire exprimée par le juge Tysoe de la Cour d'appel, je ne trouve pas [TRADUCTION] « inconcevable que le législateur, lorsqu'il a adopté la version actuelle du par. 222(3) de la *LTA*, ait désigné expressément la *LFI* comme une exception sans envisager que la *LACC* puisse constituer une deuxième exception » (2009 BCCA

provisions excerpted above make explicit reference to the *BIA*. Section 222 of the *ETA* does not break the pattern. Given the near-identical wording of the four deemed trust provisions, it would have been surprising indeed had Parliament not addressed the *BIA* at all in the *ETA*.

[110] Parliament's evident intent was to render GST deemed trusts inoperative upon the institution of insolvency proceedings. Accordingly, s. 222 mentions the *BIA* so as to *exclude* it from its ambit — rather than to *include* it, as do the *ITA*, the *CPP*, and the *EIA*.

[111] Conversely, I note that *none* of these statutes mentions the *CCAA* expressly. Their specific reference to the *BIA* has no bearing on their interaction with the *CCAA*. Again, it is the confirmatory provisions *in the insolvency statutes* that determine whether a given deemed trust will subsist during insolvency proceedings.

[112] Finally, I believe that chambers judges should not segregate GST monies into the Monitor's trust account during *CCAA* proceedings, as was done in this case. The result of Justice Deschamps's reasoning is that GST claims become unsecured under the *CCAA*. Parliament has deliberately chosen to nullify certain Crown super-priorities during insolvency; this is one such instance.

### III

[113] For these reasons, like Justice Deschamps, I would allow the appeal with costs in this Court and in the courts below and order that the \$305,202.30 collected by LeRoy Trucking in respect of GST but not yet remitted to the Receiver General of Canada

205, 98 B.C.L.R. (4th) 242, par. 37). *Toutes* les dispositions établissant des fiducies réputées qui sont reproduites ci-dessus font explicitement mention de la *LFI*. L'article 222 de la *LTA* ne rompt pas avec ce modèle. Compte tenu du libellé presque identique des quatre dispositions établissant une fiducie réputée, il aurait d'ailleurs été étonnant que le législateur ne fasse aucune mention de la *LFI* dans la *LTA*.

[110] L'intention du législateur était manifestement de rendre inopérantes les fiducies réputées visant la TPS dès l'introduction d'une procédure d'insolvabilité. Par conséquent, l'art. 222 mentionne la *LFI* de manière à l'*exclure* de son champ d'application — et non de l'y *inclure*, comme le font la *LIR*, le *RPC* et la *LAE*.

[111] En revanche, je constate qu'*aucune* de ces lois ne mentionne expressément la *LACC*. La mention explicite de la *LFI* dans ces textes n'a aucune incidence sur leur interaction avec la *LACC*. Là encore, ce sont les dispositions confirmatoires que l'on trouve *dans les lois sur l'insolvabilité* qui déterminent si une fiducie réputée continuera d'exister durant une procédure d'insolvabilité.

[112] Enfin, j'estime que les juges siégeant en leur cabinet ne devraient pas, comme cela s'est produit en l'espèce, ordonner que les sommes perçues au titre de la TPS soient détenues séparément dans le compte en fiducie du contrôleur pendant le déroulement d'une procédure fondée sur la *LACC*. Il résulte du raisonnement de la juge Deschamps que les réclamations de TPS deviennent des créances non garanties sous le régime de la *LACC*. Le législateur a délibérément décidé de supprimer certaines superpriorités accordées à la Couronne pendant l'insolvabilité; nous sommes en présence de l'un de ces cas.

### III

[113] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis, à l'instar de la juge Deschamps, d'accueillir le pourvoi avec dépens devant notre Cour et devant les juridictions inférieures, et d'ordonner que la somme de 305 202,30 \$ — qui a été perçue par LeRoy Trucking

be subject to no deemed trust or priority in favour of the Crown.

The following are the reasons delivered by

[114] ABELLA J. (dissenting) — The central issue in this appeal is whether s. 222 of the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15 (“*ETA*”), and specifically s. 222(3), gives priority during *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“*CCAA*”), proceedings to the Crown’s deemed trust in unremitted GST. I agree with Tysoe J.A. that it does. It follows, in my respectful view, that a court’s discretion under s. 11 of the *CCAA* is circumscribed accordingly.

[115] Section 11<sup>1</sup> of the *CCAA* stated:

**11.** (1) Notwithstanding anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up Act*, where an application is made under this Act in respect of a company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, subject to this Act, on notice to any other person or without notice as it may see fit, make an order under this section.

To decide the scope of the court’s discretion under s. 11, it is necessary to first determine the priority issue. Section 222(3), the provision of the *ETA* at issue in this case, states:

<sup>1</sup> Section 11 was amended, effective September 18, 2009, and now states:

**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.

au titre de la TPS mais n’a pas encore été versée au receveur général du Canada — ne fasse l’objet d’aucune fiducie réputée ou priorité en faveur de la Couronne.

Version française des motifs rendus par

[114] LA JUGE ABELLA (dissidente) — La question qui est au cœur du présent pourvoi est celle de savoir si l’art. 222 de la *Loi sur la taxe d’accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15 (« *LTA* »), et plus particulièrement le par. 222(3), donnent préséance, dans le cadre d’une procédure relevant de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« *LACC* »), à la fiducie réputée qui est établie en faveur de la Couronne à l’égard de la TPS non versée. À l’instar du juge Tysoe de la Cour d’appel, j’estime que tel est le cas. Il s’ensuit, à mon avis, que le pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par l’art. 11 de la *LACC* est circonscrit en conséquence.

[115] L’article 11<sup>1</sup> de la *LACC* disposait :

**11.** (1) Malgré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations*, chaque fois qu’une demande est faite sous le régime de la présente loi à l’égard d’une compagnie, le tribunal, sur demande d’un intéressé, peut, sous réserve des autres dispositions de la présente loi et avec ou sans avis, rendre l’ordonnance prévue au présent article.

Pour être en mesure de déterminer la portée du pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par l’art. 11, il est nécessaire de trancher d’abord la question de la priorité. Le paragraphe 222(3), la disposition de la *LTA* en cause en l’espèce, prévoit ce qui suit :

<sup>1</sup> L’article 11 a été modifié et le texte modifié, qui est entré en vigueur le 18 septembre 2009, est rédigé ainsi :

**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.

(3) Despite any other provision of this Act (except subsection (4)), any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*), any enactment of a province or any other law, if at any time an amount deemed by subsection (1) to be held by a person in trust for Her Majesty is not remitted to the Receiver General or withdrawn in the manner and at the time provided under this Part, property of the person and property held by any secured creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust, is deemed

(a) to be held, from the time the amount was collected by the person, in trust for Her Majesty, separate and apart from the property of the person, whether or not the property is subject to a security interest, and

(b) to form no part of the estate or property of the person from the time the amount was collected, whether or not the property has in fact been kept separate and apart from the estate or property of the person and whether or not the property is subject to a security interest

and is property beneficially owned by Her Majesty in right of Canada despite any security interest in the property or in the proceeds thereof and the proceeds of the property shall be paid to the Receiver General in priority to all security interests.

[116] Century Services argued that the CCAA's general override provision, s. 18.3(1), prevailed, and that the deeming provisions in s. 222 of the *ETA* were, accordingly, inapplicable during CCAA proceedings. Section 18.3(1) states:

**18.3 (1)** . . . [N]otwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

[117] As MacPherson J.A. correctly observed in *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), s. 222(3) of the *ETA* is in “clear conflict” with s. 18.3(1) of the CCAA (para. 31). Resolving the conflict between the two provisions is, essentially, what seems to me to be a relatively uncomplicated exercise in statutory

(3) Malgré les autres dispositions de la présente loi (sauf le paragraphe (4) du présent article), tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*), tout texte législatif provincial ou toute autre règle de droit, lorsqu'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (1) détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada n'est pas versé au receveur général ni retiré selon les modalités et dans le délai prévus par la présente partie, les biens de la personne — y compris les biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l'absence du droit en garantie, seraient ses biens — d'une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, à compter du moment où le montant est perçu par la personne, séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie;

b) ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne à compter du moment où le montant est perçu, que ces biens aient été ou non tenus séparés de ses propres biens ou de son patrimoine et qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie.

Ces biens sont des biens dans lesquels Sa Majesté du chef du Canada a un droit de bénéficiaire malgré tout autre droit en garantie sur ces biens ou sur le produit en découlant, et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur tout droit en garantie.

[116] Selon Century Services, la disposition dérogatoire générale de la *LACC*, le par. 18.3(1), l'emportait, et les dispositions déterminatives à l'art. 222 de la *LTA* étaient par conséquent inapplicables dans le cadre d'une procédure fondée sur la *LACC*. Le paragraphe 18.3(1) dispose :

**18.3 (1)** . . . [P]ar dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

[117] Ainsi que l'a fait observer le juge d'appel MacPherson, dans l'arrêt *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), le par. 222(3) de la *LTA* [TRADUCTION] « entre nettement en conflit » avec le par. 18.3(1) de la *LACC* (para. 31). Essentiellement, la résolution du conflit entre ces deux dispositions requiert à mon sens une

interpretation: Does the language reflect a clear legislative intention? In my view it does. The deemed trust provision, s. 222(3) of the *ETA*, has unambiguous language stating that it operates notwithstanding any law except the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“*BIA*”).

[118] By expressly excluding only one statute from its legislative grasp, and by unequivocally stating that it applies despite any other law anywhere in Canada *except* the *BIA*, s. 222(3) has defined its boundaries in the clearest possible terms. I am in complete agreement with the following comments of MacPherson J.A. in *Ottawa Senators*:

The legislative intent of s. 222(3) of the *ETA* is clear. If there is a conflict with “any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*)”, s. 222(3) prevails. In these words Parliament did two things: it decided that s. 222(3) should trump all other federal laws and, importantly, it addressed the topic of exceptions to its trumping decision and identified a single exception, the *Bankruptcy and Insolvency Act* . . . . The *BIA* and the *CCAA* are closely related federal statutes. I cannot conceive that Parliament would specifically identify the *BIA* as an exception, but accidentally fail to consider the *CCAA* as a possible second exception. In my view, the omission of the *CCAA* from s. 222(3) of the *ETA* was almost certainly a considered omission. [para. 43]

[119] MacPherson J.A.’s view that the failure to exempt the *CCAA* from the operation of the *ETA* is a reflection of a clear legislative intention, is borne out by how the *CCAA* was subsequently changed after s. 18.3(1) was enacted in 1997. In 2000, when s. 222(3) of the *ETA* came into force, amendments were also introduced to the *CCAA*. Section 18.3(1) was not amended.

[120] The failure to amend s. 18.3(1) is notable because its effect was to protect the legislative *status quo*, notwithstanding repeated requests from

opération relativement simple d’interprétation des lois : Est-ce que les termes employés révèlent une intention claire du législateur? À mon avis, c’est le cas. Le texte de la disposition créant une fiducie réputée, soit le par. 222(3) de la *LTA*, précise sans ambiguïté que cette disposition s’applique malgré toute autre règle de droit sauf la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI* »).

[118] En excluant explicitement une seule loi du champ d’application du par. 222(3) et en déclarant de façon non équivoque qu’il s’applique malgré toute autre loi ou règle de droit au Canada *sauf* la *LFI*, le législateur a défini la portée de cette disposition dans des termes on ne peut plus clairs. Je souscris sans réserve aux propos suivants du juge d’appel MacPherson dans l’arrêt *Ottawa Senators* :

[TRADUCTION] L’intention du législateur au par. 222(3) de la *LTA* est claire. En cas de conflit avec « tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*) », c’est le par. 222(3) qui l’emporte. En employant ces mots, le législateur fédéral a fait deux choses : il a décidé que le par. 222(3) devait l’emporter sur tout autre texte législatif fédéral et, fait important, il a abordé la question des exceptions à cette préséance en en mentionnant une seule, la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* [. . .] La *LFI* et la *LACC* sont des lois fédérales étroitement liées entre elles. Je ne puis concevoir que le législateur ait pu mentionner expressément la *LFI* à titre d’exception, mais ait involontairement omis de considérer la *LACC* comme une deuxième exception possible. À mon avis, le fait que la *LACC* ne soit pas mentionnée au par. 222(3) de la *LTA* était presque assurément une omission mûrement réfléchie de la part du législateur. [par. 43]

[119] L’opinion du juge d’appel MacPherson suivant laquelle le fait que la *LACC* n’ait pas été soustraite à l’application de la *LTA* témoigne d’une intention claire du législateur est confortée par la façon dont la *LACC* a par la suite été modifiée après l’édition du par. 18.3(1) en 1997. En 2000, lorsque le par. 222(3) de la *LTA* est entré en vigueur, des modifications ont également été apportées à la *LACC*, mais le par. 18.3(1) de cette loi n’a pas été modifié.

[120] L’absence de modification du par. 18.3(1) vaut d’être soulignée, car elle a eu pour effet de maintenir le statu quo législatif, malgré les



various constituencies that s. 18.3(1) be amended to make the priorities in the *CCAA* consistent with those in the *BIA*. In 2002, for example, when Industry Canada conducted a review of the *BIA* and the *CCAA*, the Insolvency Institute of Canada and the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals recommended that the priority regime under the *BIA* be extended to the *CCAA* (Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform, *Report* (March 15, 2002), Sch. B, proposal 71). The same recommendations were made by the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce in its 2003 report, *Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act*; by the Legislative Review Task Force (Commercial) of the Insolvency Institute of Canada and the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals in its 2005 *Report on the Commercial Provisions of Bill C-55*; and in 2007 by the Insolvency Institute of Canada in a submission to the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce commenting on reforms then under consideration.

[121] Yet the *BIA* remains the only exempted statute under s. 222(3) of the *ETA*. Even after the 2005 decision in *Ottawa Senators* which confirmed that the *ETA* took precedence over the *CCAA*, there was no responsive legislative revision. I see this lack of response as relevant in this case, as it was in *Tele-Mobile Co. v. Ontario*, 2008 SCC 12, [2008] 1 S.C.R. 305, where this Court stated:

While it cannot be said that legislative silence is necessarily determinative of legislative intention, in this case the silence is Parliament's answer to the consistent urging of Telus and other affected businesses and organizations that there be express language in the legislation to ensure that businesses can be reimbursed for the reasonable costs of complying with evidence-gathering orders. I see the legislative history as reflecting Parliament's intention that compensation not be paid for compliance with production orders. [para. 42]

demandes répétées de divers groupes qui souhaitaient que cette disposition soit modifiée pour aligner l'ordre de priorité établi par la *LACC* sur celui de la *LFI*. En 2002, par exemple, lorsque Industrie Canada a procédé à l'examen de la *LFI* et de la *LACC*, l'Institut d'insolvabilité du Canada et l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation ont recommandé que les règles de la *LFI* en matière de priorité soient étendues à la *LACC* (Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform, *Report* (15 mars 2002), ann. B, proposition 71). Ces recommandations ont été reprises en 2003 par le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce dans son rapport intitulé *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*, ainsi qu'en 2005 par le Legislative Review Task Force (Commercial) de l'Institut d'insolvabilité du Canada et de l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation dans son *Report on the Commercial Provisions of Bill C-55*, et en 2007 par l'Institut d'insolvabilité du Canada dans un mémoire soumis au Comité sénatorial permanent des banques et du commerce au sujet de réformes alors envisagées.

[121] La *LFI* demeure néanmoins la seule loi soustraite à l'application du par. 222(3) de la *LTA*. Même à la suite de l'arrêt rendu en 2005 dans l'affaire *Ottawa Senators*, qui a confirmé que la *LTA* l'emportait sur la *LACC*, le législateur n'est pas intervenu. Cette absence de réaction de sa part me paraît tout aussi pertinente en l'espèce que dans l'arrêt *Société Télé-Mobile c. Ontario*, 2008 CSC 12, [2008] 1 R.C.S. 305, où la Cour a déclaré ceci :

Le silence du législateur n'est pas nécessairement déterminant quant à son intention, mais en l'espèce, il répond à la demande pressante de Telus et des autres entreprises et organisations intéressées que la loi prévoie expressément la possibilité d'un remboursement des frais raisonnables engagés pour communiquer des éléments de preuve conformément à une ordonnance. L'historique législatif confirme selon moi que le législateur n'a pas voulu qu'une indemnité soit versée pour l'obtempération à une ordonnance de communication. [par. 42]



[122] All this leads to a clear inference of a deliberate legislative choice to protect the deemed trust in s. 222(3) from the reach of s. 18.3(1) of the *CCAA*.

[123] Nor do I see any “policy” justification for interfering, through interpretation, with this clarity of legislative intention. I can do no better by way of explaining why I think the policy argument cannot succeed in this case, than to repeat the words of Tysoe J.A. who said:

I do not dispute that there are valid policy reasons for encouraging insolvent companies to attempt to restructure their affairs so that their business can continue with as little disruption to employees and other stakeholders as possible. It is appropriate for the courts to take such policy considerations into account, but only if it is in connection with a matter that has not been considered by Parliament. Here, Parliament must be taken to have weighed policy considerations when it enacted the amendments to the *CCAA* and *ETA* described above. As Mr. Justice MacPherson observed at para. 43 of *Ottawa Senators*, it is inconceivable that Parliament would specifically identify the *BIA* as an exception when enacting the current version of s. 222(3) of the *ETA* without considering the *CCAA* as a possible second exception. I also make the observation that the 1992 set of amendments to the *BIA* enabled proposals to be binding on secured creditors and, while there is more flexibility under the *CCAA*, it is possible for an insolvent company to attempt to restructure under the auspices of the *BIA*. [para. 37]

[124] Despite my view that the clarity of the language in s. 222(3) is dispositive, it is also my view that even the application of other principles of interpretation reinforces this conclusion. In their submissions, the parties raised the following as being particularly relevant: the Crown relied on the principle that the statute which is “later in time” prevails; and Century Services based its argument on the principle that the general provision gives way to the specific (*generalia specialibus non derogant*).

[122] Tout ce qui précède permet clairement d’inférer que le législateur a délibérément choisi de soustraire la fiducie réputée établie au par. 222(3) à l’application du par. 18.3(1) de la *LACC*.

[123] Je ne vois pas non plus de « considération de politique générale » qui justifierait d’aller à l’encontre, par voie d’interprétation législative, de l’intention aussi clairement exprimée par le législateur. Je ne saurais expliquer mieux que ne l’a fait le juge d’appel Tysoe les raisons pour lesquelles l’argument invoquant des considérations de politique générale ne peut, selon moi, être retenu en l’espèce. Je vais donc reprendre à mon compte ses propos à ce sujet :

[TRADUCTION] Je ne conteste pas qu’il existe des raisons de politique générale valables qui justifient d’inciter les entreprises insolvables à tenter de se restructurer de façon à pouvoir continuer à exercer leurs activités avec le moins de perturbations possibles pour leurs employés et pour les autres intéressés. Les tribunaux peuvent légitimement tenir compte de telles considérations de politique générale, mais seulement si elles ont trait à une question que le législateur n’a pas examinée. Or, dans le cas qui nous occupe, il y a lieu de présumer que le législateur a tenu compte de considérations de politique générale lorsqu’il a adopté les modifications susmentionnées à la *LACC* et à la *LTA*. Comme le juge MacPherson le fait observer au par. 43 de l’arrêt *Ottawa Senators*, il est inconcevable que le législateur, lorsqu’il a adopté la version actuelle du par. 222(3) de la *LTA*, ait désigné expressément la *LFI* comme une exception sans envisager que la *LACC* puisse constituer une deuxième exception. Je signale par ailleurs que les modifications apportées en 1992 à la *LFI* ont permis de rendre les propositions concordataires opposables aux créanciers garantis et que, malgré la plus grande souplesse de la *LACC*, il est possible pour une compagnie insolvable de se restructurer sous le régime de la *LFI*. [par. 37]

[124] Bien que je sois d’avis que la clarté des termes employés au par. 222(3) tranche la question, j’estime également que cette conclusion est même renforcée par l’application d’autres principes d’interprétation. Dans leurs observations, les parties indiquent que les principes suivants étaient, selon elles, particulièrement pertinents : la Couronne a invoqué le principe voulant que la loi « postérieure » l’emporte; Century Services a fondé son argumentation sur le principe de la préséance de la loi spécifique sur la loi générale (*generalia specialibus non derogant*).

[125] The “later in time” principle gives priority to a more recent statute, based on the theory that the legislature is presumed to be aware of the content of existing legislation. If a new enactment is inconsistent with a prior one, therefore, the legislature is presumed to have intended to derogate from the earlier provisions (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 346-47; Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 358).

[126] The exception to this presumptive displacement of pre-existing inconsistent legislation, is the *generalia specialibus non derogant* principle that “[a] more recent, general provision will not be construed as affecting an earlier, special provision” (Côté, at p. 359). Like a Russian Doll, there is also an exception within this exception, namely, that an earlier, specific provision may in fact be “overruled” by a subsequent general statute if the legislature indicates, through its language, an intention that the general provision prevails (*Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862).

[127] The primary purpose of these interpretive principles is to assist in the performance of the task of determining the intention of the legislature. This was confirmed by MacPherson J.A. in *Ottawa Senators*, at para. 42:

... the overarching rule of statutory interpretation is that statutory provisions should be interpreted to give effect to the intention of the legislature in enacting the law. This primary rule takes precedence over all maxims or canons or aids relating to statutory interpretation, including the maxim that the specific prevails over the general (*generalia specialibus non derogant*). As expressed by Hudson J. in *Canada v. Williams*, [1944] S.C.R. 226, ... at p. 239 ... :

The maxim *generalia specialibus non derogant* is relied on as a rule which should dispose of the question, but the maxim is not a rule of law but a rule of construction and bows to the intention of the

[125] Le principe de la préséance de la « loi postérieure » accorde la priorité à la loi la plus récente, au motif que le législateur est présumé connaître le contenu des lois alors en vigueur. Si, dans la loi nouvelle, le législateur adopte une règle inconciliable avec une règle préexistante, on conclura qu’il a entendu déroger à celle-ci (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5<sup>e</sup> éd. 2008), p. 346-347; Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3<sup>e</sup> éd. 2000), p. 358).

[126] L’exception à cette supplantation présumée des dispositions législatives préexistantes incompatibles réside dans le principe exprimé par la maxime *generalia specialibus non derogant* selon laquelle une disposition générale plus récente n’est pas réputée déroger à une loi spéciale antérieure (Côté, p. 359). Comme dans le jeu des poupées russes, cette exception comporte elle-même une exception. En effet, une disposition spécifique antérieure peut dans les faits être « supplantée » par une loi ultérieure de portée générale si le législateur, par les mots qu’il a employés, a exprimé l’intention de faire prévaloir la loi générale (*Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862).

[127] Ces principes d’interprétation visent principalement à faciliter la détermination de l’intention du législateur, comme l’a confirmé le juge d’appel MacPherson dans l’arrêt *Ottawa Senators*, au par. 42 :

[TRADUCTION] ... en matière d’interprétation des lois, la règle cardinale est la suivante : les dispositions législatives doivent être interprétées de manière à donner effet à l’intention du législateur lorsqu’il a adopté la loi. Cette règle fondamentale l’emporte sur toutes les maximes, outils ou canons d’interprétation législative, y compris la maxime suivant laquelle le particulier l’emporte sur le général (*generalia specialibus non derogant*). Comme l’a expliqué le juge Hudson dans l’arrêt *Canada c. Williams*, [1944] R.C.S. 226, [ . . . ] à la p. 239 ... :

On invoque la maxime *generalia specialibus non derogant* comme une règle qui devrait trancher la question. Or cette maxime, qui n’est pas une règle de droit mais un principe d’interprétation, cède le pas

legislature, if such intention can reasonably be gathered from all of the relevant legislation.

(See also Côté, at p. 358, and Pierre-Andre Côté, with the collaboration of S. Beaulac and M. Devinat, *Interprétation des lois* (4th ed. 2009), at para. 1335.)

[128] I accept the Crown’s argument that the “later in time” principle is conclusive in this case. Since s. 222(3) of the *ETA* was enacted in 2000 and s. 18.3(1) of the *CCAA* was introduced in 1997, s. 222(3) is, on its face, the later provision. This chronological victory can be displaced, as Century Services argues, if it is shown that the more recent provision, s. 222(3) of the *ETA*, is a general one, in which case the earlier, specific provision, s. 18.3(1), prevails (*generalia specialibus non derogant*). But, as previously explained, the prior specific provision does not take precedence if the subsequent general provision appears to “overrule” it. This, it seems to me, is precisely what s. 222(3) achieves through the use of language stating that it prevails despite any law of Canada, of a province, or “any other law” other than the *BIA*. Section 18.3(1) of the *CCAA* is thereby rendered inoperative for purposes of s. 222(3).

[129] It is true that when the *CCAA* was amended in 2005,<sup>2</sup> s. 18.3(1) was re-enacted as s. 37(1) (S.C. 2005, c. 47, s. 131). Deschamps J. suggests that this makes s. 37(1) the new, “later in time” provision. With respect, her observation is refuted by the operation of s. 44(f) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, which expressly deals with the (non) effect of re-enacting, without significant substantive changes, a repealed provision (see *Attorney General of Canada v. Public Service Staff Relations Board*, [1977] 2 F.C. 663, dealing with the predecessor provision to s. 44(f)). It directs that new enactments not be construed as

devant l’intention du législateur, s’il est raisonnablement possible de la dégager de l’ensemble des dispositions législatives pertinentes.

(Voir aussi Côté, p. 358, et Pierre-André Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4<sup>e</sup> éd. 2009), par. 1335.)

[128] J’accepte l’argument de la Couronne suivant lequel le principe de la loi « postérieure » est déterminant en l’espèce. Comme le par. 222(3) de la *LTA* a été édicté en 2000 et que le par. 18.3(1) de la *LACC* a été adopté en 1997, le par. 222(3) est, de toute évidence, la disposition postérieure. Cette victoire chronologique peut être neutralisée si, comme le soutient Century Services, on démontre que la disposition la plus récente, le par. 222(3) de la *LTA*, est une disposition générale, auquel cas c’est la disposition particulière antérieure, le par. 18.3(1), qui l’emporte (*generalia specialibus non derogant*). Mais, comme nous l’avons vu, la disposition particulière antérieure n’a pas préséance si la disposition générale ultérieure paraît la « supplanter ». C’est précisément, à mon sens, ce qu’accomplit le par. 222(3) de par son libellé, lequel précise que la disposition l’emporte sur tout autre texte législatif fédéral, tout texte législatif provincial ou « toute autre règle de droit » sauf la *LFI*. Le paragraphe 18.3(1) de la *LACC* est par conséquent rendu inopérant aux fins d’application du par. 222(3).

[129] Il est vrai que, lorsque la *LACC* a été modifiée en 2005<sup>2</sup>, le par. 18.3(1) a été remplacé par le par. 37(1) (L.C. 2005, ch. 47, art. 131). Selon la juge Deschamps, le par. 37(1) est devenu, de ce fait, la disposition « postérieure ». Avec égards pour l’opinion exprimée par ma collègue, cette observation est réfutée par l’al. 44f) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, qui décrit expressément l’effet (inexistant) qu’a le remplacement — sans modifications notables sur le fond — d’un texte antérieur qui a été abrogé (voir *Procureur général du Canada c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1977] 2 C.F. 663, qui portait sur

2 The amendments did not come into force until September 18, 2009.

2 Les modifications ne sont entrées en vigueur que le 18 septembre 2009.

“new law” unless they differ in substance from the repealed provision:

44. Where an enactment, in this section called the “former enactment”, is repealed and another enactment, in this section called the “new enactment”, is substituted therefor,

. . .

(f) except to the extent that the provisions of the new enactment are not in substance the same as those of the former enactment, the new enactment shall not be held to operate as new law, but shall be construed and have effect as a consolidation and as declaratory of the law as contained in the former enactment;

Section 2 of the *Interpretation Act* defines an “enactment” as “an Act or regulation or any portion of an Act or regulation”.

[130] Section 37(1) of the current *CCAA* is almost identical to s. 18.3(1). These provisions are set out for ease of comparison, with the differences between them underlined:

37. (1) Subject to subsection (2), despite any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as being held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

18.3 (1) Subject to subsection (2), notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

[131] The application of s. 44(f) of the *Interpretation Act* simply confirms the government’s clearly expressed intent, found in Industry Canada’s clause-by-clause review of Bill C-55, where s. 37(1) was identified as “a technical amendment to re-order the provisions of this Act”. During second reading, the Hon. Bill Rompkey, then the Deputy Leader of the Government in the

la disposition qui a précédé l’al. 44f)). Cet alinéa précise que le nouveau texte ne doit pas être considéré de « droit nouveau », sauf dans la mesure où il diffère au fond du texte abrogé :

44. En cas d’abrogation et de remplacement, les règles suivantes s’appliquent :

. . .

f) sauf dans la mesure où les deux textes diffèrent au fond, le nouveau texte n’est pas réputé de droit nouveau, sa teneur étant censée constituer une refonte et une clarification des règles de droit du texte antérieur;

Le mot « texte » est défini ainsi à l’art. 2 de la *Loi d’interprétation* : « Tout ou partie d’une loi ou d’un règlement. »

[130] Le paragraphe 37(1) de la *LACC* actuelle est pratiquement identique quant au fond au par. 18.3(1). Pour faciliter la comparaison de ces deux dispositions, je les ai reproduites ci-après :

37. (1) Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d’assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme tel par le seul effet d’une telle disposition.

18.3 (1) Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d’assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l’absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

[131] L’application de l’al. 44f) de la *Loi d’interprétation* vient tout simplement confirmer l’intention clairement exprimée par le législateur, qu’a indiquée Industrie Canada dans l’analyse du Projet de loi C-55, où le par. 37(1) était qualifié de « modification d’ordre technique concernant le réaménagement des dispositions de la présente loi ». Par ailleurs, durant la deuxième lecture du projet de loi

Senate, confirmed that s. 37(1) represented only a technical change:

On a technical note relating to the treatment of deemed trusts for taxes, the bill [*sic*] makes no changes to the underlying policy intent, despite the fact that in the case of a restructuring under the CCAA, sections of the act [*sic*] were repealed and substituted with renumbered versions due to the extensive reworking of the CCAA.

(*Debates of the Senate*, vol. 142, 1st Sess., 38th Parl., November 23, 2005, at p. 2147)

[132] Had the substance of s. 18.3(1) altered in any material way when it was replaced by s. 37(1), I would share Deschamps J.'s view that it should be considered a new provision. But since s. 18.3(1) and s. 37(1) are the same in substance, the transformation of s. 18.3(1) into s. 37(1) has no effect on the interpretive queue, and s. 222(3) of the *ETA* remains the "later in time" provision (Sullivan, at p. 347).

[133] This means that the deemed trust provision in s. 222(3) of the *ETA* takes precedence over s. 18.3(1) during *CCAA* proceedings. The question then is how that priority affects the discretion of a court under s. 11 of the *CCAA*.

[134] While s. 11 gives a court discretion to make orders notwithstanding the *BIA* and the *Winding-up Act*, R.S.C. 1985, c. W-11, that discretion is not liberated from the operation of any other federal statute. Any exercise of discretion is therefore circumscribed by whatever limits are imposed by statutes *other* than the *BIA* and the *Winding-up Act*. That includes the *ETA*. The chambers judge in this case was, therefore, required to respect the priority regime set out in s. 222(3) of the *ETA*. Neither s. 18.3(1) nor s. 11 of the *CCAA* gave him the authority to ignore it. He could not, as a result, deny the Crown's request

au Sénat, l'honorable Bill Rompkey, qui était alors leader adjoint du gouvernement au Sénat, a confirmé que le par. 37(1) représentait seulement une modification d'ordre technique :

Sur une note administrative, je signale que, dans le cas du traitement de fiducies présumées aux fins d'impôt, le projet de loi ne modifie aucunement l'intention qui sous-tend la politique, alors que dans le cas d'une restructuration aux termes de la *LACC*, des articles de la loi ont été abrogés et remplacés par des versions portant de nouveaux numéros lors de la mise à jour exhaustive de la *LACC*.

(*Débats du Sénat*, vol. 142, 1<sup>re</sup> sess., 38<sup>e</sup> lég., 23 novembre 2005, p. 2147)

[132] Si le par. 18.3(1) avait fait l'objet de modifications notables sur le fond lorsqu'il a été remplacé par le par. 37(1), je me rangerais à l'avis de la juge Deschamps qu'il doit être considéré comme un texte de droit nouveau. Mais comme les par. 18.3(1) et 37(1) ne diffèrent pas sur le fond, le fait que le par. 18.3(1) soit devenu le par. 37(1) n'a aucune incidence sur l'ordre chronologique du point de vue de l'interprétation, et le par. 222(3) de la *LTA* demeure la disposition « postérieure » (Sullivan, p. 347).

[133] Il s'ensuit que la disposition créant une fiducie réputée que l'on trouve au par. 222(3) de la *LTA* l'emporte sur le par. 18.3(1) dans le cadre d'une procédure fondée sur la *LACC*. La question qui se pose alors est celle de savoir quelle est l'incidence de cette préséance sur le pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par l'art. 11 de la *LACC*.

[134] Bien que l'art. 11 accorde au tribunal le pouvoir discrétionnaire de rendre des ordonnances malgré les dispositions de la *LFI* et de la *Loi sur les liquidations*, L.R.C. 1985, ch. W-11, ce pouvoir discrétionnaire demeure assujéti à l'application de toute autre loi fédérale. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est donc circonscrit par les limites imposées par toute loi *autre* que la *LFI* et la *Loi sur les liquidations*, et donc par la *LTA*. En l'espèce, le juge siégeant en son cabinet était donc tenu de respecter le régime de priorités établi au par. 222(3) de la *LTA*. Ni le par. 18.3(1) ni l'art. 11 de la *LACC* ne l'autorisaient à en faire abstraction. Par conséquent,

for payment of the GST funds during the CCAA proceedings.

[135] Given this conclusion, it is unnecessary to consider whether there was an express trust.

[136] I would dismiss the appeal.

### APPENDIX

*Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (as at December 13, 2007)

**11.** (1) [Powers of court] Notwithstanding anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up Act*, where an application is made under this Act in respect of a company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, subject to this Act, on notice to any other person or without notice as it may see fit, make an order under this section.

. . .

(3) [Initial application court orders] A court may, on an initial application in respect of a company, make an order on such terms as it may impose, effective for such period as the court deems necessary not exceeding thirty days,

(a) staying, until otherwise ordered by the court, all proceedings taken or that might be taken in respect of the company under an Act referred to in subsection (1);

(b) restraining, until otherwise ordered by the court, further proceedings in any action, suit or proceeding against the company; and

(c) prohibiting, until otherwise ordered by the court, the commencement of or proceeding with any other action, suit or proceeding against the company.

(4) [Other than initial application court orders] A court may, on an application in respect of a company other than an initial application, make an order on such terms as it may impose,

il ne pouvait pas refuser la demande présentée par la Couronne en vue de se faire payer la TPS dans le cadre de la procédure introduite en vertu de la *LACC*.

[135] Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire d'examiner la question de savoir s'il existait une fiducie expresse en l'espèce.

[136] Je rejetterais le présent pourvoi.

### ANNEXE

*Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (en date du 13 décembre 2007)

**11.** (1) [Pouvoir du tribunal] Malgré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations*, chaque fois qu'une demande est faite sous le régime de la présente loi à l'égard d'une compagnie, le tribunal, sur demande d'un intéressé, peut, sous réserve des autres dispositions de la présente loi et avec ou sans avis, rendre l'ordonnance prévue au présent article.

. . .

(3) [Demande initiale — ordonnances] Dans le cas d'une demande initiale visant une compagnie, le tribunal peut, par ordonnance, aux conditions qu'il peut imposer et pour une période maximale de trente jours :

a) suspendre, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, les procédures intentées contre la compagnie au titre des lois mentionnées au paragraphe (1), ou qui pourraient l'être;

b) surseoir, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, au cours de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie;

c) interdire, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, d'intenter ou de continuer toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie.

(4) [Autres demandes — ordonnances] Dans le cas d'une demande, autre qu'une demande initiale, visant une compagnie, le tribunal peut, par ordonnance, aux conditions qu'il peut imposer et pour la période qu'il estime indiquée :



(a) staying, until otherwise ordered by the court, for such period as the court deems necessary, all proceedings taken or that might be taken in respect of the company under an Act referred to in subsection (1);

(b) restraining, until otherwise ordered by the court, further proceedings in any action, suit or proceeding against the company; and

(c) prohibiting, until otherwise ordered by the court, the commencement of or proceeding with any other action, suit or proceeding against the company.

(6) [Burden of proof on application] The court shall not make an order under subsection (3) or (4) unless

(a) the applicant satisfies the court that circumstances exist that make such an order appropriate; and

(b) in the case of an order under subsection (4), the applicant also satisfies the court that the applicant has acted, and is acting, in good faith and with due diligence.

**11.4 (1)** [Her Majesty affected] An order made under section 11 may provide that

(a) Her Majesty in right of Canada may not exercise rights under subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* or any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee's premium, or employer's premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, in respect of the company if the company is a tax debtor under that subsection or provision, for such period as the court considers appropriate but ending not later than

- (i) the expiration of the order,
- (ii) the refusal of a proposed compromise by the creditors or the court,
- (iii) six months following the court sanction of a compromise or arrangement,

a) suspendre, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, les procédures intentées contre la compagnie au titre des lois mentionnées au paragraphe (1), ou qui pourraient l'être;

b) surseoir, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, au cours de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie;

c) interdire, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, d'intenter ou de continuer toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie.

(6) [Preuve] Le tribunal ne rend l'ordonnance visée aux paragraphes (3) ou (4) que si :

a) le demandeur le convainc qu'il serait indiqué de rendre une telle ordonnance;

b) dans le cas de l'ordonnance visée au paragraphe (4), le demandeur le convainc en outre qu'il a agi — et continue d'agir — de bonne foi et avec toute la diligence voulue.

**11.4 (1)** [Suspension des procédures] Le tribunal peut ordonner :

a) la suspension de l'exercice par Sa Majesté du chef du Canada des droits que lui confère le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi* qui renvoie à ce paragraphe et qui prévoit la perception d'une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d'une cotisation ouvrière ou d'une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l'assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, à l'égard d'une compagnie lorsque celle-ci est un débiteur fiscal visé à ce paragraphe ou à cette disposition, pour une période se terminant au plus tard :

- (i) à l'expiration de l'ordonnance rendue en application de l'article 11,
- (ii) au moment du rejet, par le tribunal ou les créanciers, de la transaction proposée,
- (iii) six mois après que le tribunal a homologué la transaction ou l'arrangement,

(iv) the default by the company on any term of a compromise or arrangement, or

(v) the performance of a compromise or arrangement in respect of the company; and

(b) Her Majesty in right of a province may not exercise rights under any provision of provincial legislation in respect of the company where the company is a debtor under that legislation and the provision has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection,

for such period as the court considers appropriate but ending not later than the occurrence or time referred to in whichever of subparagraphs (a)(i) to (v) may apply.

(2) [When order ceases to be in effect] An order referred to in subsection (1) ceases to be in effect if

(a) the company defaults on payment of any amount that becomes due to Her Majesty after the order is made and could be subject to a demand under

(i) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*,

(ii) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium,

(iv) au moment de tout défaut d’exécution de la transaction ou de l’arrangement,

(v) au moment de l’exécution intégrale de la transaction ou de l’arrangement;

b) la suspension de l’exercice par Sa Majesté du chef d’une province, pour une période se terminant au plus tard au moment visé à celui des sous-alinéas a)(i) à (v) qui, le cas échéant, est applicable, des droits que lui confère toute disposition législative de cette province à l’égard d’une compagnie, lorsque celle-ci est un débiteur visé par la loi provinciale et qu’il s’agit d’une disposition dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d’une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe.

(2) [Cessation] L’ordonnance cesse d’être en vigueur dans les cas suivants :

a) la compagnie manque à ses obligations de paiement pour un montant qui devient dû à Sa Majesté après l’ordonnance et qui pourrait faire l’objet d’une demande aux termes d’une des dispositions suivantes :

(i) le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou



as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(iii) under any provision of provincial legislation that has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(A) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(B) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection; or

(b) any other creditor is or becomes entitled to realize a security on any property that could be claimed by Her Majesty in exercising rights under

(i) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*,

(ii) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(iii) any provision of provincial legislation that has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(A) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person

d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents,

(iii) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d’une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(A) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(B) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe;

b) un autre créancier a ou acquiert le droit de réaliser sa garantie sur un bien qui pourrait être réclamé par Sa Majesté dans l’exercice des droits que lui confère l’une des dispositions suivantes :

(i) le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents,

(iii) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d’une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(A) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne,

and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(B) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection.

(3) [Operation of similar legislation] An order made under section 11, other than an order referred to in subsection (1) of this section, does not affect the operation of

(a) subsections 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act*,

(b) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(c) any provision of provincial legislation that has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection,

and for the purpose of paragraph (c), the provision of provincial legislation is, despite any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same

ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(B) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe.

(3) [Effet] Les ordonnances du tribunal, autres que celles rendues au titre du paragraphe (1), n’ont pas pour effet de porter atteinte à l’application des dispositions suivantes :

a) les paragraphes 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*;

b) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents;

c) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d’une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe.

Pour l’application de l’alinéa c), la disposition législative provinciale en question est réputée avoir, à l’encontre de tout créancier et malgré tout texte législatif fédéral ou

effect and scope against any creditor, however secured, as subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(i), or as subsection 23(2) of the *Canada Pension Plan* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(ii), and in respect of any related interest, penalties or other amounts.

**18.3** (1) [Deemed trusts] Subject to subsection (2), notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

(2) [Exceptions] Subsection (1) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act* (each of which is in this subsection referred to as a “federal provision”) nor in respect of amounts deemed to be held in trust under any law of a province that creates a deemed trust the sole purpose of which is to ensure remittance to Her Majesty in right of the province of amounts deducted or withheld under a law of the province where

(a) that law of the province imposes a tax similar in nature to the tax imposed under the *Income Tax Act* and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as the amounts referred to in subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, or

(b) the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan*, that law of the province establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as amounts referred to in subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan*,

and for the purpose of this subsection, any provision of a law of a province that creates a deemed trust is, notwithstanding any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as the corresponding federal provision.

provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(i), ou que le paragraphe 23(2) du *Régime de pensions du Canada* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(ii), et quant aux intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

**18.3** (1) [Fiducies présumées] Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

(2) [Exceptions] Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi* (chacun étant appelé « disposition fédérale » au présent paragraphe) ou à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes de toute loi d'une province créant une fiducie présumée dans le seul but d'assurer à Sa Majesté du chef de cette province la remise de sommes déduites ou retenues aux termes d'une loi de cette province, dans la mesure où, dans ce dernier cas, se réalise l'une des conditions suivantes :

a) la loi de cette province prévoit un impôt semblable, de par sa nature, à celui prévu par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et les sommes déduites ou retenues aux termes de la loi de cette province sont de même nature que celles visées aux paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

b) cette province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) du *Régime de pensions du Canada*, la loi de cette province institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe, et les sommes déduites ou retenues aux termes de la loi de cette province sont de même nature que celles visées aux paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada*.

Pour l'application du présent paragraphe, toute disposition de la loi provinciale qui crée une fiducie présumée est réputée avoir, à l'encontre de tout créancier du failli et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que la disposition fédérale correspondante, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

**18.4 (1)** [Status of Crown claims] In relation to a proceeding under this Act, all claims, including secured claims, of Her Majesty in right of Canada or a province or any body under an enactment respecting workers' compensation, in this section and in section 18.5 called a "workers' compensation body", rank as unsecured claims.

(3) [Operation of similar legislation] Subsection (1) does not affect the operation of

(a) subsections 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act*,

(b) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee's premium, or employer's premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(c) any provision of provincial legislation that has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a "province providing a comprehensive pension plan" as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a "provincial pension plan" as defined in that subsection,

and for the purpose of paragraph (c), the provision of provincial legislation is, despite any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(i), or as subsection 23(2) of the *Canada Pension Plan* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(ii), and

**18.4 (1)** [Réclamations de la Couronne] Dans le cadre de procédures intentées sous le régime de la présente loi, toutes les réclamations de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province ou d'un organisme compétent au titre d'une loi sur les accidents du travail, y compris les réclamations garanties, prennent rang comme réclamations non garanties.

(3) [Effet] Le paragraphe (1) n'a pas pour effet de porter atteinte à l'application des dispositions suivantes :

a) les paragraphes 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

b) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d'une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d'une cotisation ouvrière ou d'une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l'assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents;

c) toute disposition législative provinciale dont l'objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d'une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d'un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l'impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*,

(ii) soit est de même nature qu'une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe.

Pour l'application de l'alinéa c), la disposition législative provinciale en question est réputée avoir, à l'encontre de tout créancier et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(i), ou que le paragraphe 23(2) du *Régime de pensions du Canada* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(ii),

in respect of any related interest, penalties or other amounts.

**20.** [Act to be applied conjointly with other Acts] The provisions of this Act may be applied together with the provisions of any Act of Parliament or of the legislature of any province, that authorizes or makes provision for the sanction of compromises or arrangements between a company and its shareholders or any class of them.

*Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (as at September 18, 2009)

**11.** [General power of court] 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.

**11.02 (1)** [Stays, etc. — initial application] A court may, on an initial application in respect of a debtor company, make an order on any terms that it may impose, effective for the period that the court considers necessary, which period may not be more than 30 days,

- (a) staying, until otherwise ordered by the court, all proceedings taken or that might be taken in respect of the company under the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up and Restructuring Act*;
- (b) restraining, until otherwise ordered by the court, further proceedings in any action, suit or proceeding against the company; and
- (c) prohibiting, until otherwise ordered by the court, the commencement of any action, suit or proceeding against the company.

(2) [Stays, etc. — other than initial application] A court may, on an application in respect of a debtor company other than an initial application, make an order, on any terms that it may impose,

- (a) staying, until otherwise ordered by the court, for any period that the court considers necessary, all proceedings taken or that might be taken in respect of the company under an Act referred to in paragraph (1)(a);

et quant aux intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

**20.** [La loi peut être appliquée conjointement avec d'autres lois] Les dispositions de la présente loi peuvent être appliquées conjointement avec celles de toute loi fédérale ou provinciale, autorisant ou prévoyant l'homologation de transactions ou arrangements entre une compagnie et ses actionnaires ou une catégorie de ces derniers.

*Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (en date du 18 septembre 2009)

**11.** [Pouvoir général du tribunal] 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.

**11.02 (1)** [Suspension : demande initiale] Dans le cas d'une demande initiale visant une compagnie débitrice, le tribunal peut, par ordonnance, aux conditions qu'il peut imposer et pour la période maximale de trente jours qu'il estime nécessaire :

- a) suspendre, jusqu'à nouvel ordre, toute procédure qui est ou pourrait être intentée contre la compagnie sous le régime de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*;
- b) surseoir, jusqu'à nouvel ordre, à la continuation de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie;
- c) interdire, jusqu'à nouvel ordre, l'introduction de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie.

(2) [Suspension : demandes autres qu'initiales] Dans le cas d'une demande, autre qu'une demande initiale, visant une compagnie débitrice, le tribunal peut, par ordonnance, aux conditions qu'il peut imposer et pour la période qu'il estime nécessaire :

- a) suspendre, jusqu'à nouvel ordre, toute procédure qui est ou pourrait être intentée contre la compagnie sous le régime des lois mentionnées à l'alinéa (1)a);

(b) restraining, until otherwise ordered by the court, further proceedings in any action, suit or proceeding against the company; and

(c) prohibiting, until otherwise ordered by the court, the commencement of any action, suit or proceeding against the company.

(3) [Burden of proof on application] The court shall not make the order unless

(a) the applicant satisfies the court that circumstances exist that make the order appropriate; and

(b) in the case of an order under subsection (2), the applicant also satisfies the court that the applicant has acted, and is acting, in good faith and with due diligence.

. . .

**11.09** (1) [Stay — Her Majesty] An order made under section 11.02 may provide that

(a) Her Majesty in right of Canada may not exercise rights under subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* or any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee's premium, or employer's premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, in respect of the company if the company is a tax debtor under that subsection or provision, for the period that the court considers appropriate but ending not later than

- (i) the expiry of the order,
- (ii) the refusal of a proposed compromise by the creditors or the court,
- (iii) six months following the court sanction of a compromise or an arrangement,
- (iv) the default by the company on any term of a compromise or an arrangement, or
- (v) the performance of a compromise or an arrangement in respect of the company; and

(b) Her Majesty in right of a province may not exercise rights under any provision of provincial legislation in respect of the company if the company is a debtor under that legislation and the provision has a purpose similar to subsection 224(1.2) of the *Income*

b) surseoir, jusqu'à nouvel ordre, à la continuation de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie;

c) interdire, jusqu'à nouvel ordre, l'introduction de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie.

(3) [Preuve] Le tribunal ne rend l'ordonnance que si :

a) le demandeur le convainc que la mesure est opportune;

b) dans le cas de l'ordonnance visée au paragraphe (2), le demandeur le convainc en outre qu'il a agi et continue d'agir de bonne foi et avec la diligence voulue.

. . .

**11.09** (1) [Suspension des procédures : Sa Majesté] L'ordonnance prévue à l'article 11.02 peut avoir pour effet de suspendre :

a) l'exercice par Sa Majesté du chef du Canada des droits que lui confère le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi* qui renvoie à ce paragraphe et qui prévoit la perception d'une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d'une cotisation ouvrière ou d'une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l'assurance-emploi*, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents, à l'égard d'une compagnie qui est un débiteur fiscal visé à ce paragraphe ou à cette disposition, pour la période se terminant au plus tard :

- (i) à l'expiration de l'ordonnance,
- (ii) au moment du rejet, par le tribunal ou les créanciers, de la transaction proposée,
- (iii) six mois après que le tribunal a homologué la transaction ou l'arrangement,
- (iv) au moment de tout défaut d'exécution de la transaction ou de l'arrangement,
- (v) au moment de l'exécution intégrale de la transaction ou de l'arrangement;

b) l'exercice par Sa Majesté du chef d'une province, pour la période que le tribunal estime indiquée et se terminant au plus tard au moment visé à celui des sous-alinéas a)(i) à (v) qui, le cas échéant, est applicable, des droits que lui confère toute disposition



*Tax Act*, or refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, and the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection,

for the period that the court considers appropriate but ending not later than the occurrence or time referred to in whichever of subparagraphs (a)(i) to (v) that may apply.

(2) [When order ceases to be in effect] The portions of an order made under section 11.02 that affect the exercise of rights of Her Majesty referred to in paragraph (1)(a) or (b) cease to be in effect if

(a) the company defaults on the payment of any amount that becomes due to Her Majesty after the order is made and could be subject to a demand under

(i) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*,

(ii) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(iii) any provision of provincial legislation that has a purpose similar to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the

législative de cette province à l’égard d’une compagnie qui est un débiteur visé par la loi provinciale, s’il s’agit d’une disposition dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, et qui prévoit la perception d’une somme, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents, laquelle :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est une province instituant un régime général de pensions au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un régime provincial de pensions au sens de ce paragraphe.

(2) [Cessation d’effet] Les passages de l’ordonnance qui suspendent l’exercice des droits de Sa Majesté visés aux alinéas (1)a) ou b) cessent d’avoir effet dans les cas suivants :

a) la compagnie manque à ses obligations de paiement à l’égard de toute somme qui devient due à Sa Majesté après le prononcé de l’ordonnance et qui pourrait faire l’objet d’une demande aux termes d’une des dispositions suivantes :

(i) le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents,

(iii) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, et qui prévoit la

collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, and the sum

(A) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(B) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection; or

(b) any other creditor is or becomes entitled to realize a security on any property that could be claimed by Her Majesty in exercising rights under

(i) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*,

(ii) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(iii) any provision of provincial legislation that has a purpose similar to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, and the sum

(A) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(B) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection

perception d’une somme, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents, laquelle :

(A) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(B) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est une province instituant un régime général de pensions au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un régime provincial de pensions au sens de ce paragraphe;

b) un autre créancier a ou acquiert le droit de réaliser sa garantie sur un bien qui pourrait être réclamé par Sa Majesté dans l’exercice des droits que lui confère l’une des dispositions suivantes :

(i) le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents,

(iii) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, et qui prévoit la perception d’une somme, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents, laquelle :

(A) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(B) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est une province instituant un régime général de pensions au sens



3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection.

(3) [Operation of similar legislation] An order made under section 11.02, other than the portions of that order that affect the exercise of rights of Her Majesty referred to in paragraph (1)(a) or (b), does not affect the operation of

(a) subsections 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act*,

(b) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(c) any provision of provincial legislation that has a purpose similar to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, and the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection,

and for the purpose of paragraph (c), the provision of provincial legislation is, despite any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(i), or as subsection 23(2) of the *Canada Pension Plan* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(ii), and in respect of any related interest, penalties or other amounts.

du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un régime provincial de pensions au sens de ce paragraphe.

(3) [Effet] L’ordonnance prévue à l’article 11.02, à l’exception des passages de celle-ci qui suspendent l’exercice des droits de Sa Majesté visés aux alinéas (1)a) ou b), n’a pas pour effet de porter atteinte à l’application des dispositions suivantes :

a) les paragraphes 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*;

b) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents;

c) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, et qui prévoit la perception d’une somme, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents, laquelle :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est une province instituant un régime général de pensions au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un régime provincial de pensions au sens de ce paragraphe.

Pour l’application de l’alinéa c), la disposition législative provinciale en question est réputée avoir, à l’encontre de tout créancier et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute autre règle de droit, la même portée et le même effet que le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(i), ou que le paragraphe 23(2) du *Régime de pensions du Canada* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(ii), et quant aux intérêts, pénalités et autres charges afférents, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

**37.** (1) [Deemed trusts] Subject to subsection (2), despite any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as being held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

(2) [Exceptions] Subsection (1) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act* (each of which is in this subsection referred to as a “federal provision”), nor does it apply in respect of amounts deemed to be held in trust under any law of a province that creates a deemed trust the sole purpose of which is to ensure remittance to Her Majesty in right of the province of amounts deducted or withheld under a law of the province if

(a) that law of the province imposes a tax similar in nature to the tax imposed under the *Income Tax Act* and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as the amounts referred to in subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, or

(b) the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan*, that law of the province establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as amounts referred to in subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan*,

and for the purpose of this subsection, any provision of a law of a province that creates a deemed trust is, despite any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as the corresponding federal provision.

*Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15 (as at December 13, 2007)

**222.** (1) [Trust for amounts collected] Subject to subsection (1.1), every person who collects an amount as or on account of tax under Division II is deemed, for all purposes and despite any security interest in the amount, to hold the amount in trust for Her Majesty in right of Canada, separate and apart from the property of the person and from property held by any secured

**37.** (1) [Fiducies présumées] Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d’assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme tel par le seul effet d’une telle disposition.

(2) [Exceptions] Le paragraphe (1) ne s’applique pas à l’égard des sommes réputées détenues en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l’assurance-emploi* (chacun étant appelé « disposition fédérale » au présent paragraphe) ou à l’égard des sommes réputées détenues en fiducie aux termes de toute loi d’une province créant une fiducie présumée dans le seul but d’assurer à Sa Majesté du chef de cette province la remise de sommes déduites ou retenues aux termes d’une loi de cette province, si, dans ce dernier cas, se réalise l’une des conditions suivantes :

a) la loi de cette province prévoit un impôt semblable, de par sa nature, à celui prévu par la *Loi de l’impôt sur le revenu*, et les sommes déduites ou retenues au titre de cette loi provinciale sont de même nature que celles visées aux paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*;

b) cette province est une province instituant un régime général de pensions au sens du paragraphe 3(1) du *Régime de pensions du Canada*, la loi de cette province institue un régime provincial de pensions au sens de ce paragraphe, et les sommes déduites ou retenues au titre de cette loi provinciale sont de même nature que celles visées aux paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada*.

Pour l’application du présent paragraphe, toute disposition de la loi provinciale qui crée une fiducie présumée est réputée avoir, à l’encontre de tout créancier de la compagnie et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que la disposition fédérale correspondante, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

*Loi sur la taxe d’accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15 (en date du 13 décembre 2007)

**222.** (1) [Montants perçus détenus en fiducie] La personne qui perçoit un montant au titre de la taxe prévue à la section II est réputée, à toutes fins utiles et malgré tout droit en garantie le concernant, le détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, séparé de ses propres biens et des biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l’absence du droit en garantie, seraient ceux de la

creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, until the amount is remitted to the Receiver General or withdrawn under subsection (2).

(1.1) [Amounts collected before bankruptcy] Subsection (1) does not apply, at or after the time a person becomes a bankrupt (within the meaning of the *Bankruptcy and Insolvency Act*), to any amounts that, before that time, were collected or became collectible by the person as or on account of tax under Division II.

(3) [Extension of trust] Despite any other provision of this Act (except subsection (4)), any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*), any enactment of a province or any other law, if at any time an amount deemed by subsection (1) to be held by a person in trust for Her Majesty is not remitted to the Receiver General or withdrawn in the manner and at the time provided under this Part, property of the person and property held by any secured creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust, is deemed

(a) to be held, from the time the amount was collected by the person, in trust for Her Majesty, separate and apart from the property of the person, whether or not the property is subject to a security interest, and

(b) to form no part of the estate or property of the person from the time the amount was collected, whether or not the property has in fact been kept separate and apart from the estate or property of the person and whether or not the property is subject to a security interest

and is property beneficially owned by Her Majesty in right of Canada despite any security interest in the property or in the proceeds thereof and the proceeds of the property shall be paid to the Receiver General in priority to all security interests.

*Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (as at December 13, 2007)

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

personne, jusqu'à ce qu'il soit versé au receveur général ou retiré en application du paragraphe (2).

(1.1) [Montants perçus avant la faillite] Le paragraphe (1) ne s'applique pas, à compter du moment de la faillite d'un failli, au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, aux montants perçus ou devenus percevables par lui avant la faillite au titre de la taxe prévue à la section II.

(3) [Non-versement ou non-retrait] Malgré les autres dispositions de la présente loi (sauf le paragraphe (4) du présent article), tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*), tout texte législatif provincial ou toute autre règle de droit, lorsqu'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (1) détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada n'est pas versé au receveur général ni retiré selon les modalités et dans le délai prévus par la présente partie, les biens de la personne — y compris les biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l'absence du droit en garantie, seraient ses biens — d'une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, à compter du moment où le montant est perçu par la personne, séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie;

b) ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne à compter du moment où le montant est perçu, que ces biens aient été ou non tenus séparés de ses propres biens ou de son patrimoine et qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie.

Ces biens sont des biens dans lesquels Sa Majesté du chef du Canada a un droit de bénéficiaire malgré tout autre droit en garantie sur ces biens ou sur le produit en découlant, et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur tout droit en garantie.

*Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (en date du 13 décembre 2007)

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

(a) property held by the bankrupt in trust for any other person,

(b) any property that as against the bankrupt is exempt from execution or seizure under any laws applicable in the province within which the property is situated and within which the bankrupt resides, or

(b.1) such goods and services tax credit payments and prescribed payments relating to the essential needs of an individual as are made in prescribed circumstances and are not property referred to in paragraph (a) or (b),

but it shall comprise

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

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

(2) [Deemed trusts] Subject to subsection (3), notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a bankrupt shall not be regarded as held in trust for Her Majesty for the purpose of paragraph (1)(a) unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

(3) [Exceptions] Subsection (2) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act* (each of which is in this subsection referred to as a “federal provision”) nor in respect of amounts deemed to be held in trust under any law of a province that creates a deemed trust the sole purpose of which is to ensure remittance to Her Majesty in right of the province of amounts deducted or withheld under a law of the province where

(a) that law of the province imposes a tax similar in nature to the tax imposed under the *Income Tax Act* and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as the amounts referred to in subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, or

a) les biens détenus par le failli en fiducie pour toute autre personne;

b) les biens qui, à l’encontre du failli, sont exempts d’exécution ou de saisie sous le régime des lois applicables dans la province dans laquelle sont situés ces biens et où réside le failli;

b.1) dans les circonstances prescrites, les paiements au titre de crédits de la taxe sur les produits et services et les paiements prescrits qui sont faits à des personnes physiques relativement à leurs besoins essentiels et qui ne sont pas visés aux alinéas a) et b),

mais ils comprennent :

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

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

(2) [Fiducies présumées] Sous réserve du paragraphe (3) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d’assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens du failli ne peut, pour l’application de l’alinéa (1)a), être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l’absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

(3) [Exceptions] Le paragraphe (2) ne s’applique pas à l’égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l’assurance-emploi* (chacun étant appelé « disposition fédérale » au présent paragraphe) ou à l’égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes de toute loi d’une province créant une fiducie présumée dans le seul but d’assurer à Sa Majesté du chef de cette province la remise de sommes déduites ou retenues aux termes d’une loi de cette province, dans la mesure où, dans ce dernier cas, se réalise l’une des conditions suivantes :

a) la loi de cette province prévoit un impôt semblable, de par sa nature, à celui prévu par la *Loi de l’impôt sur le revenu*, et les sommes déduites ou retenues aux termes de la loi de cette province sont de même nature que celles visées aux paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*;

(b) the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan*, that law of the province establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as amounts referred to in subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan*,

and for the purpose of this subsection, any provision of a law of a province that creates a deemed trust is, notwithstanding any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as the corresponding federal provision.

**86.** (1) [Status of Crown claims] In relation to a bankruptcy or proposal, all provable claims, including secured claims, of Her Majesty in right of Canada or a province or of any body under an Act respecting workers’ compensation, in this section and in section 87 called a “workers’ compensation body”, rank as unsecured claims.

(3) [Exceptions] Subsection (1) does not affect the operation of

(a) subsections 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act*;

(b) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts; or

(c) any provision of provincial legislation that has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

b) cette province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) du *Régime de pensions du Canada*, la loi de cette province institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe, et les sommes déduites ou retenues aux termes de la loi de cette province sont de même nature que celles visées aux paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada*.

Pour l’application du présent paragraphe, toute disposition de la loi provinciale qui crée une fiducie présumée est réputée avoir, à l’encontre de tout créancier du failli et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que la disposition fédérale correspondante, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

**86.** (1) [Réclamations de la Couronne] Dans le cadre d’une faillite ou d’une proposition, les réclamations prouvables — y compris les réclamations garanties — de Sa Majesté du chef du Canada ou d’une province ou d’un organisme compétent au titre d’une loi sur les accidents du travail prennent rang comme réclamations non garanties.

(3) [Effet] Le paragraphe (1) n’a pas pour effet de porter atteinte à l’application des dispositions suivantes :

a) les paragraphes 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*;

b) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents;

c) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d’une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection,

and for the purpose of paragraph (c), the provision of provincial legislation is, despite any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(i), or as subsection 23(2) of the *Canada Pension Plan* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(ii), and in respect of any related interest, penalties or other amounts.

*Appeal allowed with costs, ABELLA J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Fraser Milner Casgrain, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Vancouver.*

(ii) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe.

Pour l’application de l’alinéa c), la disposition législative provinciale en question est réputée avoir, à l’encontre de tout créancier et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(i), ou que le paragraphe 23(2) du *Régime de pensions du Canada* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(ii), et quant aux intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

*Pourvoi accueilli avec dépens, la juge ABELLA est dissidente.*

*Procureurs de l’appelante : Fraser Milner Casgrain, Vancouver.*

*Procureur de l’intimé : Procureur général du Canada, Vancouver.*

# TAB 5



**Sun Indalex Finance, LLC** *Appellant*

v.

**United Steelworkers, Keith Carruthers, Leon Kozierok, Richard Benson, John Faveri, Ken Waldron, John (Jack) W. Rooney, Bertram McBride, Max Degen, Eugene D'Iorio, Neil Fraser, Richard Smith, Robert Leckie and Fred Granville** *Respondents*

- and -

**George L. Miller, the Chapter 7 Trustee of the Bankruptcy Estates of the U.S. Indalex Debtors** *Appellant*

v.

**United Steelworkers, Keith Carruthers, Leon Kozierok, Richard Benson, John Faveri, Ken Waldron, John (Jack) W. Rooney, Bertram McBride, Max Degen, Eugene D'Iorio, Neil Fraser, Richard Smith, Robert Leckie and Fred Granville** *Respondents*

- and -

**FTI Consulting Canada ULC, in its capacity as court-appointed monitor of Indalex Limited, on behalf of Indalex Limited** *Appellant*

v.

**United Steelworkers, Keith Carruthers, Leon Kozierok, Richard Benson, John Faveri, Ken Waldron, John (Jack) W. Rooney, Bertram McBride, Max Degen, Eugene D'Iorio, Neil Fraser, Richard Smith, Robert Leckie and Fred Granville** *Respondents*

- and -

**United Steelworkers** *Appellant*

**Sun Indalex Finance, LLC** *Appelante*

c.

**Syndicat des Métallos, Keith Carruthers, Leon Kozierok, Richard Benson, John Faveri, Ken Waldron, John (Jack) W. Rooney, Bertram McBride, Max Degen, Eugene D'Iorio, Neil Fraser, Richard Smith, Robert Leckie et Fred Granville** *Intimés*

- et -

**George L. Miller, syndic de faillite des débitrices Indalex É.-U., nommé en vertu du chapitre 7** *Appelant*

c.

**Syndicat des Métallos, Keith Carruthers, Leon Kozierok, Richard Benson, John Faveri, Ken Waldron, John (Jack) W. Rooney, Bertram McBride, Max Degen, Eugene D'Iorio, Neil Fraser, Richard Smith, Robert Leckie et Fred Granville** *Intimés*

- et -

**FTI Consulting Canada ULC, en sa qualité de contrôleur d'Indalex Limited désigné par le tribunal, au nom d'Indalex Limited** *Appelante*

c.

**Syndicat des Métallos, Keith Carruthers, Leon Kozierok, Richard Benson, John Faveri, Ken Waldron, John (Jack) W. Rooney, Bertram McBride, Max Degen, Eugene D'Iorio, Neil Fraser, Richard Smith, Robert Leckie et Fred Granville** *Intimés*

- et -

**Syndicat des Métallos** *Appelant*



v.

**Morneau Shepell Ltd. (formerly known as Morneau Sobeco Limited Partnership) and Superintendent of Financial Services** *Respondents*

and

**Superintendent of Financial Services, Insolvency Institute of Canada, Canadian Labour Congress, Canadian Federation of Pensioners, Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and Canadian Bankers Association** *Intervenors*

**INDEXED AS: SUN INDALEX FINANCE, LLC v. UNITED STEELWORKERS**

**2013 SCC 6**

File No.: 34308.

2012: June 5; 2013: February 1.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell and Moldaver JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO**

*Pensions — Bankruptcy and Insolvency — Priorities — Company who was both employer and administrator of pension plans seeking protection from creditors under Companies' Creditors Arrangement Act ("CCAA") — Pension funds not having sufficient assets to fulfill pension promises made to plan members — Company entering into debtor in possession ("DIP") financing allowing it to continue to operate — CCAA court granting priority to DIP lenders — Proceeds of sale of business insufficient to pay back DIP lenders — Whether pension wind-up deficiencies subject to deemed trust — If so, whether deemed trust superseded by CCAA priority by virtue of doctrine of federal paramountcy — Pension Benefits Act, R.S.O. 1990, c. P.8, ss. 57(3), (4), 75(1)(a), (b) — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36.*

c.

**Morneau Shepell Ltd. (anciennement connue sous le nom de Morneau Sobeco, société en commandite) et Surintendant des services financiers** *Intimés*

et

**Surintendant des services financiers, Institut d'insolvabilité du Canada, Congrès du travail du Canada, Fédération canadienne des retraités, Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation et Association des banquiers canadiens** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : SUN INDALEX FINANCE, LLC c. SYNDICAT DES MÉTALLOS**

**2013 CSC 6**

N° du greffe : 34308.

2012 : 5 juin; 2013 : 1<sup>er</sup> février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell et Moldaver.

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

*Pensions — Faillite et insolvabilité — Priorités — Société à la fois employeur et administrateur de régimes de retraite ayant demandé la protection contre ses créanciers en application de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies (« LACC ») — Actif des caisses de retraite insuffisant pour verser les prestations promises aux participants des régimes — Financement obtenu par la société à titre de débiteur-exploitant (« DE ») lui ayant permis de poursuivre ses activités — Tribunal chargé d'appliquer la LACC ayant accordé priorité aux prêteurs DE — Insuffisance du produit de la vente pour rembourser les prêteurs DE — Les déficits de liquidation des régimes de retraite sont-ils visés par la fiducie réputée? — Dans l'affirmative, la prépondérance fédérale fait-elle en sorte que la priorité issue de l'application de la LACC a préséance sur la fiducie réputée? — Loi sur les régimes de retraite, L.R.O. 1990, ch. P.8, art. 57(3), (4), 75(1a), b) — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36.*

*Pensions — Trusts — Company who was both employer and administrator of pension plans seeking protection from creditors under CCAA — Pension funds not having sufficient assets to fulfill pension promises made to plan members — Whether pension wind-up deficiencies subject to deemed trust — Whether company as plan administrator breached fiduciary duties — Whether pension plan members are entitled to constructive trust.*

*Civil Procedure — Costs — Appeals — Standard of review — Whether Court of Appeal erred in costs endorsement concerning one party.*

Indalex Limited (“Indalex”), the sponsor and administrator of two employee pension plans, one for salaried employees and the other for executive employees, became insolvent. Indalex sought protection from its creditors under the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“CCAA”). The salaried plan was being wound up when the CCAA proceedings began. The executive plan had been closed but not wound up. Both plans had wind-up deficiencies.

In a series of court-sanctioned steps, the company was authorized to enter into debtor in possession (“DIP”) financing in order to allow it to continue to operate. The CCAA court granted the DIP lenders, a syndicate of pre-filing senior secured creditors, priority over the claims of all other creditors. Repayment of these amounts was guaranteed by Indalex U.S.

Ultimately, with the approval of the CCAA court, Indalex sold its business but the purchaser did not assume pension liabilities. The proceeds of the sale were not sufficient to pay back the DIP lenders and so Indalex U.S., as guarantor, paid the shortfall and stepped into the shoes of the DIP lenders in terms of priority. The CCAA court authorized a payment in accordance with the priority but ordered an amount be held in reserve, leaving the plan members’ arguments on their rights to the proceeds of the sale open for determination later.

The plan members challenged the priority granted in the CCAA proceedings. They claimed that they had priority in the amount of the wind-up deficiency by virtue of a statutory deemed trust under s. 57(4) of the *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8 (“PBA”), and a constructive trust arising from Indalex’s alleged breaches

*Pensions — Fiducies — Société à la fois employeur et administrateur de régimes de retraite ayant demandé la protection contre ses créanciers en application de la LACC — Actif des caisses de retraite insuffisant pour verser les prestations promises aux participants des régimes — Les déficits de liquidation des régimes de retraite sont-ils visés par la fiducie réputée? — La société a-t-elle manqué à ses obligations fiduciaires d’administrateur des régimes? — Les participants des régimes de retraite ont-ils droit à une fiducie par interprétation?*

*Procédure civile — Dépens — Appels — Norme de contrôle — La décision de la Cour d’appel sur les dépens d’une partie est-elle erronée?*

Indalex Limited (« Indalex »), le promoteur et l’administrateur de deux régimes de retraite, l’un pour les salariés, l’autre pour les cadres, est devenue insolvable. Elle a demandé la protection contre ses créanciers sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« LACC »). Le régime des salariés était en cours de liquidation lorsque la procédure fondée sur la LACC a été engagée. Le régime des cadres n’acceptait plus de participants, mais il n’était pas liquidé. Les deux régimes accusaient un déficit de liquidation.

Une série de mesures avalisées par le tribunal a permis à la société d’obtenir un financement de débiteur-exploitant (« DE ») et de poursuivre ses activités. Le tribunal chargé de l’application de la LACC a accordé aux prêteurs DE, un consortium composé de créanciers qui bénéficiaient d’une garantie de premier rang avant le début de la procédure, une priorité sur tous les autres créanciers. Le remboursement des sommes empruntées était garanti par Indalex É.-U.

Finalement, sur approbation du tribunal appliquant la LACC, Indalex a vendu son entreprise, mais l’acquéreur n’a pas repris à son compte les engagements de retraite. Le produit de la vente n’étant pas suffisant pour rembourser les prêteurs DE, Indalex É.-U., à titre de caution, a payé la différence et a acquis de ce fait la créance prioritaire des prêteurs DE. Le tribunal a autorisé le paiement conformément à l’ordre de priorité, mais il a également ordonné la retenue de fonds en réserve, remettant à plus tard l’examen de l’argumentation des participants relative à leur droit au produit de la vente.

Les participants des régimes ont contesté la priorité accordée dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC. Ils ont fait valoir qu’ils avaient priorité pour le montant du déficit de liquidation en raison de la fiducie réputée créée par le par. 57(4) de la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8 (« LRR »), et de la fiducie

of fiduciary duty as administrator of the pension funds. The judge at first instance dismissed the plan members' motions concluding that the deemed trust did not apply to wind up deficiencies. He held that, with respect to the wind-up deficiency, the plan members were unsecured creditors. The Court of Appeal reversed this ruling and held that the pension plan wind-up deficiencies were subject to deemed and constructive trusts which had priority over the DIP financing priority and over other secured creditors. In addition, the Court of Appeal rejected a claim brought by the United Steelworkers, which represented some members of the salaried plan, seeking payment of its costs from the latter's pension fund.

*Held* (LeBel and Abella JJ. dissenting): The Sun Indalex Finance, George L. Miller and FTI Consulting appeals should be allowed.

*Held*: The United Steelworkers appeal should be dismissed.

(1) *Statutory Deemed Trust*

*Per* Deschamps and Moldaver JJ.: It is common ground that the contributions provided for in s. 75(1)(a) of the *PBA* are covered by the deemed trust contemplated by s. 57(4) of the *PBA*. The only question is whether this statutory deemed trust also applies to the wind-up deficiency payments required by s. 75(1)(b). The response to this question as it relates to the salaried employees is affirmative in view of the provision's wording, context and purpose. The situation is different with respect to the executive plan as s. 57(4) provides that the wind-up deemed trust comes into existence only when the plan is wound up.

The wind-up deemed trust provision (s. 57(4) *PBA*) does not place an express limit on the "employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due". Section 75(1)(a) explicitly refers to "an amount equal to the total of all payments" that have *accrued*, even those that were not yet due as of the date of the wind up, whereas s. 75(1)(b) contemplates an "amount" that is calculated on the basis of the value of assets and of liabilities that have *accrued* when the plan is wound up. Since both the amount with respect to payments (s. 75(1)(a)) and the one ascertained by subtracting the assets from the liabilities accrued as of the date of the wind up (s. 75(1)(b)) are to be paid upon wind up as employer contributions, they are both included in the ordinary meaning of the words of

par interprétation résultant de manquements allégués d'Indalex à son obligation fiduciaire d'administrateur des régimes. En première instance, le juge a rejeté les motions des participants, concluant que la fiducie réputée ne s'appliquait pas aux déficits de liquidation. Il a conclu que, pour ce qui était du déficit de liquidation, les participants étaient des créanciers chirographaires. La Cour d'appel a infirmé la décision et statué que les déficits de liquidation des régimes de retraite faisaient l'objet d'une fiducie réputée et d'une fiducie par interprétation qui prenaient rang avant la créance des prêteurs DE bénéficiant d'une priorité et celles des autres créanciers garantis. En outre, elle a rejeté la prétention du Syndicat des Métallos, qui représentait quelques-uns des participants du régime des salariés, à savoir qu'il avait droit au paiement de ses dépens par prélèvement sur la caisse de retraite des salariés.

*Arrêt* (les juges LeBel et Abella sont dissidents) : Les pourvois interjetés par Sun Indalex Finance, George L. Miller et FTI Consulting sont accueillis.

*Arrêt* : Le pourvoi interjeté par le Syndicat des Métallos est rejeté.

(1) *La fiducie réputée d'origine législative*

*Les juges* Deschamps et Moldaver : Il est bien établi que la fiducie réputée créée par le par. 57(4) de la *LRR* s'applique aux cotisations visées à l'al. 75(1)a) de la *LRR*. La seule question est de savoir si cette fiducie réputée d'origine législative s'applique aussi aux paiements au titre du déficit de liquidation exigés par l'al. 75(1)b). Dans le cas des salariés, la réponse est oui, compte tenu du texte, du contexte et de l'objet par. 57(4). Il n'en va pas de même pour le régime des cadres étant donné que cette disposition prévoit que la fiducie réputée en cas de liquidation ne prend naissance qu'à la liquidation du régime.

Le paragraphe 57(4) de la *LRR*, qui crée la fiducie réputée en cas de liquidation, ne comporte aucune limite expresse aux « cotisations de l'employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues ». L'alinéa 75(1)a) prévoit expressément que l'employeur verse « un montant égal au total de tous les paiements » *accumulés*, même s'ils ne sont pas encore dus à la date de la liquidation, tandis que l'al. 75(1)b) parle d'un « montant » calculé à partir de la valeur de l'actif et du passif *accumulés*, lorsque le régime est liquidé. Puisque le montant des paiements (al. 75(1)a)) et le montant établi en soustrayant l'actif du passif accumulé à la date de la liquidation (al. 75(1)b)) doivent tous les deux être versés à la liquidation à titre de cotisations de l'employeur, ils entrent tous les deux dans le sens ordinaire des mots

s. 57(4) of the *PBA*: “amount of money equal to employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations”.

The time when the calculation is actually made is not relevant as long as the liabilities are assessed as of the date of the wind up. The fact that the precise amount of the contribution is not determined as of the time of the wind up does not make it a contingent contribution that cannot have accrued for accounting purposes. As a result, the words “contributions accrued” can encompass the contributions mandated by s. 75(1)(b) of the *PBA*.

It can be seen from the legislative history that the protection has expanded from (1) only the service contributions that were due, to (2) amounts payable calculated as if the plan had been wound up, to (3) amounts that were due and had accrued upon wind up but excluding the wind-up deficiency payments, to (4) all amounts due and accrued upon wind up. Therefore, the legislative history leads to the conclusion that adopting a narrow interpretation that would dissociate the employer’s payment provided for in s. 75(1)(b) of the *PBA* from the one provided for in s. 75(1)(a) would be contrary to the Ontario legislature’s trend toward broadening the protection.

The deemed trust provision is a remedial one. Its purpose is to protect the interests of plan members. The remedial purpose favours an approach that includes all wind-up payments in the value of the deemed trust. In this case, the Court of Appeal correctly held with respect to the salaried plan, that Indalex was deemed to hold in trust the amount necessary to satisfy the wind-up deficiency.

*Per* LeBel and Abella JJ.: There is agreement with the reasons of Deschamps J. on the statutory deemed trust issue.

*Per* McLachlin C.J. and Rothstein and Cromwell JJ.: Given that there can be no deemed trust for the executive plan because that plan had not been wound up at the relevant date, the main issue in connection with the salaried plan boils down to the narrow statutory interpretative question of whether the wind-up deficiency provided for in s. 75(1)(b) is “accrued to the date of the wind up” as required by s. 57(4) of the *PBA*.

When the term “accrued” is used in relation to a sum of money, it will generally refer to an amount that is at the present time either quantified or exactly quantifiable

employés au par. 57(4) de la *LRR* : « montant égal aux cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements ».

La date où s’effectue le calcul est sans importance du moment que le passif est évalué à la date de la liquidation. Le fait que le montant précis des cotisations n’est pas établi au moment de la liquidation ne confère pas aux cotisations un caractère éventuel qui ferait en sorte qu’elles ne seraient pas accumulées d’un point de vue comptable. On peut donc considérer que le passif « accumulé » englobe les cotisations exigées à l’al. 75(1)(b) de la *LRR*.

L’historique législatif montre que la protection, qui couvrirait d’abord (1) uniquement les cotisations dues, s’est étendue (2) aux montants payables calculés comme s’il y avait liquidation du régime, (3) puis aux montants dus ou accumulés à la liquidation, à l’exclusion des paiements au titre du déficit de liquidation (4) et, enfin, à tous les montants dus ou accumulés à la liquidation. L’historique législatif mène donc à la conclusion qu’une interprétation étroite qui dissocierait le paiement requis de l’employeur par l’al. 75(1)(b) de la *LRR* de celui exigé à l’al. 75(1)(a) irait à l’encontre de la tendance du législateur ontarien à offrir une protection de plus en plus étendue.

La disposition qui crée une fiducie réputée a une vocation réparatrice. Elle vise à protéger les intérêts des participants. Cette fin réparatrice favorise une interprétation qui inclut tous les paiements à la liquidation dans la valeur de la fiducie réputée. En l’espèce, c’est à bon droit que la Cour d’appel a jugé qu’Indalex était réputée détenir en fiducie le montant nécessaire pour combler le déficit de liquidation du régime des salariés.

*Les* juges LeBel et Abella : Il y a accord avec les motifs de la juge Deschamps sur la question de la fiducie réputée d’origine législative.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Cromwell : Étant donné qu’il ne peut y avoir de fiducie réputée au bénéfice du régime des cadres, celui-ci n’ayant pas été liquidé à la date considérée, il s’agit donc essentiellement — pour ce qui concerne le régime des salariés — d’interpréter une disposition de la loi et de déterminer si le déficit de liquidation décrit à l’al. 75(1)(b) est « accumul[é] à la date de la liquidation » comme l’exige le par. 57(4) de la *LRR*.

Lorsque le terme « accumulé » [et plus encore son équivalent anglais « *accrued* »] est employé de pair avec une somme, il renvoie généralement à un élément

but which may or may not be due. In the present case, s. 57(4) uses the word “accrued” in contrast to the word “due”. Given the ordinary meaning of the word “accrued”, the wind-up deficiency cannot be said to have “accrued” to the date of wind up. The extent of the wind-up deficiency depends on employee rights that arise only upon wind up and with respect to which employees make elections only after wind up. The wind-up deficiency therefore is neither ascertained nor ascertainable on the date fixed for wind up.

The broader statutory context reinforces the view according to which the most plausible grammatical and ordinary sense of the words “accrued to the date of wind up” is that the amounts referred to are precisely ascertained immediately before the effective date of the plan’s wind up. Moreover, the legislative evolution and history of the provisions at issue show that the legislature never intended to include the wind-up deficiency in a statutory deemed trust. Rather, they reinforce the legislative intent to *exclude* from the deemed trust liabilities that arise only *on* the date of wind up.

The legislation differentiates between two types of employer liability relevant to this case. The first is the contributions required to cover current service costs and any other payments that are either due or have accrued on a daily basis up to the relevant time. These are the payments referred to in the current s. 75(1)(a), that is, payments due or accrued but not paid. The second relates to additional contributions required when a plan is wound up which I have referred to as the wind-up deficiency. These payments are addressed in s. 75(1)(b). The legislative history and evolution show that the deemed trusts under s. 57(3) and (4) were intended to apply only to the former amounts and that it was never the intention that there should be a deemed trust or a lien with respect to an employer’s potential future liabilities that arise once the plan is wound up.

In this case, the s. 57(4) deemed trust does not apply to the wind-up deficiency. This conclusion to exclude the wind-up deficiency from the deemed trust is consistent with the broader purposes of the legislation. The legislature has created trusts over contributions that were due or accrued to the date of the wind up in order to protect, to some degree, the rights of pension plan beneficiaries and employees from the claims of the employer’s other creditors. However, there is also good reason to think that the legislature had in mind other competing objectives in not extending the deemed

dont la valeur est actuellement mesurée ou mesurable, mais qui peut ou non être dû. Dans la présente affaire, au par. 57(4), le terme « accumulées » [« *accrued* »] est utilisé par opposition à « dues ». Suivant le sens ordinaire du mot « accumulé », on ne peut considérer que le déficit l’était à la date de la liquidation. Le montant du déficit de liquidation dépend de droits qui ne prennent naissance qu’à la liquidation et à l’égard desquels les employés ne font des choix qu’après la liquidation. Le déficit de liquidation n’est donc ni déterminé ni déterminable à la date de liquidation prévue.

Le contexte législatif général appuie la thèse que, suivant leur sens ordinaire et grammatical le plus plausible, les mots « accumulées à la date de la liquidation » renvoient aux sommes déterminées de façon précise immédiatement avant la date de prise d’effet de la liquidation du régime. Qui plus est, il appert de l’évolution et de l’historique des dispositions en cause que le législateur n’a jamais voulu que le déficit de liquidation fasse l’objet d’une fiducie réputée d’origine législative. Ils confirment en fait l’intention du législateur d’*exclure* du champ d’application de la fiducie réputée les obligations qui naissent seulement *à la* date même de la liquidation.

La loi établit une distinction entre deux types d’obligation de l’employeur qui sont pertinents en l’espèce. Il y a d’une part les cotisations requises pour acquitter le coût du service courant et d’autres paiements qui sont dus ou qui sont accumulés sur une base quotidienne jusqu’à la date considérée. Il s’agit des paiements prévus à l’actuel al. 75(1)a), à savoir ceux qui sont dus ou accumulés, mais qui n’ont pas été versés. D’autre part, il y a les cotisations supplémentaires exigées lorsque le régime est liquidé (le déficit de liquidation). Ces paiements font l’objet de l’al. 75(1)b). Il appert de l’évolution et de l’historique législatifs que les fiducies réputées des par. 57(3) et (4) devaient seulement englober les cotisations du premier type et que le législateur n’a jamais voulu que les obligations ultérieures éventuelles de l’employeur qui naissent une fois le régime liquidé fassent l’objet d’une fiducie réputée ou d’un privilège.

En l’espèce, la fiducie réputée du par. 57(4) ne vise pas le déficit de liquidation. Pareille exclusion est conforme aux objectifs généraux de la loi. Le législateur a créé des fiducies à l’égard des cotisations qui étaient dues ou accumulées à la date de la liquidation afin de protéger, dans une certaine mesure, les droits des bénéficiaires d’un régime de retraite et ceux des employés contre les réclamations des autres créanciers de l’employeur. Or, il y a de bonnes raisons de penser que c’est en raison d’autres objectifs concurrents que le législateur s’est abstenu d’accroître la portée de la fiducie réputée et d’y

trust to the wind-up deficiency. While the protection of pension plans is an important objective, it is not for this Court to decide the extent to which that objective will be pursued and at what cost to other interests. The decision as to the level of protection that should be provided to pension beneficiaries under the *PBA* is one to be left to the Ontario legislature.

(2) *Priority Ranking*

*Per Deschamps and Moldaver JJ.:* A statutory deemed trust under provincial legislation such as the *PBA* continues to apply in federally-regulated *CCAA* proceedings, subject to the doctrine of federal paramountcy. In this case, granting priority to the DIP lenders subordinates the claims of other stakeholders, including the plan members. This court-ordered priority based on the *CCAA* has the same effect as a statutory priority. The federal and provincial laws are inconsistent, as they give rise to different, and conflicting, orders of priority. As a result of the application of the doctrine of federal paramountcy, the DIP charge supersedes the deemed trust.

*Per McLachlin C.J. and Rothstein and Cromwell JJ.:* Although there is disagreement with Deschamps J. in connection with the scope of the s. 57(4) deemed trust, it is agreed that if there was a deemed trust in this case, it would be superseded by the DIP loan because of the operation of the doctrine of federal paramountcy.

*Per LeBel and Abella JJ.:* There is agreement with the reasons of Deschamps J. on the priority ranking issue as determined by operation of the doctrine of federal paramountcy.

(3) *Constructive Trust as a Remedy for Breach of Fiduciary Duties*

*Per McLachlin C.J. and Rothstein and Cromwell JJ.:* It cannot be the case that a conflict of interests arises simply because an employer, exercising its management powers in the best interests of the corporation, does something that has the potential to affect the beneficiaries of the corporation's pension plan. This conclusion flows inevitably from the statutory context. The existence of apparent conflicts that are inherent in the two roles of employer and pension plan administrator being performed by the same party cannot be a breach of fiduciary duty because those conflicts are specifically authorized by the statute which permits one party to play both roles. Rather, a situation of conflict of interest occurs

inclure le déficit de liquidation. La protection des régimes de retraite constitue certes un objectif important, mais il n'appartient pas à la Cour de décider de la mesure dans laquelle cet objectif sera poursuivi ou d'autres intérêts en souffriront. Il appartient à l'Assemblée législative de l'Ontario de décider du degré de protection qu'il convient d'accorder aux bénéficiaires d'un régime de retraite sous le régime de la *LRR*.

(2) *Priorité de rang*

*Les juges Deschamps et Moldaver :* Une fiducie réputée établie par une loi provinciale comme la *LRR* continue de s'appliquer dans les instances régies par la *LACC*, relevant de la compétence fédérale, sous réserve de la doctrine de la prépondérance fédérale. En l'espèce, accorder priorité aux prêteurs DE relègue à un rang inférieur les créances des autres intéressés, notamment les participants. Cette priorité d'origine judiciaire fondée sur la *LACC* a le même effet qu'une priorité d'origine législative. Les dispositions fédérales et provinciales sont inconciliables, car elles produisent des ordres de priorité différents et conflictuels. L'application de la doctrine de la prépondérance fédérale donne à la charge DE priorité sur la fiducie réputée.

*La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Cromwell :* Malgré le désaccord avec la juge Deschamps sur la portée de la fiducie réputée du par. 57(4), si une fiducie est réputée exister en l'espèce, la créance DE prend rang avant elle en application de la doctrine de la prépondérance fédérale.

*Les juges LeBel et Abella :* Il y a accord avec les motifs de la juge Deschamps sur la priorité de rang déterminée par application du principe de la prépondérance fédérale.

(3) *La fiducie par interprétation comme réparation du manquement à l'obligation fiduciaire*

*La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Cromwell :* Il ne saurait y avoir conflit d'intérêts uniquement parce que l'employeur, dans l'exercice de son pouvoir de gérer la société au mieux des intérêts de celle-ci, prend une mesure susceptible d'avoir une incidence sur les bénéficiaires du régime de retraite qu'il administre. Telle est la conclusion qui découle nécessairement du contexte législatif. L'existence de conflits apparents qui sont inhérents à la double fonction d'employeur et d'administrateur de régime exercée par une même personne ne peut constituer un manquement à l'obligation fiduciaire, car ces conflits sont expressément autorisés par la loi, laquelle permet à une personne

when there is a substantial risk that the employer-administrator's representation of the plan beneficiaries would be materially and adversely affected by the employer-administrator's duties to the corporation.

Seeking an initial order protecting the corporation from actions by its creditors did not, on its own, give rise to any conflict of interest or duty on the part of Indalex. Likewise, failure to give notice of the initial CCAA proceedings was not a breach of fiduciary duty to avoid conflicts of interest in this case. Indalex's decision to act as an employer-administrator cannot give the plan members any greater benefit than they would have if their plan was managed by a third party administrator.

It was at the point of seeking and obtaining the DIP orders without notice to the plan beneficiaries and seeking and obtaining the sale approval order that Indalex's interests as a corporation came into conflict with its duties as a pension plan administrator. However, the difficulty that arose here was not the existence of the conflict itself, but Indalex's failure to take steps so that the plans' beneficiaries would have the opportunity to have their interests protected in the CCAA proceedings as if the plans were administered by an independent administrator. In short, the difficulty was not the existence of the conflict, but the failure to address it.

An employer-administrator who finds itself in a conflict must bring the conflict to the attention of the CCAA judge. It is not enough to include the beneficiaries in the list of creditors; the judge must be made aware that the debtor, as an administrator of the plan is, or may be, in a conflict of interest. Accordingly, Indalex breached its fiduciary duty by failing to take steps to ensure that the pension plans had the opportunity to be as fully represented in those proceedings as if there had been an independent plan administrator, particularly when it sought the DIP financing approval, the sale approval and a motion to voluntarily enter into bankruptcy.

Regardless of this breach, a remedial constructive trust is only appropriate if the wrongdoer's acts give rise to an identifiable asset which it would be unjust for the wrongdoer (or sometimes a third party) to retain. There is no evidence to support the contention that Indalex's failure to meaningfully address conflicts of interest that arose during the CCAA proceedings resulted in any such asset. Furthermore, to impose a constructive trust in

d'exercer les deux fonctions. Il y a en fait conflit d'intérêts lorsqu'il existe un risque important que les obligations de l'employeur-administrateur envers la société nuisent de façon appréciable à la défense des intérêts des bénéficiaires d'un régime.

À elle seule, la demande initiale de protection de la société contre ses créanciers ne plaçait pas Indalex en situation de conflit d'intérêts ou d'obligations. De même, l'omission de donner avis de la demande initiale présentée sur le fondement de la LACC ne constituait pas un manquement à l'obligation fiduciaire d'éviter tout conflit d'intérêts. La décision d'Indalex d'agir à titre d'employeur-administrateur ne peut conférer aux participants plus d'avantages que si l'administration de leurs régimes avait été confiée à un tiers indépendant.

C'est lors de la demande et de l'obtention des ordonnances DE sans préavis aux bénéficiaires des régimes, ainsi que de la demande et de l'obtention de l'approbation de la vente que les intérêts commerciaux d'Indalex sont entrés en conflit avec ses obligations d'administrateur des régimes de retraite. Cependant, la difficulté résidait en l'espèce non pas dans l'existence du conflit, mais bien dans l'omission d'Indalex de prendre quelque mesure afin que les bénéficiaires des régimes aient la possibilité de veiller à la protection de leurs intérêts dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC comme si l'administrateur des régimes avait été indépendant. En résumé, le manquement ne tenait pas à l'existence du conflit, mais plutôt à l'omission de prendre les mesures qu'elle commandait.

L'employeur-administrateur qui se trouve en situation de conflit doit en informer le juge saisi sur le fondement de la LACC. Il ne suffit pas d'inscrire les bénéficiaires sur la liste des créanciers; le juge doit être informé que le débiteur, en sa qualité d'administrateur de régime, est en conflit d'intérêts ou susceptible de l'être. En conséquence, Indalex a manqué à son obligation fiduciaire en omettant de faire ce qu'il fallait pour que les bénéficiaires des régimes puissent être dûment représentés dans le cadre de cette procédure comme si l'administrateur des régimes avait été indépendant, en particulier lorsqu'elle a demandé l'approbation du financement DE et de la vente, puis présenté une motion en vue de faire faillite.

Indépendamment de ce manquement, l'imposition d'une fiducie par interprétation ne constitue une réparation appropriée que si un actif déterminable résulte des actes de l'auteur du manquement et qu'il serait injuste que ce dernier ou, parfois, un tiers, conserve cet actif. Aucun élément de preuve n'appuie la prétention qu'un tel actif a résulté de l'omission d'Indalex de pallier véritablement les conflits d'intérêts auxquels a donné lieu

response to a breach of fiduciary duty to ensure for the pension plans some procedural protections that they in fact took advantage of in any case is an unjust response in all of the circumstances.

*Per Deschamps and Moldaver JJ.:* A corporate employer that chooses to act as plan administrator accepts the fiduciary obligations attached to that function. Since the directors of a corporation also have a fiduciary duty to the corporation, the corporate employer must be prepared to resolve conflicts where they arise. An employer acting as a plan administrator is not permitted to disregard its fiduciary obligations to plan members and favour the competing interests of the corporation on the basis that it is wearing a “corporate hat”. What is important is to consider the consequences of the decision, not its nature.

In the instant case, Indalex’s fiduciary obligations as plan administrator did in fact conflict with management decisions that needed to be taken in the best interests of the corporation. Specifically, in seeking to have a court approve a form of financing by which one creditor was granted priority over all other creditors, Indalex was asking the CCAA court to override the plan members’ priority. The corporation’s interest was to seek the best possible avenue to survive in an insolvency context. The pursuit of this interest was not compatible with the plan administrator’s duty to the plan members to ensure that all contributions were paid into the funds. In the context of this case, the plan administrator’s duty to the plan members meant, in particular, that it should at least have given them the opportunity to present their arguments. This duty meant, at the very least, that they were entitled to reasonable notice of the DIP financing motion. The terms of that motion, presented without appropriate notice, conflicted with the interests of the plan members.

As for the constructive trust remedy, it is settled law that proprietary remedies are generally awarded only with respect to property that is directly related to a wrong or that can be traced to such property. There is agreement with Cromwell J. that this condition was not met in the case at bar and his reasoning on this issue is adopted. Moreover, it was unreasonable for the Court of Appeal to reorder the priorities in this case.

la procédure fondée sur la LACC. Qui plus est, imposer une fiducie par interprétation par suite du manquement à l’obligation fiduciaire de veiller à ce que les bénéficiaires des régimes jouissent de garanties procédurales, alors qu’ils en ont joui dans les faits, se révèle inéquitable au vu de l’ensemble des circonstances.

*Les juges Deschamps et Moldaver :* L’employeur constitué en société qui décide d’agir en qualité d’administrateur d’un régime accepte les obligations fiduciaires inhérentes à cette fonction. Puisque les administrateurs d’une société ont aussi une obligation fiduciaire envers la société, l’employeur doit être prêt à résoudre les conflits lorsqu’ils surgissent. L’employeur qui administre un régime de retraite n’est pas autorisé à négliger ses obligations fiduciaires envers les participants au régime et à favoriser les intérêts concurrents de la société sous prétexte qu’il porte le « chapeau » de dirigeant de la société. Ce sont les conséquences d’une décision, et non sa nature qui doivent être prises en compte.

En l’espèce, il y avait bien conflit entre les obligations fiduciaires qui incombaient à Indalex en sa qualité d’administratrice des régimes et les décisions de gestion qu’elle devait prendre dans le meilleur intérêt de la société. Plus précisément, en demandant au tribunal d’autoriser une forme de financement selon laquelle un créancier se verrait accorder priorité sur tous les autres, Indalex demandait au tribunal chargé d’appliquer la LACC de faire échec à la priorité dont bénéficiaient les participants. L’intérêt de la société consistait à rechercher la meilleure façon de survivre dans un contexte d’insolvabilité. La poursuite de cet intérêt était incompatible avec le devoir de l’administrateur des régimes envers les participants de veiller à ce que toutes les cotisations soient versées aux caisses de retraite. En l’occurrence, ce devoir de l’administrateur des régimes impliquait, plus particulièrement, qu’il donne à tout le moins aux participants la possibilité d’exposer leurs arguments. Cela signifiait, au minimum, que les participants avaient droit à un avis raisonnable de la motion en autorisation du financement DE. La teneur de cette motion, présentée sans avis convenable, allait à l’encontre des intérêts des participants.

En ce qui concerne la fiducie par interprétation, il est bien établi en droit qu’une réparation de la nature d’un droit de propriété n’est généralement accordée qu’à l’égard d’un bien ayant un lien direct avec un acte fautif ou d’un bien qui peut être rattaché à un tel bien. Il y a accord avec le juge Cromwell sur le fait que cette condition n’était pas remplie en l’espèce et il a été souscrit à ses motifs sur cette question. En outre, il était déraisonnable pour la Cour d’appel de modifier l’ordre de priorité.



*Per LeBel and Abella JJ. (dissenting):* A fiduciary relationship is a relationship, grounded in fact and law, between a vulnerable beneficiary and a fiduciary who holds and may exercise power over the beneficiary in situations recognized by law. It follows that before entering into an analysis of the fiduciary duties of an employer as administrator of a pension plan under the *PBA*, it is necessary to consider the position and characteristics of the pension beneficiaries. In the present case, the beneficiaries were in a very vulnerable position relative to Indalex.

Nothing in the *PBA* allows that the employer *qua* administrator will be held to a lower standard or will be subject to duties and obligations that are less stringent than those of an independent administrator. The employer is under no obligation to assume the burdens of administering the pension plans that it has agreed to set up or that are the legacy of previous decisions. However, if it decides to do so, a fiduciary relationship is created with the expectation that the employer will be able to avoid or resolve the conflicts of interest that might arise.

Indalex was in a conflict of interest from the moment it started to contemplate putting itself under the protection of the *CCAA* and proposing an arrangement to its creditors. From the corporate perspective, one could hardly find fault with such a decision. It was a business decision. But the trouble is that at the same time, Indalex was a fiduciary in relation to the members and retirees of its pension plans. The solution was not to place its function as administrator and its associated fiduciary duties in abeyance. Rather, it had to abandon this role and diligently transfer its function as manager to an independent administrator.

In the present case, the employer not only neglected its obligations towards the beneficiaries, but actually took a course of action that was actively inimical to their interests. The seriousness of these breaches amply justified the decision of the Court of Appeal to impose a constructive trust.

#### (4) *Costs in United Steelworkers Appeal*

*Per McLachlin C.J. and Rothstein and Cromwell JJ.:* There is no basis to interfere with the Court of Appeal's costs endorsement as it relates to United Steelworkers in this case. The litigation undertaken here raised novel points of law with all of the uncertainty and risk inherent in such an undertaking. The Court of Appeal in essence decided that the United Steelworkers, representing only 7 of 169 members of the salaried plan, should not without consultation be

*Les juges LeBel et Abella (dissidents) :* Une relation fiduciaire s'entend de la relation factuelle et juridique entre un bénéficiaire vulnérable et un fiduciaire qui détient et peut exercer un pouvoir sur le bénéficiaire dans les situations prévues par la loi. Par conséquent, avant d'analyser les obligations fiduciaires de l'employeur à titre d'administrateur d'un régime de retraite visé par la *LRR*, il faut examiner la situation et les caractéristiques des bénéficiaires du régime. En l'espèce, les bénéficiaires se trouvaient dans une position de grande vulnérabilité par rapport à Indalex.

Rien dans la *LRR* ne permet de conclure que l'employeur, en sa qualité d'administrateur, serait assujéti à une norme moindre ou assumerait des fonctions et des obligations moins strictes qu'un administrateur indépendant. L'employeur n'est pas tenu d'assumer le fardeau de l'administration des régimes de retraite qu'il a convenu d'établir ou qui sont le fruit de décisions antérieures. Par contre, s'il choisit de l'assumer, une relation fiduciaire prend naissance et l'on s'attend à ce que l'employeur soit capable d'éviter ou de régler les conflits d'intérêts susceptibles d'intervenir.

Indalex se trouvait en situation de conflit d'intérêts dès qu'elle a envisagé de demander la protection de la *LACC* et de proposer un arrangement à ses créanciers. Du point de vue de l'entreprise, on ne pourrait guère trouver à redire à cette décision. Il s'agissait d'une décision d'affaires. Cependant, Indalex jouait en même temps le rôle de fiduciaire à l'égard des participants aux régimes et des retraités, et c'est là où le bât blesse. La solution consistait non pas à mettre en veilleuse sa fonction d'administrateur avec les obligations fiduciaires en découlant, mais à y renoncer et à la transférer avec diligence à un administrateur indépendant.

En l'occurrence, l'employeur a non seulement manqué à ses obligations envers les bénéficiaires, mais adopté en fait une démarche qui allait à l'encontre de leurs intérêts. La gravité de ces manquements justifiait amplement la décision de la Cour d'appel d'imposer une fiducie par interprétation.

#### (4) *Dépens dans le pourvoi du Syndicat des Métallos*

*La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Cromwell :* Il n'y a en l'espèce aucune raison de revenir sur la décision de la Cour d'appel relative aux dépens en ce qui concerne le Syndicat des Métallos. L'instance engagée portait sur des points de droit nouveaux, son issue était incertaine et les demandeurs couraient le risque d'être déboutés. La Cour d'appel a opiné essentiellement que, représentant seulement 7 des 169 participants du régime des salariés, le syndicat ne devait pas être en

able to in effect impose the risks of that litigation on all of the plan members, the vast majority of whom were not union members. There is no error in principle in the Court of Appeal's refusal to order the United Steelworkers costs to be paid out of the pension fund, particularly in light of the disposition of the appeal to this Court.

*Per Deschamps and Moldaver JJ.*: There is agreement with the reasons of Cromwell J. on the issue of costs in the United Steelworkers appeal.

*Per LeBel and Abella JJ.*: There is agreement with the reasons of Cromwell J. on the issue of costs in the United Steelworkers appeal.

### Cases Cited

By Deschamps J.

**Referred to:** *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Hydro-Electric Power Commission of Ontario v. Albright* (1922), 64 S.C.R. 306; *Canadian Pacific Ltd. v. M.N.R.* (1998), 41 O.R. (3d) 606; *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; *Crystalline Investments Ltd. v. Domgroup Ltd.*, 2004 SCC 3, [2004] 1 S.C.R. 60; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Burke v. Hudson's Bay Co.*, 2010 SCC 34, [2010] 2 S.C.R. 273; *Canada Deposit Insurance Corp. v. Canadian Commercial Bank*, [1992] 3 S.C.R. 558.

By Cromwell J.

**Referred to:** *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Ryan v. Moore*, 2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53; *Hydro-Electric Power Commission of Ontario v. Albright* (1922), 64 S.C.R. 306; *Canadian Pacific Ltd. v. M.N.R.* (1998), 41 O.R. (3d) 606; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152; *Burke v. Hudson's Bay Co.*, 2010 SCC 34, [2010] 2 S.C.R. 273, aff'g 2008 ONCA 394, 67 C.C.P.B. 1; *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; *Sharbern Holding Inc. v. Vancouver Airport Centre Ltd.*, 2011 SCC 23, [2011] 2 S.C.R. 175; *Galambos*

mesure, dans les faits, d'imposer à tous les participants du régime, dont la plupart n'en étaient pas membres, les risques inhérents au litige sans les consulter. Il n'y a aucune erreur de principe dans le refus de la Cour d'appel d'ordonner que les dépens du syndicat soient payés à partir de la caisse de retraite, étant donné surtout l'issue du pourvoi devant notre Cour.

*Les juges Deschamps et Moldaver* : Il y a accord avec les motifs du juge Cromwell sur la question des dépens dans l'appel interjeté par le Syndicat des Métallos.

*Les juges LeBel et Abella* : Il y a accord avec les motifs du juge Cromwell sur la question des dépens dans l'appel interjeté par le Syndicat des Métallos.

### Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

**Arrêts mentionnés :** *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Hydro-Electric Power Commission of Ontario c. Albright* (1922), 64 R.C.S. 306; *Canadian Pacific Ltd. c. M.N.R.* (1998), 41 O.R. (3d) 606; *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; *Crystalline Investments Ltd. c. Domgroup Ltd.*, 2004 CSC 3, [2004] 1 R.C.S. 60; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Burke c. Cie de la Baie d'Hudson*, 2010 CSC 34, [2010] 2 R.C.S. 273; *Société d'assurance-dépôts du Canada c. Banque Commerciale du Canada*, [1992] 3 R.C.S. 558.

Citée par le juge Cromwell

**Arrêts mentionnés :** *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Ryan c. Moore*, 2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53; *Hydro-Electric Power Commission of Ontario c. Albright* (1922), 64 R.C.S. 306; *Canadian Pacific Ltd. c. M.N.R.* (1998), 41 O.R. (3d) 606; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152; *Burke c. Cie de la Baie d'Hudson*, 2010 CSC 34, [2010] 2 R.C.S. 273, conf. 2008 ONCA 394, 67 C.C.P.B. 1; *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *Sharbern Holding Inc. c. Vancouver Airport Centre Ltd.*, 2011 CSC 23, [2011] 2 R.C.S. 175;

v. *Perez*, 2009 SCC 48, [2009] 3 S.C.R. 247; *K.L.B. v. British Columbia*, 2003 SCC 51, [2003] 2 S.C.R. 403; *Strother v. 3464920 Canada Inc.*, 2007 SCC 24, [2007] 2 S.C.R. 177; *BCE Inc. v. 1976 Debentureholders*, 2008 SCC 69, [2008] 3 S.C.R. 560; *R. v. Neil*, 2002 SCC 70, [2002] 3 S.C.R. 631; *Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282; *Algoma Steel Inc., Re* (2001), 25 C.B.R. (4th) 194; *Marine Drive Properties Ltd., Re*, 2009 BCSC 145, 52 C.B.R. (5th) 47; *Timminco Ltd., Re*, 2012 ONSC 506, 85 C.B.R. (5th) 169; *AbitibiBowater inc. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6459 (CanLII); *First Leaside Wealth Management Inc. (Re)*, 2012 ONSC 1299 (CanLII); *Nortel Networks Corp., Re* (2009), 75 C.C.P.B. 206; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314; *Donkin v. Bugoy*, [1985] 2 S.C.R. 85; *Soulos v. Korkontzilas*, [1997] 2 S.C.R. 217; *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678; *Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 SCC 9, [2004] 1 S.C.R. 303.

By LeBel J. (dissenting)

*Galambos v. Perez*, 2009 SCC 48, [2009] 3 S.C.R. 247; *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 7 C.B.R. (4th) 293; *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534; *Soulos v. Korkontzilas*, [1997] 2 S.C.R. 217.

### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act, the Companies' Creditors Arrangement Act, the Wage Earner Protection Program Act and chapter 47 of the Statutes of Canada*, 2005, S.C. 2007, c. 36.

*Act to establish the Wage Earner Protection Program Act, to amend the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 2005, c. 47, s. 128.

*Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3.

Bill C-501, *An Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act and other Acts (pension protection)*, 3rd Sess., 40th Parl., March 24, 2010 (as am. by the Standing Committee on Industry, Science and Technology, March 1, 2011).

*Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44, s. 122(1)(a).

*Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 2 "secured creditor", 11.

*Pension Benefits Act*, R.S.O. 1980, c. 373, ss. 21(2), 23, 32.

*Galambos c. Perez*, 2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247; *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, 2003 CSC 51, [2003] 2 R.C.S. 403; *Strother c. 3464920 Canada Inc.*, 2007 CSC 24, [2007] 2 R.C.S. 177; *BCE Inc. c. Détenteurs de débetures de 1976*, 2008 CSC 69, [2008] 3 R.C.S. 560; *R. c. Neil*, 2002 CSC 70, [2002] 3 R.C.S. 631; *Elan Corp. c. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282; *Algoma Steel Inc., Re* (2001), 25 C.B.R. (4th) 194; *Marine Drive Properties Ltd., Re*, 2009 BCSC 145, 52 C.B.R. (5th) 47; *Timminco Ltd., Re*, 2012 ONSC 506, 85 C.B.R. (5th) 169; *AbitibiBowater inc. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6459 (CanLII); *First Leaside Wealth Management Inc. (Re)*, 2012 ONSC 1299 (CanLII); *Nortel Networks Corp., Re* (2009), 75 C.C.P.B. 206; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314; *Donkin c. Bugoy*, [1985] 2 R.C.S. 85; *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217; *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; *Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 CSC 9, [2004] 1 R.C.S. 303.

Citée par le juge LeBel (dissident)

*Galambos c. Perez*, 2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247; *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 7 C.B.R. (4th) 293; *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534; *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217.

### Lois et règlements cités

*Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, ch. C-44, art. 122(1)a).

*Loi de 1987 sur les régimes de retraite*, L.O. 1987, ch. 35, art. 58, 59, 75(1), 76(1).

*Loi de 2010 modifiant la Loi sur les régimes de retraite*, L.O. 2010, ch. 9, art. 52(5).

*Loi de 2010 sur la pérennité des prestations de retraite*, L.O. 2010, ch. 24, art. 21(2).

*Loi édictant la Loi sur le Programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d'autres lois en conséquence*, L.C. 2005, ch. 47, art. 128.

*Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, la Loi sur le Programme de protection des salariés et le chapitre 47 des Lois du Canada (2005)*, L.C. 2007, ch. 36.

*Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3.

*Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 2 « créancier garanti », 11.

- Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8, ss. 1(1) “administrator”, “wind up”, 8(1)(a), 9, 10(1)12, 12, 19, 20, 22, 25, 26, 42, 56, 57, 58, 59, 68, 69, 70, 73, 74, 75.
- Pension Benefits Act*, 1965, S.O. 1965, c. 96, s. 22(2).
- Pension Benefits Act*, 1987, S.O. 1987, c. 35, ss. 58, 59, 75(1), 76(1).
- Pension Benefits Amendment Act*, 1973, S.O. 1973, c. 113, s. 23a.
- Pension Benefits Amendment Act*, 1980, S.O. 1980, c. 80.
- Pension Benefits Amendment Act*, 1983, S.O. 1983, c. 2, ss. 21, 23, 32.
- Pension Benefits Amendment Act*, 2010, S.O. 2010, c. 9, s. 52(5).
- Personal Property Security Act*, R.S.O. 1990, c. P.10, s. 30(7).
- R.R.O. 1990, Reg. 909, ss. 4(4)3, 5(1)(b), (e), 14, 29, 31.
- Securing Pension Benefits Now and for the Future Act*, 2010, S.O. 2010, c. 24, s. 21(2).
- Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8, art. 1(1) « administrateur », « liquidation », 8(1)a), 9, 10(1)12, 12, 19, 20, 22, 25, 26, 42, 56, 57, 58, 59, 68, 69, 70, 73, 74, 75.
- Loi sur les sûretés mobilières*, L.R.O. 1990, ch. P.10, art. 30(7).
- Pension Benefits Act*, R.S.O. 1980, ch. 373, art. 21(2), 23, 32.
- Pension Benefits Act*, 1965, S.O. 1965, ch. 96, art. 22(2).
- Pension Benefits Amendment Act*, 1973, S.O. 1973, ch. 113, art. 23a.
- Pension Benefits Amendment Act*, 1980, S.O. 1980, ch. 80.
- Pension Benefits Amendment Act*, 1983, S.O. 1983, ch. 2, art. 21, 23, 32.
- Projet de loi C-501, *Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et d'autres lois (protection des prestations)*, 3<sup>e</sup> sess., 40<sup>e</sup> lég., 24 mars 2010 (tel que mod. par le Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie, 1<sup>er</sup> mars 2011).
- R.R.O. 1990, règl. 909, art. 4(4)3, 5(1)(b), e), 14, 29, 31.

#### Authors Cited

- Arnold, Brian J. *Timing and Income Taxation: The Principles of Income Measurement for Tax Purposes*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1983.
- Black's Law Dictionary*, 9th ed. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2009, “accrued liability”.
- 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: Senate of Canada, 2003.
- Canadian Institute of Chartered Accountants. *CICA Handbook — Accounting*, Part II, *Accounting Standards for Private Enterprises*. Toronto: The Institute, 2012.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Dukelow, Daphne A. *The Dictionary of Canadian Law*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011, “accrued liability”.
- Hogg, Peter W., Joanne E. Magee and Jinyan Li. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 7th ed. Toronto: Carswell, 2010.
- 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.

#### Doctrine et autres documents cités

- Arnold, Brian J. *Timing and Income Taxation : The Principles of Income Measurement for Tax Purposes*. Toronto : Association canadienne d'études fiscales, 1983.
- Black's Law Dictionary*, 9th ed. St. Paul, Minn. : Thomson Reuters, 2009, « *accrued liability* ».
- 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 : Sénat du Canada, 2003.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
- Dukelow, Daphne A. *The Dictionary of Canadian Law*, 4th ed. Toronto : Carswell, 2011, « *accrued liability* ».
- Hogg, Peter W., Joanne E. Magee and Jinyan Li. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 7th ed. Toronto : Carswell, 2010.
- Institut canadien des comptables agréés. *Manuel de l'ICCA — Comptabilité*, partie II, *Normes comptables pour les entreprises à capital fermé*. Toronto : L'Institut, 2012.
- 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.

Kaplan, Ari N. *Pension Law*. Toronto: Irwin Law, 2006. Ontario. Legislative Assembly. *Legislature of Ontario Debates: Official Report (Hansard)*, No. 99, 2nd Sess., 32nd Parl., July 7, 1982, p. 3568.

Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*. Toronto: Thomson Carswell, 2007. *The Mercer Pension Manual*, vol. 1, by William M. Mercer Limited. Toronto: Carswell, 1994 (loose-leaf updated November 2009, release 6).

*Waters' Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. Toronto: Thomson Carswell, 2005.

APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (MacPherson, Gillese and Juriansz JJ.A.), 2011 ONCA 265, 104 O.R. (3d) 641, 276 O.A.C. 347, 331 D.L.R. (4th) 352, 75 C.B.R. (5th) 19, 89 C.C.P.B. 39, 17 P.P.S.A.C. (3d) 194, [2011] O.J. No. 1621 (QL), 2011 CarswellOnt 2458, setting aside a decision of Campbell J., 2010 ONSC 1114, 79 C.C.P.B. 301, [2010] O.J. No. 974 (QL), 2010 CarswellOnt 893. Appeals allowed, LeBel and Abella JJ. dissenting.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (MacPherson, Gillese and Juriansz JJ.A.), 2011 ONCA 578, 81 C.B.R. (5th) 165, 92 C.C.P.B. 277, [2011] O.J. No. 3959 (QL), 2011 CarswellOnt 9077. Appeal dismissed.

*Benjamin Zarnett, Frederick L. Myers, Brian F. Empey and Peter Kolla*, for the appellant Sun Indalex Finance, LLC.

*Harvey G. Chaiton and George Benchetrit*, for the appellant George L. Miller, the Chapter 7 Trustee of the Bankruptcy Estates of the U.S. Indalex Debtors.

*David R. Byers, Ashley John Taylor and Nicholas Peter McHaffie*, for the appellant FTI Consulting Canada ULC, in its capacity as court-appointed monitor of Indalex Limited, on behalf of Indalex Limited.

*Darrell L. Brown*, for the appellant/respondent the United Steelworkers.

*Andrew J. Hatnay and Demetrios Yiokaris*, for the respondents Keith Carruthers, et al.

Kaplan, Ari N. *Pension Law*. Toronto : Irwin Law, 2006. Ontario. Assemblée législative. *Legislature of Ontario Debates : Official Report (Hansard)*, No. 99, 2nd Sess., 32nd Parl., July 7, 1982, p. 3568.

Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*. Toronto : Thomson Carswell, 2007. *The Mercer Pension Manual*, vol. 1, by William M. Mercer Limited. Toronto : Carswell, 1994 (loose-leaf updated November 2009, release 6).

*Waters' Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. Toronto : Thomson Carswell, 2005.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges MacPherson, Gillese et Juriansz), 2011 ONCA 265, 104 O.R. (3d) 641, 276 O.A.C. 347, 331 D.L.R. (4th) 352, 75 C.B.R. (5th) 19, 89 C.C.P.B. 39, 17 P.P.S.A.C. (3d) 194, [2011] O.J. No. 1621 (QL), 2011 CarswellOnt 2458, qui a infirmé une décision du juge Campbell, 2010 ONSC 1114, 79 C.C.P.B. 301, [2010] O.J. No. 974 (QL), 2010 CarswellOnt 893. Pourvois accueillis, les juges LeBel et Abella sont dissidents.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges MacPherson, Gillese et Juriansz), 2011 ONCA 578, 81 C.B.R. (5th) 165, 92 C.C.P.B. 277, [2011] O.J. No. 3959 (QL), 2011 CarswellOnt 9077. Pourvoi rejeté.

*Benjamin Zarnett, Frederick L. Myers, Brian F. Empey et Peter Kolla*, pour l'appelante Sun Indalex Finance, LLC.

*Harvey G. Chaiton et George Benchetrit*, pour l'appelant George L. Miller, syndic de faillite des débitrices Indalex É.-U., nommé en vertu du chapitre 7.

*David R. Byers, Ashley John Taylor et Nicholas Peter McHaffie*, pour l'appelante FTI Consulting Canada ULC, en sa qualité de contrôleur d'Indalex Limited désigné par le tribunal, au nom d'Indalex Limited.

*Darrell L. Brown*, pour l'appelant/intimé le Syndicat des Métallos.

*Andrew J. Hatnay et Demetrios Yiokaris*, pour les intimés Keith Carruthers, et autres.

*Hugh O'Reilly and Amanda Darrach*, for the respondent Morneau Shepell Ltd. (formerly known as Morneau Sobeco Limited Partnership).

*Mark Bailey, Leonard Marsello and William MacLarkey*, for the respondent/intervener the Superintendent of Financial Services.

*Robert I. Thornton and D. J. Miller*, for the intervener the Insolvency Institute of Canada.

*Steven Barrett and Ethan Poskanzer*, for the intervener the Canadian Labour Congress.

*Kenneth T. Rosenberg, Andrew K. Lokan and Massimo Starnino*, for the intervener the Canadian Federation of Pensioners.

*Éric Vallières, Alexandre Forest and Yoine Goldstein*, for the intervener the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals.

*Mahmud Jamal, Jeremy Dacks and Tony Devir*, for the intervener the Canadian Bankers Association.

The judgment of Deschamps and Moldaver JJ. was delivered by

[1] DESCHAMPS J. — Insolvency can trigger catastrophic consequences. Often, large claims of ordinary creditors are left unpaid. In insolvency situations, the promise of defined benefits made to employees during their employment is put at risk. These appeals illustrate the materialization of such a risk. Although the employer in this case breached a fiduciary duty, the harm suffered by the pension plans' beneficiaries results not from that breach, but from the employer's insolvency. For the following reasons, I would allow the appeals of the appellants Sun Indalex Finance, LLC; George L. Miller, Indalex U.S.'s trustee in bankruptcy; and FTI Consulting Canada ULC.

*Hugh O'Reilly et Amanda Darrach*, pour l'intimée Morneau Shepell Ltd. (anciennement connue sous le nom de Morneau Sobeco, société en commandite).

*Mark Bailey, Leonard Marsello et William MacLarkey*, pour l'intimé/intervenant le Surintendant des services financiers.

*Robert I. Thornton et D. J. Miller*, pour l'intervenant l'Institut d'insolvabilité du Canada.

*Steven Barrett et Ethan Poskanzer*, pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada.

*Kenneth T. Rosenberg, Andrew K. Lokan et Massimo Starnino*, pour l'intervenante la Fédération canadienne des retraités.

*Éric Vallières, Alexandre Forest et Yoine Goldstein*, pour l'intervenante l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation.

*Mahmud Jamal, Jeremy Dacks et Tony Devir*, pour l'intervenante l'Association des banquiers canadiens.

Version française du jugement des juges Deschamps et Moldaver rendu par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — L'insolvabilité peut entraîner des conséquences catastrophiques. Les créanciers ordinaires sont souvent laissés impayés. En situation d'insolvabilité, les prestations déterminées promises aux employés pendant leur emploi sont mises en péril. Les présents pourvois illustrent ce qui peut se produire lorsque ce péril se matérialise. Bien que l'employeur en l'espèce ait manqué à son obligation fiduciaire envers les participants aux régimes de retraite, le préjudice qu'ils subissent ne résulte pas de son manquement, mais de son insolvabilité. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir les appels de Sun Indalex Finance, LLC; George L. Miller, syndic de faillite d'Indalex É.-U.; et FTI Consulting Canada ULC.

[2] To improve the prospect of pensioners receiving their full benefits after a pension plan is wound up, the Ontario legislature has protected contributions to the pension fund that have accrued but are not yet due at the time of the wind up by providing for a deemed trust that supersedes all other provincial priorities over certain assets of the plan sponsor (s. 57(4) of the *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8 (“PBA”), and s. 30(7) of the *Personal Property Security Act*, R.S.O. 1990, c. P.10 (“PPSA”). The parties disagree on the scope of the deemed trust. In my view, the relevant provisions and the context lead to the conclusion that it extends to contributions the employer must make to ensure that the pension fund is sufficient to cover liabilities upon wind up. In the instant case, however, the deemed trust is superseded by the security granted to the creditor that loaned money to the employer, Indalex Limited (“Indalex”), during the insolvency proceedings. In addition, although the employer, as plan administrator, may have put itself in a position of conflict of interest by failing to give the plan’s members proper notice of a motion requesting financing of its operations during a restructuring process, there was no realistic possibility that, had the members received notice and had the CCAA court found that they were secured creditors, it would have ordered the priorities differently. Consequently, it would not be appropriate to order an equitable remedy such as the constructive trust ordered by the Court of Appeal.

### I. Facts

[3] Indalex is a wholly owned Canadian subsidiary of a U.S. company, Indalex Holding Corp. (“Indalex U.S.”). Indalex and its related companies formed a corporate group (the “Indalex Group”) that manufactured aluminum extrusions. The U.S. and Canadian operations were closely linked.

[2] Pour améliorer les chances des retraités de recevoir toutes les prestations auxquelles ils ont droit après la liquidation d’un régime de retraite, le législateur ontarien a pourvu à la protection des cotisations accumulées, mais qui ne sont pas encore dues, à la date de la liquidation, au moyen d’une fiducie réputée grevant certains biens des promoteurs des régimes et qui a préséance sur toutes les autres priorités établies par une loi provinciale (par. 57(4) de la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8 (« LRR »), et par. 30(7) de la *Loi sur les sûretés mobilières*, L.R.O. 1990, ch. P.10 (« LSM »)). Les parties ne s’entendent pas sur la portée de la fiducie réputée. Les dispositions pertinentes et le contexte mènent selon moi à la conclusion qu’elle englobe les cotisations que doit verser l’employeur afin que la caisse de retraite puisse couvrir le passif du régime à la liquidation. En l’espèce, toutefois, la sûreté accordée au créancier ayant prêté des fonds à l’employeur, Indalex Limited (« Indalex »), pendant l’instance en matière d’insolvabilité a priorité sur la fiducie réputée. En outre, bien que l’employeur ait pu se placer en conflit d’intérêts en tant qu’administrateur du régime, en ne donnant pas dûment avis aux participants d’une motion en vue de financer l’exploitation de l’entreprise pendant la restructuration, il n’est pas réaliste de penser que le tribunal chargé d’appliquer la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« LACC »), aurait établi un ordre de priorité différent si les participants avaient été avisés et si le tribunal avait conclu qu’ils étaient des créanciers garantis. Par conséquent, il n’y a pas lieu d’accorder une réparation en equity, telle que la fiducie par interprétation imposée par la Cour d’appel.

### I. Les faits

[3] Indalex est une filiale canadienne en propriété exclusive de la société américaine Indalex Holding Corp. (« Indalex É.-U. »). Indalex et ses sociétés affiliées formaient un groupe (le « Groupe Indalex ») qui fabriquait des extrusions d’aluminium. Les activités des sociétés aux États-Unis et au Canada étaient étroitement liées.

[4] In 2009, a combination of high commodity prices and the economic recession's impact on the end-user market for aluminum extrusions plunged the Indalex Group into insolvency. On March 20, 2009, Indalex U.S. filed for Chapter 11 bankruptcy protection in Delaware. On April 3, 2009, Indalex applied for a stay under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 ("CCAA"), and Morawetz J. granted the stay in an initial order. He also appointed FTI Consulting Canada ULC (the "Monitor") to act as monitor.

[5] At that time, Indalex was the administrator of two registered pension plans. One was for its salaried employees (the "Salaried Plan"), the other for its executives (the "Executive Plan"). Members of the Salaried Plan included seven employees for whom the United Steelworkers ("USW") acted as bargaining agent. The Salaried Plan was in the process of being wound up when the CCAA proceedings began. The effective date of the wind up was December 31, 2006. The Executive Plan had been closed but not wound up. Overall, the deficiencies of the pension plans' funds concern 49 persons (members of the Salaried Plan and the Executive Plan are referred to collectively as the "Plan Members").

[6] Pursuant to the initial order made by Morawetz J. on April 3, 2009, Indalex obtained protection under the CCAA. Both plans faced funding deficiencies when Indalex filed for the CCAA stay. The wind-up deficiency of the Salaried Plan was estimated at \$1.8 million as of December 31, 2008. The funding deficiency of the Executive Plan was estimated at \$3.0 million on a wind-up basis as of January 1, 2008.

[7] From the beginning of the insolvency proceedings, the Indalex Group's reorganization strategy was to sell both Indalex and Indalex U.S. as a going concern while they were under CCAA and Chapter 11 protection. To this end, Indalex and Indalex U.S. sought to enter into a common agreement for debtor-in-possession ("DIP") financing under which the two companies

[4] En 2009, le prix élevé des produits de base et les effets de la récession sur le marché des utilisateurs finaux des extrusions d'aluminium ont entraîné l'insolvabilité du Groupe Indalex. Le 20 mars 2009, Indalex É.-U. s'est placée sous la protection du chapitre 11, au Delaware. Le 3 avril 2009, Indalex a demandé une suspension sous le régime de la LACC. Le même jour, le juge Morawetz a rendu une ordonnance initiale lui accordant cette suspension et il a désigné FTI Consulting Canada ULC (le « contrôleur ») comme contrôleur.

[5] Indalex administrait alors deux régimes de retraite enregistrés, l'un à l'intention des salariés (le « régime des salariés »), et l'autre à l'intention des cadres (le « régime des cadres »). Le régime des salariés comptait sept participants dont l'agent négociateur était le Syndicat des Métallos (le « Syndicat »). Ce régime était en cours de liquidation lorsque les procédures sous le régime de la LACC ont été engagées. La date de prise d'effet de la liquidation était le 31 décembre 2006. Le régime des cadres n'acceptait plus de participant, mais il n'était pas liquidé. En tout, les déficits des caisses de retraite touchent 49 personnes (les participants au régime des salariés et au régime des cadres sont collectivement appelés les « participants »).

[6] L'ordonnance initiale prononcée par le juge Morawetz, le 3 avril 2009, a accordé à Indalex la protection de la LACC. Les deux régimes de retraite accusaient un déficit de capitalisation au moment où Indalex a demandé la suspension des procédures en vertu de la LACC. Le déficit de liquidation du régime des salariés, au 31 décembre 2008, était estimé à 1,8 million de dollars. Quant au régime des cadres, sa sous-capitalisation suivant une approche de liquidation était estimée à 3 millions de dollars au 1<sup>er</sup> janvier 2008.

[7] Dès le début de la procédure d'insolvabilité, la stratégie de réorganisation poursuivie par le Groupe Indalex consistait à vendre Indalex et Indalex É.-U. comme entreprises en exploitation pendant qu'elles jouissaient de la protection de la LACC et du chapitre 11. À cette fin, Indalex et Indalex É.-U. voulaient conclure un accord de financement de débiteur-exploitant (« DE »)



could draw from joint credit facilities and would guarantee each other's liabilities.

[8] Indalex's financial distress threatened the interests of all the Plan Members. If the reorganization failed and Indalex were liquidated under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 ("BIA"), they would not have recovered any of their claims against Indalex for the underfunded pension liabilities, because the priority created by the provincial statute would not be recognized under the federal legislation: *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453. Although the priority was not rendered ineffective by the CCAA, the Plan Members' position was uncertain.

[9] The Indalex Group solicited terms from a variety of possible DIP lenders. In the end, it negotiated an agreement with a syndicate consisting of the pre-filing senior secured creditors. On April 8, 2009, the CCAA court issued an Amended and Restated Initial Order ("Amended Initial Order") authorizing Indalex to borrow US\$24.4 million from the DIP lenders and grant them priority over all other creditors ("DIP charge") in that amount. In his endorsement of the order, Morawetz J. made a finding that Indalex would be unable to achieve a going-concern solution without DIP financing. Such financing was necessary to support Indalex's business until the sale could be completed.

[10] The Plan Members did not participate in the initial proceedings. The initial stay had been granted *ex parte*. The CCAA judge ordered Indalex to serve a copy of the stay order on every creditor owed \$5,000 or more within 10 days of the initial order of April 3. As of April 8, when the motion to amend the initial order was heard, none of the Executive Plan's members had been served with that order; nor did any of them receive notice of the motion to amend it. The USW did receive short notice, but chose not to attend. Morawetz J. authorized Indalex to proceed on the basis of an abridged time for

conjoint aux termes duquel elles pourraient bénéficier de facilités de crédit communes et chaque société garantirait les obligations de l'autre.

[8] Les problèmes financiers d'Indalex menaçaient les intérêts de tous les participants. Si la réorganisation échouait et si Indalex était liquidée en application de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« LFI »), ils ne recouvreraient aucune de leurs créances sur Indalex au titre de la sous-capitalisation des régimes de retraite, parce que la législation fédérale ne permettrait pas que la priorité de rang établie par la loi provinciale soit reconnue : *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453. La LACC ne rendait pas la priorité de rang des participants inopérante, mais leur position était incertaine.

[9] Le Groupe Indalex a demandé des offres à divers prêteurs DE et a fini par conclure une entente avec un consortium composé des créanciers qui bénéficiaient d'une garantie de premier rang avant le début de la procédure. Le 8 avril 2009, le tribunal chargé d'appliquer la LACC a rendu une ordonnance modifiée et reformulée (l'« ordonnance initiale modifiée ») autorisant Indalex à emprunter 24,4 millions de dollars américains aux prêteurs DE et à leur octroyer une priorité pour le même montant sur tous les autres créanciers (la « charge DE »). Dans les motifs qu'il a déposés au soutien de l'ordonnance, le juge Morawetz a conclu qu'Indalex n'aurait pas pu trouver de solution qui assurait la continuité de l'exploitation sans ce financement DE. Celui-ci était nécessaire pour financer les activités de l'entreprise jusqu'à sa vente.

[10] Les participants n'étaient pas parties à la procédure initiale. La suspension initiale avait été accordée *ex parte*. Le juge chargé de l'application de la LACC avait ordonné à Indalex de faire signifier une copie de l'ordonnance de suspension à chaque créancier ayant une créance minimale de 5 000 \$ dans les 10 jours suivant l'ordonnance initiale du 3 avril. Le 8 avril, lors de l'audition de la motion visant la modification de l'ordonnance initiale, aucun des participants au régime des cadres n'avait reçu signification de cette ordonnance ni de l'avis de motion visant sa modification. Le Syndicat

service. The Plan Members were given notice of all subsequent proceedings. None of the Plan Members appealed the Amended Initial Order to contest the DIP charge.

[11] On June 12, 2009, Indalex applied for authorization to increase the DIP loan amount to US\$29.5 million. At the hearing, the Executive Plan's members initially opposed the motion, seeking to reserve their rights. After it was confirmed that the motion was merely to increase the amount of the DIP charge (without changing the terms of the loan), they withdrew their opposition and the court granted the motion.

[12] On April 22, 2009, the court extended the stay of proceedings and approved a marketing process for the sale of Indalex's assets. The Plan Members did not oppose the application to approve the marketing process. Under the approved bidding procedure, the Indalex Group solicited a wide variety of potential buyers.

[13] Indalex received a bid from SAPA Holding AB ("SAPA"). It was for approximately US\$30 million, and SAPA did not assume responsibility for the pension plans' wind-up deficiencies. According to the Monitor's estimate, the liquidation value of Indalex's assets was US\$44.7 million. Indalex brought an application for an order approving a bidding procedure for a competitive auction and deeming SAPA's bid to be a qualifying bid. The Executive Plan's members opposed the application, expressing concern that the pension liabilities would not be assumed. Morawetz J. nevertheless issued the order on July 2, 2009; in it, he approved the bidding procedure for sale, noting that the Executive Plan's members could raise their objections at the time of approval of the final bid.

a reçu un préavis écourté, mais a décidé de ne pas se présenter. Le juge Morawetz a autorisé Indalex à procéder même si le délai de signification avait été écourté. Les participants ont reçu avis de toutes les procédures subséquentes. Aucun des participants n'a interjeté appel de l'ordonnance initiale modifiée pour contester la charge DE.

[11] Le 12 juin 2009, Indalex a demandé l'autorisation de porter l'emprunt DE à 29,5 millions de dollars américains. À l'audience, les participants au régime des cadres se sont d'abord opposés à la motion en demandant que leurs droits soient réservés. Après confirmation que la motion avait pour unique but d'augmenter le montant de la charge DE (sans modifier les modalités du prêt), ils ont retiré leur opposition et le tribunal a accueilli la motion.

[12] Le 22 avril 2009, le tribunal a prorogé la suspension et approuvé un processus de mise en vente de l'actif d'Indalex. Les participants ne se sont pas opposés à la demande d'approbation du processus de mise en vente. Conformément au processus approuvé de vente par soumission, le Groupe Indalex a sollicité un vaste éventail d'acheteurs potentiels.

[13] Indalex a reçu une soumission de SAPA Holding AB (« SAPA »). Cette soumission s'élevait à environ 30 millions de dollars américains et SAPA ne prenait pas en charge les déficits de liquidation des régimes de retraite. Le contrôleur estimait la valeur de liquidation de l'actif d'Indalex à 44,7 millions de dollars américains. Indalex a demandé une ordonnance approuvant un processus de soumission pour adjudication sur offres concurrentes et déclarant que la soumission de SAPA était réputée acceptable. Les participants au régime des cadres ont contesté cette demande parce qu'ils s'inquiétaient du fait que le passif du régime de retraite ne serait pas pris en charge. Le 2 juillet 2009, le juge Morawetz a néanmoins rendu une ordonnance approuvant le processus de mise en vente par soumission, en soulignant que les participants au régime des cadres pourraient faire valoir leurs objections au moment de l'homologation de la soumission définitive.

[14] The bidding procedure did not trigger any competing bids. On July 20, 2009, Indalex and Indalex U.S. brought motions before their respective courts to approve the sale of substantially all their assets under the terms of SAPA's bid. Indalex also moved for approval of an interim distribution of the sale proceeds to the DIP lenders. The Plan Members opposed Indalex's motion. First, they argued that it was estimated that a forced liquidation would produce greater proceeds than SAPA's bid. Second, they contended that their claims had priority over that of the DIP lenders because the unfunded pension liabilities were subject to a statutory deemed trust under the *PBA*. They also contended that Indalex had breached its fiduciary obligations by failing to meet its obligations as a plan administrator throughout the insolvency proceedings.

[15] The court dismissed the Plan Members' first objection, holding that there was no evidence supporting the argument that a forced liquidation would be more beneficial to suppliers, customers and the 950 employees. It approved the sale on July 20, 2009. The order in which it did so directed the Monitor to make a distribution to the DIP lenders. With respect to the second objection, however, Campbell J. ordered the Monitor to hold a reserve in an amount to be determined by the Monitor, leaving the Plan Members' arguments based on their right to the proceeds of the sale open for determination at a later date.

[16] The sale to SAPA closed on July 31, 2009. The Monitor collected \$30.9 million in proceeds. It distributed US\$17 million to the DIP lenders, paid certain fees, withheld a portion to cover various costs and retained \$6.75 million in reserve pending determination of the Plan Members' rights. At the closing, Indalex owed US\$27 million to the DIP lenders. The payment of US\$17 million left a US\$10 million shortfall in the amount owed to these lenders. The DIP lenders called on Indalex U.S. to cover this shortfall under the guarantee

[14] Le processus de mise en vente par soumission n'a pas permis d'obtenir des soumissions concurrentes. Le 20 juillet 2009, Indalex et Indalex É.-U. ont chacune demandé au tribunal dont elles relevaient d'approuver la vente d'essentiellement tous leurs éléments d'actif aux conditions stipulées dans l'offre de SAPA. Indalex a également demandé l'approbation d'une distribution provisoire du produit de la vente aux prêteurs DE. Les participants ont contesté la motion d'Indalex. Ils ont fait valoir, premièrement, que le produit estimatif d'une liquidation forcée serait supérieur à l'offre de SAPA et, deuxièmement, que leur créance avait priorité sur celles des prêteurs DE, parce que le passif non capitalisé au titre des pensions était protégé par une fiducie réputée en vertu de la *LRR*. Ils ont aussi soutenu qu'Indalex avait manqué à ses obligations fiduciaires en ne s'acquittant pas des obligations qui lui incombaient en qualité d'administrateur des régimes de retraite du début à la fin des procédures en matière d'insolvabilité.

[15] Le tribunal a écarté la première objection des participants, estimant qu'aucun élément de preuve n'étayait leur prétention que la liquidation forcée serait plus avantageuse pour les fournisseurs, les clients et les 950 employés. Il a approuvé la vente le 20 juillet 2009. Cette ordonnance donnait instruction au contrôleur de procéder à une distribution aux prêteurs DE. Au sujet de la deuxième objection, toutefois, le juge Campbell a ordonné au contrôleur de retenir un fonds de réserve dont le contrôleur déterminerait lui-même le montant, réservant pour plus tard l'examen de l'argumentation des participants fondée sur leur droit au produit de la vente.

[16] La vente à SAPA s'est conclue le 31 juillet 2009, et le contrôleur a recueilli 30,9 millions de dollars comme produit de la vente. Il a distribué 17 millions de dollars américains aux prêteurs DE, acquitté certains frais, retenu des fonds pour couvrir diverses dépenses et réservé 6,75 millions de dollars en attendant la décision relative aux droits des participants. À la date de la vente, Indalex devait 27 millions de dollars américains aux prêteurs DE, de sorte qu'une créance de 10 millions de dollars américains subsistait après le versement des

contained in the DIP lending agreement. Indalex U.S. paid the amount of the shortfall. Since Indalex U.S. was, as a term of the guarantee, subrogated to the DIP lenders' priority, it became the highest ranking creditor of Indalex, with a claim for US\$10 million.

[17] Following the sale of Indalex's assets, its directors resigned. Indalex U.S., a part of Indalex Group, took over the management of Indalex, whose assets were limited to the sale proceeds held by the Monitor. A Unanimous Shareholder Declaration was executed on August 12, 2009; in it, Mr. Keith Cooper was appointed to manage Indalex's affairs. Mr. Cooper was an employee of FTI Consulting Inc.

[18] In accordance with the right reserved by the court on July 20, 2009, the Plan Members brought motions on August 28, 2009 for a declaration that a deemed trust equal in amount to the unfunded pension liability was enforceable against the proceeds of the sale. They contended that they had priority over the secured creditors pursuant to s. 57(4) of the *PBA* and s. 30(7) of the *PPSA*. Indalex, in turn, brought a motion for an assignment in bankruptcy to secure the priority regime it argued for in opposing the Plan Members' motions.

[19] On October 14, 2009, while judgment was pending, Indalex U.S. converted the Chapter 11 restructuring proceeding in the U.S. into a Chapter 7 liquidation proceeding. On November 5, 2009, the Superintendent of Financial Services ("Superintendent") appointed the actuarial firm of Morneau Sobeco Limited Partnership ("Morneau") to replace Indalex as administrator of the plans.

[20] On February 18, 2010, Campbell J. dismissed the Plan Members' motions, concluding that the deemed trust did not apply to the wind-up deficiencies, because the associated payments were not "due" or "accruing due" as of the date of the wind up. He found that the Executive Plan did

17 millions. Se prévalant de la garantie consentie dans l'accord de financement DE, les prêteurs DE ont demandé à Indalex É.-U. de payer la différence, ce qu'elle a fait. Comme la garantie prévoyait la subrogation d'Indalex É.-U. aux droits de priorité des prêteurs DE, Indalex É.-U. est devenue créancière de premier rang d'Indalex pour la somme de 10 millions de dollars américains.

[17] Le conseil d'administration d'Indalex a démissionné après la vente de l'actif de la société. Indalex É.-U., qui faisait partie du Groupe Indalex, a repris la gestion d'Indalex, dont l'actif se limitait au produit de la vente détenu par le contrôleur. Une convention unanime d'actionnaires nommant M. Keith Cooper comme gestionnaire des affaires d'Indalex a été signée le 12 août 2009. M. Cooper était un employé de FTI Consulting Inc.

[18] Les participants ont exercé le droit que leur avait réservé le tribunal le 20 juillet 2009 et ont présenté des motions, le 28 août 2009, en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que le produit de la vente était grevé d'une fiducie réputée d'un montant équivalent au passif non capitalisé au titre des pensions. Ils ont soutenu que les par. 57(4) de la *LRR* et 30(7) de la *LSM* leur donnaient préséance sur les créanciers garantis. Indalex a présenté une motion pour faire cession de ses biens en faillite afin de bénéficier de la priorité de rang qu'elle invoquait pour contester les motions des participants.

[19] Le 14 octobre 2009, avant le prononcé du jugement, Indalex É.-U. a transformé l'instance en réorganisation fondée sur le chapitre 11 en instance en liquidation fondée sur le chapitre 7. Le 5 novembre 2009, le surintendant des services financiers (le « surintendant ») a nommé le cabinet d'actuaire Morneau Sobeco, société en commandite (« Morneau »), pour remplacer Indalex comme administrateur des régimes.

[20] Le 18 février 2010, le juge Campbell a rejeté les motions des participants, concluant que la fiducie réputée ne s'appliquait pas aux déficits de liquidation parce que les paiements afférents n'étaient pas [TRADUCTION] « échus » ou « à échoir » à la date de la liquidation. Selon lui, le régime de

not have a wind-up deficiency, since it had not yet been wound up. He thus found it unnecessary to rule on Indalex's motion for an assignment in bankruptcy (2010 ONSC 1114, 79 C.C.P.B. 301). The Plan Members appealed the dismissal of their motions.

[21] The Ontario Court of Appeal allowed the Plan Members' appeals. It found that the deemed trust created by s. 57(4) of the *PBA* applies to all amounts due with respect to plan wind-up deficiencies. Although the court noted that it was likely that no deemed trust existed for the Executive Plan on the plain meaning of the provision, it declined to address this question, because it found that the Executive Plan's members had a claim arising from Indalex's breach of its fiduciary obligations in failing to adequately protect the Plan Members' interests (2011 ONCA 265, 104 O.R. (3d) 641).

[22] The Court of Appeal concluded that a constructive trust was an appropriate remedy for Indalex's breach of its fiduciary obligations. The court was of the view that this remedy did not harm the DIP lenders, but affected only Indalex U.S. It imposed a constructive trust over the reserved fund in favour of the Plan Members. Turning to the question of distribution, it also found that the deemed trust had priority over the DIP charge because the issue of federal paramountcy had not been raised when the Amended Initial Order was issued, and that Indalex had stated that it intended to comply with any deemed trust requirements. The Court of Appeal found that there was nothing in the record to suggest that not applying the paramountcy doctrine would frustrate Indalex's ability to restructure.

[23] The Court of Appeal ordered the Monitor to make a distribution from the reserve fund in order to pay the amount of each plan's deficiency. It also issued a costs endorsement that approved payment of the costs of the Executive Plan's members from that plan's fund, but declined to order the payment of costs to the USW from the fund of the Salaried Plan (2011 ONCA 578, 81 C.B.R. (5th) 165).

retraite des cadres n'étant pas encore liquidé, on ne pouvait parler de déficit de liquidation. Il était donc inutile de statuer sur la motion d'Indalex visant à faire cession de ses biens (2010 ONSC 1114, 79 C.C.P.B. 301). Les participants ont interjeté appel du rejet de leurs motions.

[21] La Cour d'appel de l'Ontario a accueilli les appels des participants, estimant que la fiducie réputée créée au par. 57(4) de la *LRR* s'appliquait à toutes les sommes dues au titre des déficits de liquidation des régimes. Signalant que, selon le sens ordinaire de cette disposition, aucune fiducie réputée ne s'appliquerait au régime des cadres, elle a néanmoins refusé de trancher la question parce que les participants à ce régime pouvaient faire valoir une réclamation contre Indalex pour manquement à son obligation fiduciaire de protéger adéquatement leurs intérêts (2011 ONCA 265, 104 O.R. (3d) 641).

[22] La Cour d'appel a jugé qu'une fiducie par interprétation était une réparation appropriée pour le manquement d'Indalex à ses obligations fiduciaires. Selon elle, cette réparation ne causait pas préjudice aux prêteurs DE et n'avait d'effet que sur Indalex É.-U. Elle a donc imposé une fiducie par interprétation grevant le fonds de réserve au profit des participants. Au sujet de la distribution, elle a aussi jugé que la fiducie réputée avait priorité sur la charge DE parce que la question de la prépondérance fédérale n'avait pas été invoquée lorsque l'ordonnance initiale modifiée avait été rendue et qu'Indalex avait déclaré qu'elle allait se conformer à toutes les exigences d'une fiducie réputée. Elle a conclu que rien au dossier n'indiquait que le fait de ne pas appliquer la doctrine de la prépondérance fédérale compromettrait la capacité de restructuration d'Indalex.

[23] La Cour d'appel a ordonné au contrôleur de combler le déficit de chacun des deux régimes par prélèvement sur le fonds de réserve. Dans sa décision relative à l'adjudication des dépens, elle a également approuvé le paiement des dépens des participants au régime des cadres sur leur caisse de retraite, mais elle a refusé d'ordonner que les dépens du Syndicat soient acquittés sur la caisse de retraite du régime des salariés (2011 ONCA 578, 81 C.B.R. (5th) 165).

[24] The Monitor, together with Sun Indalex, a secured creditor of Indalex U.S., and George L. Miller, Indalex U.S.'s trustee in bankruptcy, appeals the Court of Appeal's order. Both the Superintendent and Morneau support the Plan Members' position as respondents. A number of stakeholders are also participating in the appeals to this Court. In addition, USW appeals the costs endorsement. As I agree with my colleague Cromwell J. on the appeal from the costs endorsement, I will not deal with it in these reasons.

## II. Issues

[25] The appeals raise four issues:

1. Does the deemed trust provided for in s. 57(4) of the *PBA* apply to wind-up deficiencies?
2. If so, does the deemed trust supersede the DIP charge?
3. Did Indalex have any fiduciary obligations to the Plan Members when making decisions in the context of the insolvency proceedings?
4. Did the Court of Appeal properly exercise its discretion in imposing a constructive trust to remedy the breaches of fiduciary duties?

## III. Analysis

### A. *Does the Deemed Trust Provided for in Section 57(4) of the PBA Apply to Wind-up Deficiencies?*

[26] The first issue is whether the statutory deemed trust provided for in s. 57(4) of the *PBA* extends to wind-up deficiencies. This question is one of statutory interpretation, which requires examination of both the wording and context of the relevant provisions of the *PBA*. Section 57(4) of the *PBA* affords protection to members of a pension plan with respect to their employer's contributions upon wind up of the plan. The provision reads:

[24] Le contrôleur, ainsi que Sun Indalex, créancière garantie d'Indalex É.-U., et George L. Miller, syndic de faillite d'Indalex É.-U., interjettent tous trois appel de l'ordonnance de la Cour d'appel. Le surintendant et Morneau appuient la position des participants en tant qu'intimés au pourvoi. D'autres intéressés prennent également part aux pourvois devant notre Cour. Le Syndicat se pourvoit en outre contre l'adjudication des dépens, mais je n'aborderai pas cette question, car je partage l'opinion du juge Cromwell à ce sujet.

## II. Les questions en litige

[25] Les pourvois soulèvent quatre questions :

1. La fiducie réputée établie par le par. 57(4) de la *LRR* s'applique-t-elle aux déficits de liquidation?
2. Le cas échéant, cette fiducie réputée a-t-elle préséance sur la charge DE?
3. Indalex avait-elle des obligations fiduciaires envers les participants en ce qui concerne les décisions prises dans le contexte des procédures en matière d'insolvabilité?
4. La Cour d'appel a-t-elle exercé son pouvoir discrétionnaire correctement en imposant une fiducie par interprétation à titre de réparation pour les manquements aux obligations fiduciaires?

## III. Analyse

### A. *La fiducie réputée établie par le par. 57(4) de la LRR s'applique-t-elle aux déficits de liquidation?*

[26] Il faut d'abord déterminer si la fiducie réputée établie au par. 57(4) de la *LRR* s'applique aux déficits de liquidation. Il s'agit d'une question d'interprétation législative qui exige l'examen du texte et du contexte des dispositions pertinentes de la *LRR*. Le paragraphe 57(4) de la *LRR* accorde aux participants à un régime de retraite une protection applicable aux cotisations de leur employeur en cas de liquidation du régime :

57. . . .

(4) Where a pension plan is wound up in whole or in part, an employer who is required to pay contributions to the pension fund shall be deemed to hold in trust for the beneficiaries of the pension plan an amount of money equal to employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations.

[27] The most obvious interpretation is that where a plan is wound up, this provision protects all contributions that have accrued but are not yet due. The words used appear to include the contribution the employer is to make where a plan being wound up is in a deficit position. This quite straightforward interpretation, which is consistent with both the historical broadening of the protection and the remedial purpose of the provision, is being challenged on the basis of a narrow definition of the word “accrued”. I do not find that this argument justifies limiting the protection afforded to plan members by the Ontario legislature.

[28] The *PBA* sets out the rules for the operation of funded contributory defined benefit pension plans in Ontario. In an ongoing plan, an employer must pay into a fund all contributions it withholds from its employees’ salaries. In addition, while the plan is ongoing, the employer must make two kinds of payments. One relates to current service contributions — the employer’s own regular contributions to the pension fund as required by the plan. The other ensures that the fund is sufficient to meet the plan’s liabilities. The employees’ interest in having the contributions made while the plan is ongoing is protected by a deemed trust provided for in s. 57(3) of the *PBA*.

[29] The *PBA* also establishes a comprehensive scheme for winding up a pension plan. Section 75(1)(a) imposes on the employer the obligation to “pay” an amount equal to the total of all “payments” that are due or that have accrued and have not been paid into the fund. In addition, s. 75(1)(b) sets out a formula for calculating the amount that must be

57. . . .

(4) Si un régime de retraite est liquidé en totalité ou en partie, l’employeur qui est tenu de cotiser à la caisse de retraite est réputé détenir en fiducie pour le compte des bénéficiaires du régime de retraite un montant égal aux cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements.

[27] Selon l’interprétation la plus évidente, toutes les cotisations accumulées, mais non encore dues, lorsqu’un régime est liquidé sont protégées. Ce libellé semble inclure les cotisations qu’un employeur est tenu de verser lorsque la caisse de retraite est déficitaire au moment de la liquidation. Pour contester cette interprétation plutôt simple, qui concorde à la fois avec l’élargissement constant de la protection accordée au fil du temps et avec l’objectif réparateur de cette disposition, on invoque une définition étroite du mot « accumulé ». À mon avis, cet argument ne justifie pas la restriction de la protection accordée aux participants par le législateur ontarien.

[28] La *LRR* énonce les règles de fonctionnement des régimes de retraite contributifs capitalisés à prestations déterminées en Ontario. Pendant toute la durée d’un régime, l’employeur doit verser à la caisse de retraite toutes les cotisations qu’il retient sur la rémunération des employés. Tant que le régime demeure en vigueur, il est en outre tenu à deux types de paiements. L’un se rapporte aux cotisations pour service courant — les cotisations que l’employeur doit verser régulièrement à la caisse de retraite suivant les modalités du régime — et l’autre, au maintien d’une caisse de retraite suffisante pour couvrir le passif au titre des pensions. Le droit des employés au versement des cotisations pendant que le régime est en vigueur est protégé par la fiducie réputée instituée au par. 57(3) de la *LRR*.

[29] La *LRR* établit également un régime complet régissant la liquidation d’un régime de retraite. L’alinéa 75(1)a oblige l’employeur à « verse[r] » un montant égal au total de tous les « paiements » dus ou accumulés qui n’ont pas été versés dans la caisse de retraite, et l’al. 75(1)b établit la formule servant à calculer le montant du paiement

paid to ensure that the fund is sufficient to cover all liabilities upon wind up. Within six months after the effective date of the wind up, the plan administrator must file a wind-up report that lists the plan's assets and liabilities as of the date of the wind up. If the wind-up report shows an actuarial deficit, the employer must make wind-up deficiency payments. Consequently, s. 75(1)(a) and (b) jointly determine the amount of the contributions owed when a plan is wound up.

[30] It is common ground that the contributions provided for in s. 75(1)(a) are covered by the wind-up deemed trust. The only question is whether it also applies to the deficiency payments required by s. 75(1)(b). I would answer this question in the affirmative in view of the provision's wording, context and purpose.

[31] It is readily apparent that the wind-up deemed trust provision (s. 57(4) *PBA*) does not place an express limit on the "employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due", and I find no reason to exclude contributions paid under s. 75(1)(b). Section 75(1)(a) explicitly refers to "an amount equal to the total of all payments" that have *accrued*, even those that were not yet due as of the date of the wind up, whereas s. 75(1)(b) contemplates an "amount" that is calculated on the basis of the value of assets and of liabilities that have *accrued* when the plan is wound up. Section 75(1) reads as follows:

**75.** (1) Where a pension plan is wound up, the employer shall pay into the pension fund,

- (a) an amount equal to the total of all payments that, under this Act, the regulations and the pension plan, are due or that have accrued and that have not been paid into the pension fund; and
- (b) an amount equal to the amount by which,
  - (i) the value of the pension benefits under the pension plan that would be guaranteed by the Guarantee Fund under this Act and the regulations if the Superintendent declares

à effectuer pour que la caisse de retraite puisse couvrir la totalité du passif à la liquidation. Dans les six mois suivant la date de prise d'effet de la liquidation, l'administrateur du régime doit déposer un rapport de liquidation faisant état de l'actif et du passif du régime à la date de la liquidation. Si le rapport révèle l'existence d'un déficit actuariel, l'employeur doit effectuer des paiements au titre du déficit de liquidation. Par conséquent, les al. 75(1)(a) et b) établissent le montant des cotisations dues lors de la liquidation d'un régime.

[30] Il est bien établi que la fiducie réputée en cas de liquidation s'applique aux cotisations visées à l'al. 75(1)(a). La seule question à trancher est de savoir si elle s'applique aussi aux paiements au titre du déficit exigés par l'al. 75(1)(b). J'y répondrais par l'affirmative, compte tenu du texte, du contexte et de l'objet de cette disposition.

[31] Il est évident que le par. 57(4) de la *LRR* qui crée la fiducie réputée en cas de liquidation ne comporte aucune limite expresse aux « cotisations de l'employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues » et je ne vois rien qui justifie d'exclure les cotisations prévues à l'al. 75(1)(b). L'alinéa 75(1)(a) prévoit expressément que l'employeur verse « un montant égal au total de tous les paiements » *accumulés*, même s'ils ne sont pas encore dus à la date de la liquidation, tandis que l'al. 75(1)(b) parle d'un « montant » calculé à partir de la valeur de l'actif et du passif *accumulés*, lorsque le régime est liquidé. Voici le texte du par. 75(1) :

**75.** (1) Si un régime de retraite est liquidé, l'employeur verse à la caisse de retraite :

- a) d'une part, un montant égal au total de tous les paiements qui, en vertu de la présente loi, des règlements et du régime de retraite, sont dus ou accumulés, et qui n'ont pas été versés à la caisse de retraite;
- b) d'autre part, un montant égal au montant dont :
  - (i) la valeur des prestations de retraite aux termes du régime de retraite qui seraient garanties par le Fonds de garantie en vertu de la présente loi et des règlements si le



that the Guarantee Fund applies to the pension plan,

- (ii) the value of the pension benefits accrued with respect to employment in Ontario vested under the pension plan, and
- (iii) the value of benefits accrued with respect to employment in Ontario resulting from the application of subsection 39 (3) (50 per cent rule) and section 74,

exceed the value of the assets of the pension fund allocated as prescribed for payment of pension benefits accrued with respect to employment in Ontario.

[32] Since both the amount with respect to payments (s. 75(1)(a)) and the one ascertained by subtracting the assets from the liabilities accrued as of the date of the wind up (s. 75(1)(b)) are to be paid upon wind up as employer contributions, they are both included in the ordinary meaning of the words of s. 57(4) of the *PBA*: “. . . amount of money equal to employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations”. As I mentioned above, this reasoning is challenged in respect of s. 75(1)(b), not of s. 75(1)(a).

[33] The appellant Sun Indalex argues that since the deficiency is not finally quantified until well after the effective date of the wind up, the liability of the employer cannot be said to have accrued. The Monitor adds that the payments the employer must make to satisfy its wind-up obligations may change over the five-year period within which s. 31 of the *PBA* Regulations, R.R.O. 1990, Reg. 909, requires that they be made. These parties illustrate their argument by referring to what occurred to the Salaried Plan’s fund in the case at bar. In 2007-8, Indalex paid down the vast majority of the \$1.6 million wind-up deficiency associated with the Salaried Plan as estimated in 2006. By the end of 2008, however, this deficiency had risen back up to \$1.8 million as a result of a decline in the fund’s asset value. According to this argument, the amount could not have accrued as of the date of the wind up, because it could not be calculated with certainty.

surintendant déclare que le Fonds de garantie s’applique au régime de retraite,

- (ii) la valeur des prestations de retraite accumulées à l’égard de l’emploi en Ontario et acquises aux termes du régime de retraite,
- (iii) la valeur des prestations accumulées à l’égard de l’emploi en Ontario et qui résultent de l’application du paragraphe 39 (3) (règle des 50 pour cent) et de l’article 74,

dépasse la valeur de l’actif de la caisse de retraite attribué, comme cela est prescrit, pour le paiement de prestations de retraite accumulées à l’égard de l’emploi en Ontario.

[32] Puisque le montant des paiements (al. 75(1)a)) et le montant établi en soustrayant l’actif du passif accumulé à la date de la liquidation (al. 75(1)b)) doivent tous les deux être versés à la liquidation à titre de cotisations de l’employeur, ils entrent tous les deux dans le sens ordinaire des mots employés au par. 57(4) de la *LRR* : « . . . montant égal aux cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements ». Comme je l’ai mentionné, ce raisonnement est contesté en ce qui concerne l’al. 75(1)b), mais non l’al. 75(1)a).

[33] L’appelante Sun Indalex avance que, puisque le montant définitif du déficit n’est établi que longtemps après la date de prise d’effet de la liquidation, on ne peut parler de passif accumulé relativement à cette obligation de l’employeur. Le contrôleur souligne en outre que les paiements qu’un employeur doit effectuer pour honorer ses obligations à la liquidation peuvent changer au cours des cinq ans sur lesquels ils peuvent s’échelonner aux termes de l’art. 31 du règlement général pris en application de la *LRR*, R.R.O. 1990, règl. 909. Pour illustrer leur argument, ces parties donnent l’exemple de ce qui s’est produit dans le cas du régime des salariés. En 2007-8, Indalex a comblé la majeure partie du déficit du régime des salariés, qui était estimé à 1,6 million de dollars en 2006. Toutefois, à la fin de 2008, la diminution de la valeur de l’actif de la caisse de retraite avait fait remonter le déficit de liquidation à 1,8 million de dollars. Selon cet argument, il ne peut s’agir d’un montant accumulé à la date de la liquidation, parce qu’il ne pouvait pas être établi avec certitude.

[34] Unlike my colleague Cromwell J., I find this argument unconvincing. I instead agree with the Court of Appeal on this point. The wind-up deemed trust concerns “employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations”. Since the employees cease to accumulate entitlements when the plan is wound up, the entitlements that are used to calculate the contributions have all been accumulated before the wind-up date. Thus the liabilities of the employer are complete — have accrued — before the wind up. The distinction between my approach and the one Cromwell J. takes is that he requires that it be possible to perform the calculation before the date of the wind up, whereas I am of the view that the time when the calculation is actually made is not relevant as long as the liabilities are assessed as of the date of the wind up. The date at which the liabilities are *reported* or the employer’s *option* to spread its contributions as allowed by the regulations does not change the legal nature of the contributions.

[35] In *Hydro-Electric Power Commission of Ontario v. Albright* (1922), 64 S.C.R. 306, Duff J. considered the meaning of the word “accrued” in interpreting the scope of a covenant. He found that

the word “accrued” according to well recognized usage has, as applied to rights or liabilities the meaning simply of completely constituted — and it may have this meaning although it appears from the context that the right completely constituted or the liability completely constituted is one which is only exercisable or enforceable *in futuro* — a debt for example which is *debitum in praesenti solvendum in futuro*. [Emphasis added; pp. 312-13.]

[36] Thus, a contribution has “accrued” when the liabilities are completely constituted, even if the payment itself will not fall due until a later date. If this principle is applied to the facts of this case, the liabilities related to contributions to the fund allocated for payment of the pension benefits contemplated in s. 75(1)(b) are completely

[34] Contrairement à mon collègue le juge Cromwell, j’estime que cet argument n’est pas convaincant. Je souscris plutôt à l’opinion de la Cour d’appel sur ce point. La fiducie réputée s’applique aux « cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements ». Puisque les employés cessent d’accumuler des droits lorsque le régime est liquidé, les droits qui servent au calcul des cotisations ont tous été accumulés avant la date de la liquidation. Par conséquent, le passif correspondant aux obligations de l’employeur existe en entier — est accumulé — avant la liquidation. La différence entre le raisonnement que j’applique et celui du juge Cromwell réside dans le fait que le sien exige que le calcul puisse s’établir avant la date de la liquidation, tandis que je suis d’avis que la date où s’effectue le calcul est sans importance du moment que le passif est évalué à la date de la liquidation. Ni la date à laquelle le passif est *déclaré* ni l’*option* de l’employeur d’étaler ses cotisations comme le permet le règlement ne changent la nature juridique des cotisations.

[35] Dans *Hydro-Electric Power Commission of Ontario c. Albright* (1922), 64 R.C.S. 306, le juge Duff a examiné le sens du mot « *accrued* », l’équivalent anglais du mot « *accumulé* », pour interpréter la portée d’un covenant et il a tiré la conclusion suivante :

[TRADUCTION] . . . suivant l’usage établi, le mot « accumulé », appliqué à un droit ou une obligation, signifie simplement entièrement constitué — et il peut avoir ce sens bien que le contexte indique que l’exercice de ce droit entièrement constitué ou l’exécution forcée de cette obligation entièrement constituée ne seront possibles que dans l’avenir — une dette, par exemple, qui est *debitum in praesenti solvendum in futuro*. [Je souligne; p. 312-313.]

[36] Ainsi, une cotisation est « *accumulée* » lorsque le passif est entièrement constitué, même si le paiement lui-même ne devient exigible que plus tard. Cela signifie en l’espèce que le passif au titre des cotisations à la caisse destinée au paiement des prestations de retraite visées à l’al. 75(1)(b) est entièrement constitué lorsque la liquidation

constituted at the time of the wind up, because no pension entitlements arise after that date. In other words, no new liabilities accrued at the time of or after the wind up. Even the portion of the contributions that is related to the elections plan members may make upon wind up has “accrued to the date of the wind up”, because it is based on rights employees earned before the wind-up date.

[37] The fact that the precise amount of the contribution is not determined as of the time of the wind up does not make it a contingent contribution that cannot have accrued for accounting purposes (*Canadian Pacific Ltd. v. M.N.R.* (1998), 41 O.R. (3d) 606 (C.A.), at p. 621). The use of the word “accrued” does not limit liabilities to amounts that can be determined with precision. As a result, the words “contributions accrued” can encompass the contributions mandated by s. 75(1)(b) of the *PBA*.

[38] The legislative history supports my conclusion that wind-up deficiency contributions are protected by the deemed trust provision. The Ontario legislature has consistently expanded the protection afforded in respect of pension plan contributions. I cannot therefore accept an interpretation that would represent a drawback from the protection extended to employees. I will not reproduce the relevant provisions, since my colleague Cromwell J. quotes them.

[39] The original statute provided solely for the employer’s obligation to pay all amounts required to be paid to meet the test for solvency (*The Pension Benefits Act, 1965*, S.O. 1965, c. 96, s. 22(2)), but the legislature subsequently afforded employees the protection of a deemed trust on the employer’s assets in an amount equal to the sums withheld from employees as contributions and sums due from the employer as service contributions (s. 23a, added by *The Pension Benefits Amendment Act, 1973*, S.O. 1973, c. 113, s. 6). In a later version, it protected not only contributions that were due, but also those that had accrued, with the amounts being calculated as if the plan had been wound up (*The Pension Benefits Amendment Act, 1980*, S.O. 1980, c. 80).

a lieu, parce qu’aucun droit au titre de la pension ne prend naissance après cette date. Autrement dit, aucun passif ne s’accumule pendant ni après la liquidation. Même la portion des cotisations afférente aux options que les participants peuvent exercer lorsqu’il y a liquidation est « accumulé[e] à la date de la liquidation » parce qu’elle est fondée sur des droits que les employés ont acquis avant la date de la liquidation.

[37] Le fait que le montant précis des cotisations n’est pas établi au moment de la liquidation ne confère pas aux cotisations un caractère éventuel qui ferait en sorte qu’elles ne seraient pas accumulées d’un point de vue comptable (*Canadian Pacific Ltd. c. M.N.R.* (1998), 41 O.R. (3d) 606 (C.A.), p. 621). L’emploi du mot « accumulé » ne limite pas le passif aux seuls montants qui peuvent être établis avec précision. On peut donc considérer que le passif « accumulé » englobe les cotisations exigées à l’al. 75(1)(b) de la *LRR*.

[38] L’historique législatif étaye ma conclusion que la disposition établissant une fiducie réputée en cas de liquidation s’applique aux cotisations au titre du déficit de liquidation. Le législateur ontarien a systématiquement élargi la protection applicable aux cotisations aux régimes de retraite. Je ne puis donc retenir une interprétation qui ferait régresser la protection accordée aux employés. Mon collègue le juge Cromwell ayant cité les dispositions législatives pertinentes, je ne les reproduirai pas ici.

[39] La loi initiale obligeait seulement l’employeur à effectuer les paiements nécessaires pour établir la solvabilité selon la norme applicable (*The Pension Benefits Act, 1965*, S.O. 1965, ch. 96, par. 22(2)), mais le législateur a par la suite protégé les employés au moyen d’une fiducie réputée grevant les biens de l’employeur d’un montant égal aux sommes retenues en tant que cotisations des employés et aux sommes dues par l’employeur (al. 23a, ajouté par *The Pension Benefits Amendment Act, 1973*, S.O. 1973, ch. 113, art. 6). Dans une version subséquente, ce ne furent pas que les cotisations exigibles, mais également celles qui étaient accumulées qui ont été protégées, et le calcul s’effectuait comme s’il y avait liquidation (*The Pension Benefits Amendment Act, 1980*, S.O. 1980, ch. 80).

[40] Whereas *all* employer contributions were originally covered by a single provision, the legislature crafted a separate provision in 1980 that specifically imposed on the employer the obligation to fund the wind-up deficiency. At the time, it was clear from the words used in the provision that the amount related to the wind-up deficiency was excluded from the deemed trust protection (*The Pension Benefits Amendment Act, 1980*). In 1983, the legislature made a distinction between the deemed trust for ongoing employer contributions and the one for certain payments to be made upon wind up (ss. 23(4)(a) and 23(4)(b), added by *Pension Benefits Amendment Act, 1983*, S.O. 1983, c. 2, s. 3). In that version, the wind-up deficiency payments were still excluded from the deemed trust. However, the legislature once again made changes to the protection in 1987. The 1987 version is, in substance, the one that applies in the case at bar. In the *Pension Benefits Act, 1987*, S.O. 1987, c. 35, a specific wind-up deemed trust was maintained, but the wind-up deficiency payments were no longer excluded from it, because the limitation that had been imposed until then with respect to payments that were due or had accrued while the plan was ongoing had been eliminated. My comments to the effect that the previous versions excluded the wind-up deficiency payments do not therefore apply to the 1987 statute, since it was materially different.

[41] Whereas it is clear from the 1983 amendments that the deemed trust provided for in s. 23(4)(b) was intended to include only current service costs and special payments, this is less clear from the subsequent versions of the *PBA*. To give meaning to the 1987 amendment, I have to conclude that the words refer to a deemed trust in respect of *all* “employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations”.

[42] The employer’s liability upon wind up is now set out in a single section which elegantly parallels the wind-up deemed trust provision. It can be seen from the legislative history that the protection has expanded from (1) only the service contributions

[40] Alors que *toutes* les cotisations de l’employeur étaient au départ régies par une seule disposition, le législateur a édicté, en 1980, une disposition distincte imposant expressément à l’employeur une obligation de capitalisation du déficit de liquidation. Il ressortait alors du libellé employé que le montant relatif au déficit à la liquidation était exclu de la protection conférée par la fiducie réputée (*The Pension Benefits Amendment Act, 1980*). En 1983, le législateur a établi une distinction entre la fiducie réputée applicable aux cotisations de l’employeur lorsque le régime est en vigueur et celle applicable à certains paiements en cas de liquidation du régime (al. 23(4)a) et 23(4)b), ajoutés par la *Pension Benefits Amendment Act, 1983*, S.O. 1983, ch. 2, art. 3). Dans cette version, les paiements au titre du déficit de liquidation étaient toujours exclus de la fiducie réputée. En 1987, toutefois, le législateur a modifié encore une fois la protection, et c’est cette version qui régit, pour l’essentiel, la présente espèce. La *Loi de 1987 sur les régimes de retraite*, L.O. 1987, ch. 35, crée toujours une fiducie réputée distincte en cas de liquidation, mais cette fiducie n’exclut plus les paiements au titre du déficit parce que la limitation imposée jusqu’alors concernant les paiements dus ou accumulés pendant l’existence du régime a été abolie. Mes commentaires selon lesquels le libellé des anciennes versions excluait les paiements au titre du déficit de liquidation ne s’appliquent donc pas à la loi de 1987, parce que celle-ci est substantiellement différente.

[41] Alors qu’il ressort clairement des modifications faites en 1983 que la fiducie réputée créée par l’al. 23(4)b) ne visait que les coûts afférents au service courant et les paiements spéciaux, cela n’est pas aussi clair dans les versions subséquentes de la *LRR*. Pour donner un sens aux modifications apportées en 1987, il faut conclure que leur libellé renvoie à une fiducie réputée couvrant *toutes* les « cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements ».

[42] La responsabilité de l’employeur à la liquidation est maintenant établie dans un article unique qui fait élégamment écho à celui qui crée la fiducie réputée à la liquidation. L’historique législatif montre que la protection, qui couvrait d’abord (1)

that were due, to (2) amounts payable calculated as if the plan had been wound up, to (3) amounts that were due and had accrued upon wind up but excluding the wind-up deficiency payments, to (4) all amounts due and accrued upon wind up.

[43] Therefore, in my view, the legislative history leads to the conclusion that adopting a narrow interpretation that would dissociate the employer's payment provided for in s. 75(1)(b) of the *PBA* from the one provided for in s. 75(1)(a) would be contrary to the Ontario legislature's trend toward broadening the protection. Since the provision respecting wind-up payments sets out the amounts that are owed upon wind up, I see no historical, legal or logical reason to conclude that the wind-up deemed trust provision does not encompass all of them.

[44] Thus, I am of the view that the words and context of s. 57(4) lend themselves easily to an interpretation that includes the wind-up deficiency payments, and I find additional support for this in the purpose of the provision. The deemed trust provision is a remedial one. Its purpose is to protect the interests of plan members. This purpose militates against adopting the limited scope proposed by Indalex and some of the interveners. In the case of competing priorities between creditors, the remedial purpose favours an approach that includes all wind-up payments in the value of the deemed trust in order to achieve a broad protection.

[45] In sum, the relevant provisions, the legislative history and the purpose are all consistent with inclusion of the wind-up deficiency in the protection afforded to members with respect to employer contributions upon the wind up of their pension plan. I therefore find that the Court of Appeal correctly held with respect to the Salaried Plan, which had been wound up as of December 31, 2006, that Indalex was deemed to hold in trust the amount necessary to satisfy the wind-up deficiency.

[46] The situation is different with respect to the Executive Plan. Unlike s. 57(3), which provides that

uniquement les cotisations dues, s'est étendue (2) aux montants payables calculés comme s'il y avait liquidation du régime, (3) puis aux montants dus ou accumulés à la liquidation, à l'exclusion des paiements au titre du déficit de liquidation (4) et, enfin, à tous les montants dus ou accumulés à la liquidation.

[43] Selon moi, l'historique législatif mène donc à la conclusion qu'une interprétation étroite qui dissocierait le paiement requis de l'employeur par l'al. 75(1)b) de la *LRR* de celui exigé à l'al. 75(1)a) irait à l'encontre de la tendance du législateur ontarien à offrir une protection de plus en plus étendue. Puisque la disposition régissant les paiements à la liquidation décrit les montants qui sont alors dus, je ne vois aucune raison historique, juridique ou logique de conclure que la disposition établissant une fiducie réputée en cas de liquidation ne les englobe pas tous.

[44] J'estime donc que le texte et le contexte du par. 57(4) se prêtent facilement à une interprétation qui englobe les paiements au titre du déficit de liquidation, et l'objet de cette disposition me conforte dans cette opinion. La disposition qui crée une fiducie réputée a une vocation réparatrice. Elle vise à protéger les intérêts des participants. Cet objet milite contre l'adoption de la portée limitée que proposent Indalex et certains des intervenants. En présence de priorités concurrentes entre créanciers, cette fin réparatrice favorise une interprétation qui inclut tous les paiements à la liquidation dans la valeur de la fiducie réputée pour que les participants bénéficient d'une vaste protection.

[45] En résumé, le texte, l'historique législatif et l'objet des dispositions pertinentes concordent tous avec l'inclusion du déficit de liquidation dans la protection offerte aux participants à l'égard des cotisations de l'employeur à la liquidation des régimes. Je suis donc d'avis que la Cour d'appel a jugé à bon droit qu'Indalex était réputée détenir en fiducie le montant nécessaire pour combler le déficit de liquidation du régime des salariés dont la liquidation avait pris effet le 31 décembre 2006.

[46] Il n'en va pas de même pour le régime des cadres. Contrairement au par. 57(3), selon lequel

the deemed trust protecting employer contributions exists while a plan is ongoing, s. 57(4) provides that the wind-up deemed trust comes into existence only when the plan is wound up. This is a choice made by the Ontario legislature. I would not interfere with it. Thus, the deemed trust entitlement arises only once the condition precedent of the plan being wound up has been fulfilled. This is true even if it is certain that the plan will be wound up in the future. At the time of the sale, the Executive Plan was in the process of being, but had not yet been, wound up. Consequently, the deemed trust provision does not apply to the employer's wind-up deficiency payments in respect of that plan.

[47] The Court of Appeal declined to decide whether a deemed trust arose in relation to the Executive Plan, stating that it was unnecessary to decide this issue. However, the court expressed concern that a reasoning that deprived the Executive Plan's members of the benefit of a deemed trust would mean that a company under CCAA protection could avoid the priority of the PBA deemed trust simply by not winding up an underfunded pension plan. The fear was that Indalex could have relied on its own inaction to avoid the consequences that flow from a wind up. I am not convinced that the Court of Appeal's concern has any impact on the question whether a deemed trust exists, and I doubt that an employer could avoid the consequences of such a security interest simply by refusing to wind up a pension plan. The Superintendent may take a number of steps, including ordering the wind up of a pension plan under s. 69(1) of the PBA in a variety of circumstances (see s. 69(1)(d) PBA). The Superintendent did not choose to order that the plan be wound up in this case.

**B. *Does the Deemed Trust Supersede the DIP Charge?***

[48] The finding that the interests of the Salaried Plan's members in all the employer's wind-up contributions to the Salaried Plan are protected by a

la fiducie réputée protégeant les cotisations de l'employeur existe pendant que le régime est en vigueur, le par. 57(4) prévoit que la fiducie réputée en cas de liquidation ne prend naissance qu'à la liquidation du régime. C'est ce que le législateur ontarien a décidé, et je n'interviendrai pas dans cette décision. Les droits résultant de la fiducie réputée ne prennent donc naissance que lorsque se réalise la condition préalable, c'est-à-dire lors de la liquidation du régime, et cela, même s'il est certain que le régime sera liquidé plus tard. Au moment de la vente, le régime des cadres était en voie de liquidation, mais non liquidé. La disposition relative à la fiducie réputée ne s'applique donc pas aux cotisations de l'employeur au titre du déficit de liquidation de ce régime.

[47] La Cour d'appel, ne s'est pas prononcée sur l'existence d'une fiducie réputée à l'égard du régime des cadres, affirmant qu'il n'était pas nécessaire de trancher cette question. Elle a cependant exprimé des réserves au sujet d'un raisonnement qui empêcherait les participants au régime des cadres de bénéficier d'une fiducie réputée, ce qui ferait en sorte qu'une société placée sous la protection de la LACC pourrait éviter la priorité établie par la LRR à l'égard de la fiducie réputée en s'abstenant simplement de liquider un régime de retraite sous-capitalisé. Indalex aurait ainsi pu tabler sur sa propre inaction pour échapper aux conséquences d'une liquidation. Je ne suis pas convaincue que la crainte exprimée par la Cour d'appel ait une incidence sur la question de savoir si une fiducie réputée existe, et je doute que le simple refus de liquider un régime de retraite puisse permettre à un employeur d'échapper aux conséquences d'une telle sûreté. Le surintendant peut intervenir de diverses façons, notamment en ordonnant la liquidation du régime en application du par. 69(1) de la LRR dans diverses circonstances (voir l'al. 69(1)d de la LRR). Le surintendant n'a pas choisi, en l'espèce, d'ordonner la liquidation.

**B. *La fiducie réputée a-t-elle préséance sur la charge DE?***

[48] La conclusion qu'une fiducie réputée protège les droits des participants au régime des salariés à l'égard de toutes les cotisations que l'employeur

deemed trust does not mean that part of the money reserved by the Monitor from the sale proceeds must be remitted to the Salaried Plan's fund. This will be the case only if the provincial priorities provided for in s. 30(7) of the *PPSA* ensure that the claim of the Salaried Plan's members has priority over the DIP charge. Section 30(7) reads as follows:

**30. . . .**

(7) A security interest in an account or inventory and its proceeds is subordinate to the interest of a person who is the beneficiary of a deemed trust arising under the *Employment Standards Act* or under the *Pension Benefits Act*.

The effect of s. 30(7) is to enable the Salaried Plan's members to recover from the reserve fund, insofar as it relates to an account or inventory and its proceeds in Ontario, ahead of all other secured creditors.

[49] The Appellants argue that any provincial deemed trust is subordinate to the DIP charge authorized by the *CCAA* order. They put forward two central arguments to support their contention. First, they submit that the *PBA* deemed trust does not apply in *CCAA* proceedings because the relevant priorities are those of the federal insolvency scheme, which do not include provincial deemed trusts. Second, they argue that by virtue of the doctrine of federal paramountcy the DIP charge supersedes the *PBA* deemed trust.

[50] The Appellants' first argument would expand the holding of *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, so as to apply federal bankruptcy priorities to *CCAA* proceedings, with the effect that claims would be treated similarly under the *CCAA* and the *BIA*. In *Century Services*, the Court noted that there are points at which the two schemes converge:

doit verser au régime de retraite des salariés à la liquidation ne signifie pas qu'une partie des sommes retenues par le contrôleur sur le produit de la vente doit être versée à la caisse de retraite des salariés. Ce sera le cas seulement si la priorité de rang accordée par la province aux participants au régime des salariés, au par. 30(7) de la *LSM*, fait en sorte que leur réclamation a préséance sur la charge DE. Le paragraphe 30(7) prévoit ce qui suit :

**30. . . .**

(7) La sûreté sur un compte ou un stock et le produit de ceux-ci est subordonnée à l'intérêt du bénéficiaire d'une fiducie réputée telle aux termes de la *Loi sur les normes d'emploi* ou de la *Loi sur les régimes de retraite*.

Le paragraphe 30(7) a pour effet de permettre aux participants au régime des salariés de recouvrer leur créance sur le fonds de réserve, dans la mesure où il se rapporte à un compte ou un stock ou au produit de ceux-ci en Ontario, par préséance sur tous les autres créanciers garantis.

[49] Les appelants avancent que toute fiducie réputée d'origine provinciale est subordonnée à la charge DE autorisée par l'ordonnance fondée sur la *LACC*. Ils invoquent deux arguments principaux à cet égard. Premièrement, la fiducie réputée créée par la *LRR* ne s'appliquerait pas dans une instance relevant de la *LACC* parce que les priorités applicables sont celles qui sont établies par le régime fédéral en matière d'insolvabilité et que les fiducies réputées d'origine provinciale n'en font pas partie. Deuxièmement, ils plaident que, selon la doctrine de la prépondérance fédérale, la charge DE a préséance sur la fiducie réputée créée par la *LRR*.

[50] Le premier argument des appelants élargirait la portée de l'arrêt *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, de façon que les priorités fédérales en matière de faillite s'appliquent aux instances fondées sur la *LACC*, ce qui ferait que les créances seraient traitées de façon identique sous le régime de la *LACC* et de la *LFI*. Dans *Century Services*, la Cour a indiqué qu'il existe des points de convergence entre les deux régimes :

Another point of convergence of the *CCAA* and the *BIA* relates to priorities. Because the *CCAA* is silent about what happens if reorganization fails, the *BIA* scheme of liquidation and distribution necessarily supplies the backdrop for what will happen if a *CCAA* reorganization is ultimately unsuccessful. [para. 23]

[51] In order to avoid a race to liquidation under the *BIA*, courts will favour an interpretation of the *CCAA* that affords creditors analogous entitlements. Yet this does not mean that courts may read bankruptcy priorities into the *CCAA* at will. Provincial legislation defines the priorities to which creditors are entitled until that legislation is ousted by Parliament. Parliament did not expressly apply all bankruptcy priorities either to *CCAA* proceedings or to proposals under the *BIA*. Although the creditors of a corporation that is attempting to reorganize may bargain in the shadow of their bankruptcy entitlements, those entitlements remain only shadows until bankruptcy occurs. At the outset of the insolvency proceedings, Indalex opted for a process governed by the *CCAA*, leaving no doubt that although it wanted to protect its employees' jobs, it would not survive as their employer. This was not a case in which a failed arrangement forced a company into liquidation under the *BIA*. Indalex achieved the goal it was pursuing. It chose to sell its assets under the *CCAA*, not the *BIA*.

[52] The provincial deemed trust under the *PBA* continues to apply in *CCAA* proceedings, subject to the doctrine of federal paramountcy (*Crystalline Investments Ltd. v. Domgroup Ltd.*, 2004 SCC 3, [2004] 1 S.C.R. 60, at para. 43). The Court of Appeal therefore did not err in finding that at the end of a *CCAA* liquidation proceeding, priorities may be determined by the *PPSA*'s scheme rather than the federal scheme set out in the *BIA*.

Un autre point de convergence entre la *LACC* et la *LFI* concerne les priorités. Comme la *LACC* ne précise pas ce qui arrive en cas d'échec de la réorganisation, la *LFI* fournit la norme de référence pour ce qui se produira dans une telle situation. [par. 23]

[51] Pour éviter de précipiter une liquidation sous le régime de la *LFI*, les tribunaux privilégieront une interprétation de la *LACC* qui confère des droits analogues aux créanciers. Il ne s'ensuit toutefois pas pour autant que les tribunaux peuvent à leur gré inclure par interprétation dans la *LACC* les priorités applicables en matière de faillite. Les priorités dont bénéficient les créanciers sont définies par la législation provinciale, à moins que ces droits soient écartés par une loi fédérale. Le législateur fédéral n'a pas expressément édicté que toutes les priorités établies en matière de faillite s'appliquent aux instances relevant de la *LACC* ou aux propositions régies par la *LFI*. Bien que les créanciers d'une société tentant de se réorganiser puissent, dans leurs négociations, tenir compte des droits qu'ils pourraient exercer en cas de faillite, ces droits ne constituent rien de plus qu'une considération tant que la faillite n'est pas survenue. Au début des procédures en matière d'insolvabilité, Indalex a choisi un processus régi par la *LACC*, ne laissant aucun doute sur le fait que, bien qu'elle cherchât à protéger les emplois, elle ne demeurerait pas leur employeur. Nous ne sommes pas en présence d'un cas où l'échec d'un arrangement a entraîné la liquidation d'une société sous le régime de la *LFI*. Indalex a atteint l'objectif qu'elle poursuivait. Elle a choisi de vendre son actif sous le régime de la *LACC*, et non sous celui de la *LFI*.

[52] La fiducie réputée créée par la *LRR* continue de s'appliquer dans les instances relevant de la *LACC*, sous réserve de la doctrine de la prépondérance fédérale (*Crystalline Investments Ltd. c. Domgroup Ltd.*, 2004 CSC 3, [2004] 1 R.C.S. 60, par. 43). La Cour d'appel a donc jugé à bon droit que, à l'issue d'un processus de liquidation relevant de la *LACC*, les priorités peuvent être établies selon le régime prévu dans la *LSM*, plutôt que selon le régime fédéral établi dans la *LFI*.



[53] The Appellants' second argument is that an order granting priority to the plan's members on the basis of the deemed trust provided for by the Ontario legislature would be unconstitutional in that it would conflict with the order granting priority to the DIP lenders that was made under the CCAA. They argue that the doctrine of paramouncy resolves this conflict, as it would render the provincial law inoperative to the extent that it is incompatible with the federal law.

[54] There is a preliminary question that must be addressed before determining whether the doctrine of paramouncy applies in this context. This question arises because the Court of Appeal found that although the CCAA court had the power to authorize a DIP charge that would supersede the deemed trust, the order in this case did not have such an effect because paramouncy had not been invoked. As a result, the priority of the deemed trust over secured creditors by virtue of s. 30(7) of the PPSA remained in effect, and the Plan Members' claim ranked in priority to the claim of the DIP lenders established in the CCAA order.

[55] With respect, I cannot accept this approach to the doctrine of federal paramouncy. This doctrine resolves conflicts in the application of overlapping valid provincial and federal legislation (*Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at paras. 32 and 69). Paramouncy is a question of law. As a result, subject to the application of the rules on the admissibility of new evidence, it can be raised even if it was not invoked in an initial proceeding.

[56] A party relying on paramouncy must "demonstrate that the federal and provincial laws are in fact incompatible by establishing either that it is impossible to comply with both laws or that to apply the provincial law would frustrate the purpose of the federal law" (*Canadian Western Bank*, at para. 75). This Court has in fact applied the doctrine of paramouncy in the area of bankruptcy and insolvency to come to the conclusion that a

[53] Selon le deuxième argument des appelants, une ordonnance accordant priorité aux participants en raison de la fiducie réputée créée par le législateur ontarien serait inconstitutionnelle, parce qu'elle entrerait en conflit avec l'ordonnance fondée sur la LACC qui donne priorité à la charge DE. La doctrine de la prépondérance fédérale résoudrait ce conflit, en rendant la loi provinciale inopérante dans la mesure de son incompatibilité avec la loi fédérale.

[54] Pour statuer sur l'applicabilité de la doctrine de la prépondérance fédérale dans le présent contexte, il faut d'abord trancher une question préliminaire. Cette question découle de la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle, bien que le tribunal fût habilité à autoriser une charge DE ayant priorité de rang sur la fiducie réputée, l'ordonnance du tribunal en l'espèce n'avait pas eu cet effet parce que la doctrine de la prépondérance fédérale n'avait pas été invoquée. Il s'ensuivait que la priorité de rang de la fiducie réputée sur les créanciers garantis établie au par. 30(7) de la LSM demeurait applicable et que la créance des participants avait préséance sur celle des prêteurs DE découlant de l'ordonnance rendue sous le régime de la LACC.

[55] Avec égards, je ne puis souscrire à cette conception de la doctrine de la prépondérance fédérale. Cette doctrine résout les conflits d'application entre des lois provinciales et fédérales validement adoptées qui empiètent l'une sur l'autre (*Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 32 et 69). La prépondérance est une question de droit, si bien que, sous réserve de l'application des règles régissant l'admissibilité de nouveaux éléments de preuve, elle peut être soulevée même si elle n'a pas été invoquée dans une procédure initiale.

[56] La partie qui invoque la prépondérance fédérale doit « démontrer une incompatibilité réelle entre les législations provinciale et fédérale, en établissant, soit qu'il est impossible de se conformer aux deux législations, soit que l'application de la loi provinciale empêcherait la réalisation du but de la législation fédérale » (*Banque canadienne de l'Ouest*, par. 75). Notre Cour a déjà appliqué la doctrine de la prépondérance au domaine de la

provincial legislature cannot, through measures such as a deemed trust, affect priorities granted under federal legislation (*Husky Oil*).

[57] None of the parties question the validity of either the federal provision that enables a CCAA court to make an order authorizing a DIP charge or the provincial provision that establishes the priority of the deemed trust. However, in considering whether the CCAA court has, in exercising its discretion to assess a claim, validly affected a provincial priority, the reviewing court should remind itself of the rule of interpretation stated in *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307 (at p. 356), and reproduced in *Canadian Western Bank* (at para. 75):

When a federal statute can be properly interpreted so as not to interfere with a provincial statute, such an interpretation is to be applied in preference to another applicable construction which would bring about a conflict between the two statutes.

[58] In the instant case, the CCAA judge, in authorizing the DIP charge, did not consider the fact that the Salaried Plan's members had a claim that was protected by a deemed trust, nor did he explicitly note that ordinary creditors, such as the Executive Plan's members, had not received notice of the DIP loan motion. However, he did consider factors that were relevant to the remedial objective of the CCAA and found that Indalex had in fact demonstrated that the CCAA's purpose would be frustrated without the DIP charge. It will be helpful to quote the reasons he gave on April 17, 2009 in authorizing the DIP charge ((2009), 52 C.B.R. (5th) 61):

- (a) the Applicants are in need of the additional financing in order to support operations during the period of a going concern restructuring;

faillite et de l'insolvabilité, et elle a conclu que des mesures législatives provinciales, comme la création d'une fiducie réputée, ne peuvent porter atteinte à des priorités établies par le législateur fédéral (*Husky Oil*).

[57] Ni la validité de la disposition fédérale habilitant le tribunal chargé d'appliquer la LACC à rendre une ordonnance autorisant une charge DE, ni celle de la disposition provinciale créant la priorité de rang de la fiducie réputée ne sont contestées. Toutefois, lorsqu'elle examine la validité de l'atteinte portée à une priorité d'origine provinciale par le tribunal chargé d'appliquer la LACC dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'évaluer une réclamation, la cour siégeant en révision ne doit pas perdre de vue la règle d'interprétation formulée dans *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307 (p. 356), et reproduite dans *Banque canadienne de l'Ouest* (par. 75) :

Chaque fois qu'on peut légitimement interpréter une loi fédérale de manière qu'elle n'entre pas en conflit avec une loi provinciale, il faut appliquer cette interprétation de préférence à toute autre qui entraînerait un conflit.

[58] En l'espèce, le juge qui a autorisé la charge DE sous le régime de la LACC n'a pas pris en compte le fait que les participants au régime des salariés avaient une créance protégée par une fiducie réputée, et il n'a pas non plus mentionné expressément que les créanciers ordinaires, tels les participants au régime des cadres, n'avaient pas reçu avis de la motion en autorisation du prêt DE. Il a toutefois examiné des facteurs se rapportant à la fin réparatrice de la LACC et conclu qu'Indalex avait effectivement démontré que la réalisation des objets de la LACC serait compromise en l'absence de la charge DE. Je crois utile de citer les motifs qu'il a exprimés à l'appui de sa décision d'autoriser la charge DE le 17 avril 2009 ((2009), 52 C.B.R. (5th) 61) :

[TRADUCTION]

- a) les requérantes ont besoin de fonds supplémentaires pour soutenir l'exploitation pendant leur période de restructuration sur la base de la continuité;

- |  |   |
|--|---|
| <p>(b) there is a benefit to the breathing space that would be afforded by the DIP Financing that will permit the Applicants to identify a going concern solution;</p> <p>(c) there is no other alternative available to the Applicants for a going concern solution;</p> <p>(d) a stand-alone solution is impractical given the integrated nature of the business of Indalex Canada and Indalex U.S.;</p> <p>(e) given the collateral base of Indalex U.S., the Monitor is satisfied that it is unlikely that the Post-Filing Guarantee with respect to the U.S. Additional Advances will ever be called and the Monitor is also satisfied that the benefits to stakeholders far outweighs the risk associated with this aspect of the Post-Filing Guarantee;</p> <p>(f) the benefit to stakeholders and creditors of the DIP Financing outweighs any potential prejudice to unsecured creditors that may arise as a result of the granting of super-priority secured financing against the assets of the Applicants;</p> <p>(g) the Pre-Filing Security has been reviewed by counsel to the Monitor and it appears that the unsecured creditors of the Canadian debtors will be in no worse position as a result of the Post-Filing Guarantee than they were otherwise, prior to the CCAA filing, as a result of the limitation of the Canadian guarantee set forth in the draft Amended and Restated Initial Order . . . ; and</p> <p>(h) the balancing of the prejudice weighs in favour of the approval of the DIP Financing. [para. 9]</p> | <p>b) la marge de manœuvre que le financement DE procurerait aux requérantes aurait l'avantage de leur permettre de trouver une solution préservant la continuité de leur exploitation;</p> <p>c) les requérantes ne disposent d'aucune autre solution permettant la continuité de l'exploitation;</p> <p>d) vu le degré d'intégration de l'exploitation d'Indalex Canada et d'Indalex É.-U., une solution indépendante est irréaliste;</p> <p>e) vu les biens fournis en garantie par Indalex É.-U., le contrôleur juge peu probable qu'il faille réaliser la garantie postérieure au début de l'instance consentie à l'égard des avances supplémentaires aux É.-U. et il est convaincu que les avantages pour les intéressés dépassent de beaucoup le risque associé à cet aspect de la garantie;</p> <p>f) les avantages du financement DE pour les intéressés et les créanciers l'emportent sur tout préjudice que pourrait causer aux créanciers non garantis l'octroi d'un financement garanti par une superpriorité grevant l'actif des requérantes;</p> <p>g) l'avocat du contrôleur a examiné la garantie antérieure au début de l'instance, et il appert que la garantie postérieure au début de l'instance ne placera pas les créanciers non garantis des débiteurs canadiens dans une situation pire que celle où ils se trouvaient avant l'introduction de l'instance fondée sur la LACC, en raison des restrictions applicables à la garantie canadienne établies dans le projet d'ordonnance initiale modifiée et reformulée . . .</p> <p>h) la prépondérance des inconvénients favorise l'approbation du financement DE. [par. 9]</p> |
|--|---|

[59] Given that there was no alternative for a going-concern solution, it is difficult to accept the Court of Appeal's sweeping intimation that the DIP lenders would have accepted that their claim ranked below claims resulting from the deemed trust. There is no evidence in the record that gives credence to this suggestion. Not only is it contradicted by the CCAA judge's findings of fact, but case after case has shown that "the priming of the DIP facility is a key aspect of the debtor's ability to attempt a workout" (J. P. Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act* (2007), at p. 97). The harsh reality is that lending is governed by the commercial imperatives of the

[59] Étant donné qu'il n'existait aucune autre solution pour préserver la continuité de l'exploitation, il est difficile d'accepter l'insinuation sans nuance de la Cour d'appel que les prêteurs DE auraient accepté que leur réclamation soit subordonnée à celles fondées sur la fiducie réputée. Rien dans la preuve présentée n'accrédite un tel scénario. Non seulement les conclusions de fait du juge chargé d'appliquer la LACC le contredisent, mais il a été démontré maintes et maintes fois que [TRADUCTION] « la priorité accordée au financement DE constitue un élément clé de la capacité du débiteur de tenter de conclure un arrangement » (J. P. Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors*

lenders, not by the interests of the plan members or the policy considerations that lead provincial governments to legislate in favour of pension fund beneficiaries. The reasons given by Morawetz J. in response to the first attempt of the Executive Plan's members to reserve their rights on June 12, 2009 are instructive. He indicated that any uncertainty as to whether the lenders would withhold advances or whether they would have priority if advances were made did "not represent a positive development". He found that, in the absence of any alternative, the relief sought was "necessary and appropriate" (2009 CanLII 37906, at paras. 7-8).

[60] In this case, compliance with the provincial law necessarily entails defiance of the order made under federal law. On the one hand, s. 30(7) of the *PPSA* required a part of the proceeds from the sale related to assets described in the provincial statute to be paid to the plan's administrator before other secured creditors were paid. On the other hand, the Amended Initial Order provided that the DIP charge ranked in priority to "all other security interests, trusts, liens, charges and encumbrances, statutory or otherwise" (para. 45). Granting priority to the DIP lenders subordinates the claims of other stakeholders, including the Plan Members. This court-ordered priority based on the *CCAA* has the same effect as a statutory priority. The federal and provincial laws are inconsistent, as they give rise to different, and conflicting, orders of priority. As a result of the application of the doctrine of federal paramountcy, the DIP charge supersedes the deemed trust.

*C. Did Indalex Have Fiduciary Obligations to the Plan Members?*

[61] The fact that the DIP financing charge supersedes the deemed trust or that the interests of the Executive Plan's members are not protected by the deemed trust does not mean that Plan Members have no right to receive money out of the reserve

*Arrangement Act* (2007), p. 97). La dure réalité est que l'octroi de prêts est régi par les impératifs commerciaux des prêteurs, et non par les intérêts des participants ou par les considérations de politique générale qui ont incité les législateurs provinciaux à protéger les bénéficiaires de caisses de retraite. Les motifs exposés par le juge Morawetz lorsque, le 12 juin 2009, les participants au régime des cadres ont demandé pour la première fois que leurs droits soient réservés sont révélateurs. Selon lui, toute incertitude quant à savoir si les prêteurs refuseraient de consentir des avances ou s'ils auraient priorité dans le cas où des avances seraient consenties [TRADUCTION] « n'améliorerait pas la situation ». Il a conclu qu'en l'absence de solution de rechange la réparation demandée était « nécessaire et appropriée » (2009 CanLII 37906, par. 7-8).

[60] En l'occurrence, le respect du droit provincial implique nécessairement le non-respect de l'ordonnance rendue en vertu du droit fédéral. D'un côté, le par. 30(7) de la *LSM* exige qu'une partie du produit de la vente lié aux biens décrits dans la loi provinciale soit versée à l'administrateur du régime de retraite par priorité sur les paiements aux autres créanciers garantis. D'un autre côté, l'ordonnance initiale modifiée accorde à la charge DE priorité sur [TRADUCTION] « toutes les autres sûretés, y compris les fiducies, privilèges, charges et grèvements, d'origine législative ou autre » (par. 45). Accorder priorité aux prêteurs DE relègue à un rang inférieur les créances des autres intéressés, notamment les participants. Cette priorité d'origine judiciaire fondée sur la *LACC* a le même effet qu'une priorité d'origine législative. Les dispositions fédérales et provinciales sont inconciliables, car elles produisent des ordres de priorité différents et conflictuels. L'application de la doctrine de la prépondérance fédérale donne à la charge DE priorité sur la fiducie réputée.

*C. Indalex avait-elle des obligations fiduciaires envers les participants?*

[61] Le fait que la charge DE ait préséance sur la fiducie réputée ou que les intérêts des participants au régime des cadres ne soient pas protégés par la fiducie réputée ne signifient pas que les participants n'ont pas le droit de recevoir un montant prélevé

fund. What remains to be considered is whether an equitable remedy, which could override all priorities, can and should be granted for a breach by Indalex of a fiduciary duty.

[62] The first stage of a fiduciary duty analysis is to determine whether and when fiduciary obligations arise. The Court has recognized that there are circumstances in which a pension plan administrator has fiduciary obligations to plan members both at common law and under statute (*Burke v. Hudson's Bay Co.*, 2010 SCC 34, [2010] 2 S.C.R. 273, at para. 41). It is clear that the indicia of a fiduciary relationship attach in this case between the Plan Members and Indalex as plan administrator. Sun Indalex and the Monitor do not dispute this proposition.

[63] However, Sun Indalex and the Monitor argue that the employer has a fiduciary duty only when it acts as plan administrator — when it is wearing its administrator's "hat". They contend that, outside the plan administration context, when directors make decisions in the best interests of the corporation, the employer is wearing solely its "corporate hat". On this view, decisions made by the employer in its corporate capacity are not burdened by the corporation's fiduciary obligations to its pension plan members and, consequently, cannot be found to conflict with plan members' interests. This is not the correct approach to take in determining the scope of the fiduciary obligations of an employer acting as plan administrator.

[64] Only persons or entities authorized by the *PBA* can act as plan administrators (ss. 1(1) and 8(1)(a)). The employer is one of them. A corporate employer that chooses to act as plan administrator accepts the fiduciary obligations attached to that function. Since the directors of a corporation also have a fiduciary duty to the corporation, the fact that the corporate employer can act as administrator

sur le fonds de réserve. Il faut encore examiner s'il est possible et s'il y a lieu d'imposer une réparation en equity — pouvant avoir préséance sur toutes les priorités — pour manquement par Indalex à une obligation fiduciaire.

[62] La première étape de l'analyse relative à une obligation fiduciaire consiste à déterminer si de telles obligations existent et dans quel contexte elles s'appliquent. La Cour a reconnu que, dans certaines circonstances, l'administrateur d'un régime de retraite a des obligations fiduciaires envers les participants en vertu tant de la common law que de la législation (*Burke c. Cie de la Baie d'Hudson*, 2010 CSC 34, [2010] 2 R.C.S. 273, par. 41). Il est clair que la relation entre les participants et Indalex, en sa qualité d'administrateur des régimes, présente les caractéristiques d'une relation fiduciaire. Ni Sun Indalex ni le contrôleur ne le contestent.

[63] Sun Indalex et le contrôleur font cependant valoir que l'employeur n'est tenu à une obligation fiduciaire que lorsqu'il agit en qualité d'administrateur des régimes — lorsqu'il porte son « chapeau » d'administrateur des régimes. Hors du contexte de l'administration des régimes, lorsque le conseil d'administration prend des décisions dans l'intérêt supérieur de la société, il porte uniquement son « chapeau » de gestionnaire de la société. Selon cette optique, les décisions de l'employeur concernant la gestion de l'entreprise ne sont pas assujetties aux obligations fiduciaires de la société envers les participants à son régime de retraite et, par conséquent, ne peuvent entrer en conflit avec les intérêts des participants. Je ne puis accepter cette interprétation lorsqu'il s'agit de déterminer la portée des obligations fiduciaires qui incombent à un employeur en sa qualité d'administrateur d'un régime de retraite.

[64] Seules peuvent administrer un régime de retraite les personnes ou entités qui y sont autorisées par la *LRR* (par. 1(1) et al. 8(1)a)). L'employeur fait partie de ces personnes ou entités. L'employeur constitué en société qui décide d'agir en qualité d'administrateur d'un régime accepte les obligations fiduciaires inhérentes à cette fonction. Puisque les administrateurs d'une société ont aussi une

of a pension plan means that s. 8(1)(a) of the *PBA* is based on the assumption that not all decisions taken by directors in managing a corporation will result in conflict with the corporation's duties to the plan's members. However, the corporate employer must be prepared to resolve conflicts where they arise. Reorganization proceedings place considerable burdens on any debtor, but these burdens do not release an employer that acts as plan administrator from its fiduciary obligations.

[65] Section 22(4) of the *PBA* explicitly provides that a plan administrator must not permit its own interest to conflict with its duties in respect of the pension fund. Thus, where an employer's own interests do not converge with those of the plan's members, it must ask itself whether there is a potential conflict and, if so, what can be done to resolve the conflict. Where interests do conflict, I do not find the two hats metaphor helpful. The solution is not to determine whether a given decision can be classified as being related to either the management of the corporation or the administration of the pension plan. The employer may well take a sound management decision, and yet do something that harms the interests of the plan's members. An employer acting as a plan administrator is not permitted to disregard its fiduciary obligations to plan members and favour the competing interests of the corporation on the basis that it is wearing a "corporate hat". What is important is to consider the consequences of the decision, not its nature.

[66] When the interests the employer seeks to advance on behalf of the corporation conflict with interests the employer has a duty to preserve as plan administrator, a solution must be found to ensure that the plan members' interests are taken care of. This may mean that the corporation puts the members on notice, or that it finds a replacement administrator, appoints representative counsel or

obligation fiduciaire envers la société, le fait que l'employeur puisse agir en qualité d'administrateur d'un régime de retraite signifie que l'al. 8(1)a) de la *LRR* repose sur la prémisse que les décisions de gestion de l'entreprise prises par les administrateurs n'engendreront pas toujours un conflit avec les obligations de la société envers les participants au régime de retraite. L'employeur doit toutefois être prêt à résoudre les conflits lorsqu'ils surgissent. Une procédure de réorganisation impose inévitablement un poids à un débiteur, mais ce fardeau ne libère pas l'employeur qui agit en qualité d'administrateur d'un régime de retraite de ses obligations fiduciaires.

[65] Le paragraphe 22(4) de la *LRR* interdit expressément à l'administrateur d'un régime de permettre que son intérêt entre en conflit avec ses obligations à l'égard du régime de retraite. Par conséquent, l'employeur dont le propre intérêt ne coïncide pas avec celui des participants au régime doit se demander si cette divergence d'intérêts peut susciter un conflit et, le cas échéant, ce qu'il faut faire pour le résoudre. Lorsqu'il y a effectivement conflit, la métaphore des deux « chapeaux » n'est selon moi d'aucun secours. La solution ne consiste pas à déterminer si une décision peut être classifiée comme se rattachant à la gestion de la société ou à l'administration du régime de retraite. L'employeur peut très bien prendre une décision judicieuse concernant la gestion de la société et, néanmoins, porter préjudice aux intérêts des participants au régime. L'employeur qui administre un régime de retraite n'est pas autorisé à négliger ses obligations fiduciaires envers les participants au régime et à favoriser les intérêts concurrents de la société sous prétexte qu'il porte le « chapeau » de dirigeant de la société. Ce sont les conséquences d'une décision, et non sa nature qui doivent être prises en compte.

[66] Lorsque les intérêts de la société que l'employeur tente de servir se heurtent à ceux que l'employeur a le devoir de protéger en qualité d'administrateur du régime, il faut trouver une façon de veiller sur les intérêts des participants. Cela peut vouloir dire que la société les tiendra informés, qu'elle trouvera un administrateur substitut pour le régime, qu'elle nommera un avocat

finds some other means to resolve the conflict. The solution has to fit the problem, and the same solution may not be appropriate in every case.

[67] In the instant case, Indalex's fiduciary obligations as plan administrator did in fact conflict with management decisions that needed to be taken in the best interests of the corporation. Indalex had a number of responsibilities as plan administrator. For example, s. 56(1) of the *PBA* required it to ensure that contributions were paid when due. Section 56(2) required that it notify the Superintendent if contributions were not paid when due. It was also up to Indalex under s. 59 to commence proceedings to obtain payment of contributions that were due but not paid. Indalex, as an employer, paid all the contributions that were due. However, its insolvency put contributions that had accrued to the date of the wind up at risk. In an insolvency context, the administrator's claim for contributions that have accrued is a provable claim.

[68] In the context of this case, the fact that Indalex, as plan administrator, might have to claim accrued contributions from itself means that it would have to simultaneously adopt conflicting positions on whether contributions had accrued as of the date of liquidation and whether a deemed trust had arisen in respect of wind-up deficiencies. This is indicative of a clear conflict between Indalex's interests and those of the Plan Members. As soon as it saw, or ought to have seen, a potential for conflict, Indalex should have taken steps to ensure that the interests of the Plan Members were protected. It did not do so. On the contrary, it contested the position the Plan Members advanced. At the very least, Indalex breached its duty to avoid conflicts of interest (s. 22(4) *PBA*).

[69] Since the Plan Members seek an equitable remedy, it is important to identify the point at

pour représenter les participants ou qu'elle résoudra le conflit par un autre moyen. La solution doit être adaptée au problème, et une solution donnée ne vaudra pas nécessairement pour tous les cas.

[67] En l'espèce, il y avait bien conflit entre les obligations fiduciaires qui incombait à Indalex en sa qualité d'administrateur des régimes et les décisions de gestion qu'elle devait prendre dans le meilleur intérêt de la société. Indalex avait certaines responsabilités en sa qualité d'administrateur des régimes. Par exemple, le par. 56(1) de la *LRR* l'obligeait à veiller à ce que les cotisations soient payées à leur date d'exigibilité et, si elles ne l'étaient pas, le par. 56(2) exigeait qu'elle en avise le surintendant. Il incombait également à Indalex, aux termes de l'art. 59, d'introduire une instance devant un tribunal compétent pour obtenir le paiement des cotisations dues, mais impayées. Indalex, en tant qu'employeur, a acquitté toutes les cotisations dues. Son insolvabilité compromettrait toutefois le paiement des cotisations accumulées à la date de la liquidation. En cas d'insolvabilité, la créance de l'administrateur d'un régime à l'égard des cotisations accumulées constitue une réclamation prouvable.

[68] Dans le contexte de la présente affaire, le fait qu'Indalex pouvait, en sa qualité d'administrateur des régimes de retraite, avoir à se réclamer à elle-même les cotisations accumulées l'amènerait à devoir adopter simultanément des positions opposées quant à savoir si des cotisations s'étaient accumulées à la date de la liquidation et si les déficits de capitalisation étaient protégés par une fiducie réputée. Cet exemple démontre qu'il existait manifestement un conflit entre les intérêts d'Indalex et ceux des participants. Indalex aurait dû prendre des mesures pour assurer la protection des intérêts des participants dès qu'elle a constaté, ou qu'elle aurait dû constater, l'existence d'un conflit potentiel. Elle ne l'a pas fait. Elle a, au contraire, contesté la position défendue par les participants. Elle a donc, à tout le moins, manqué à son obligation d'éviter les conflits d'intérêts (par. 22(4) *LRR*).

[69] Comme les participants demandent une réparation en equity, il importe d'établir à quel moment

which Indalex should have moved to ensure that their interests were safeguarded. Before doing so, I would stress that factual contexts are needed to analyse conflicts between interests, and that it is neither necessary nor useful to attempt to map out all the situations in which conflicts may arise.

[70] As I mentioned above, insolvency puts the employer's contributions at risk. This does not mean that the decision to commence insolvency proceedings entails on its own a breach of a fiduciary obligation. The commencement of insolvency proceedings in this case on April 3, 2009 in an emergency situation was explained by Timothy R. J. Stubbs, the then-president of Indalex. The company was in default to its lender, it faced legal proceedings for unpaid bills, it had received a termination notice effective April 6 from its insurers, and suppliers had stopped supplying on credit. These circumstances called for urgent action by Indalex lest a creditor start bankruptcy proceedings and in so doing jeopardize ongoing operations and jobs. Several facts lead me to conclude that the stay sought in this case did not, in and of itself, put Indalex in a conflict of interest.

[71] First, a stay operates only to freeze the parties' rights. In most cases, stays are obtained *ex parte*. One of the reasons for refraining from giving notice of the initial stay motion is to avert a situation in which creditors race to court to secure benefits that they would not enjoy in insolvency. Subjecting as many creditors as possible to a single process is seen as a way to treat all of them more equitably. In this context, plan members are placed on the same footing as the other creditors and have no special entitlement to notice. Second, one of the conclusions of the order Indalex sought was that it was to be served on all creditors, with a few exceptions, within 10 days. The notice allowed any interested party to apply to vary the order. Third, Indalex was permitted to pay all pension benefits. Although the order excluded special solvency payments, no ruling was made at that point on the

Indalex aurait dû prendre des mesures pour veiller à ce que leurs intérêts soient protégés. Soulignons au préalable que l'analyse d'un conflit d'intérêts doit s'appuyer sur un contexte factuel et qu'il n'est ni nécessaire ni utile de tenter de décrire toutes les situations dans lesquelles un conflit est susceptible de surgir.

[70] L'insolvabilité, comme je l'ai déjà mentionné, met en péril les cotisations de l'employeur. Cela ne signifie pas pour autant que la seule décision d'engager une procédure en matière d'insolvabilité constitue un manquement à une obligation fiduciaire. Le président d'Indalex à l'époque, M. Timothy R. J. Stubbs, a expliqué pourquoi une procédure en matière d'insolvabilité avait été engagée, le 3 avril 2009, dans une situation d'urgence. La dette d'Indalex envers son prêteur était en souffrance, la société s'exposait à des poursuites pour factures impayées, elle avait reçu un avis de résiliation de son assureur qui prenait effet le 6 avril et ses fournisseurs ne lui faisaient plus crédit. Indalex devait donc agir de toute urgence, avant qu'un créancier n'entame une procédure de mise en faillite, ce qui aurait compromis la poursuite de l'exploitation de l'entreprise et le maintien des emplois. Plusieurs raisons m'amènent à conclure que la suspension demandée en l'espèce n'a pas en elle-même placé Indalex en conflit d'intérêts.

[71] Premièrement, la suspension ne fait que figer les droits des parties. La plupart du temps, elle s'obtient *ex parte*. C'est notamment pour éviter que les créanciers se ruent devant les tribunaux pour tenter d'obtenir des avantages que les procédures en matière d'insolvabilité ne leur procureraient pas qu'on s'abstient de donner avis de la motion initiale en suspension. Il semble plus équitable d'appliquer un processus unique au plus grand nombre possible de créanciers. Dans ce contexte, les participants sont sur le même pied que les autres créanciers, et ils ne bénéficient d'aucun droit spécial de recevoir un avis. Deuxièmement, l'une des conclusions de l'ordonnance demandée par Indalex exigeait que, sous réserve de quelques exceptions, tous les créanciers reçoivent signification de l'ordonnance dans un délai de 10 jours. L'avis permettait à tout intéressé de demander une modification de l'ordonnance.



merits of the creditors' competing claims, and a stay gave the Plan Members the possibility of presenting their arguments on the deemed trust rather than losing it altogether as a result of a bankruptcy proceeding, which was the alternative.

[72] Whereas the stay itself did not put Indalex in a conflict of interest, the proceedings that followed had adverse consequences. On April 8, 2009, Indalex brought a motion to amend and restate the initial order in order to apply for DIP financing. This motion had been foreseen. Mr. Stubbs had mentioned in the affidavit he signed in support of the initial order that the lenders had agreed to extend their financing, but that Indalex would be in need of authorization in order to secure financing to continue its operations. However, the initial order had not yet been served on the Plan Members as of April 8. Short notice of the motion was given to the USW rather than to all the individual Plan Members, but the USW did not appear. The Plan Members were quite simply not represented on the motion to amend the initial stay order requesting authorization to grant the DIP charge.

[73] In seeking to have a court approve a form of financing by which one creditor was granted priority over all other creditors, Indalex was asking the CCAA court to override the Plan Members' priority. This was a case in which Indalex's directors permitted the corporation's best interests to be put ahead of those of the Plan Members. The directors may have fulfilled their fiduciary duty to Indalex, but they placed Indalex in the position of failing to fulfil its obligations as plan administrator. The corporation's interest was to seek the best possible avenue to survive in an insolvency context. The pursuit of this interest was not compatible with the plan administrator's duty to the Plan Members to ensure that all contributions were paid into the funds. In the context of this case, the plan administrator's duty to the Plan Members meant, in particular, that it should at least have given them the opportunity to present their arguments. This duty

Troisièmement, Indalex était autorisée à verser toutes les prestations de retraite. Même si l'ordonnance excluait les paiements spéciaux de solvabilité, elle ne réglait pas les droits concurrents des créanciers, et la suspension permettait aux participants de présenter leurs arguments au sujet de la fiducie réputée, alors qu'ils en auraient tout simplement perdu le bénéfice dans le contexte d'une faillite, qui était la solution de rechange.

[72] Bien que la suspension en elle-même n'ait pas placé Indalex en situation de conflit d'intérêts, les procédures qui ont suivi ont eu des conséquences négatives. Le 8 avril 2009, Indalex a déposé une motion en modification et reformulation de l'ordonnance initiale pour demander un financement DE. Cette motion avait été prévue. M. Stubbs avait mentionné dans son affidavit à l'appui de la demande d'ordonnance initiale que les prêteurs avaient consenti au financement, mais qu'Indalex devrait être autorisée à obtenir le financement pour poursuivre ses activités. Toutefois, le 8 avril, l'ordonnance initiale n'avait pas encore été signifiée aux participants. Un court préavis avait été donné au Syndicat, plutôt qu'à chacun des participants, mais le Syndicat n'a pas comparu. Les participants n'étaient tout simplement pas représentés lors de l'examen de la motion en modification de l'ordonnance initiale de suspension et en autorisation d'accorder la charge DE.

[73] En demandant au tribunal d'autoriser une forme de financement selon laquelle un créancier se verrait accorder priorité sur tous les autres, Indalex demandait au tribunal chargé d'appliquer la LACC de faire échec à la priorité dont bénéficiaient les participants. Il s'agit d'un cas où les administrateurs d'Indalex ont permis que les intérêts de la société l'emportent sur ceux des participants. Ce faisant, ils ont peut-être rempli leurs obligations fiduciaires envers Indalex, mais ils ont fait en sorte qu'Indalex a manqué à ses obligations en tant qu'administrateur des régimes. L'intérêt de la société consistait à rechercher la meilleure façon de survivre dans un contexte d'insolvabilité. La poursuite de cet intérêt était incompatible avec le devoir de l'administrateur des régimes envers les participants de veiller à ce que toutes les cotisations soient versées aux caisses de retraite. En l'occurrence, ce devoir de l'administrateur des régimes impliquait, plus

meant, at the very least, that they were entitled to reasonable notice of the DIP financing motion. The terms of that motion, presented without appropriate notice, conflicted with the interests of the Plan Members. Because Indalex supported the motion asking that a priority be granted to its lender, it could not at the same time argue for a priority based on the deemed trust.

[74] The Court of Appeal found a number of other breaches. I agree with Cromwell J. that none of the subsequent proceedings had a negative impact on the Plan Members' rights. The events that occurred, in particular the second DIP financing motion and the sale process, were predictable and, in a way, typical of reorganizations. Notice was given in all cases. The Plan Members were represented by able counsel. More importantly, the court ordered that funds be reserved and that a full hearing be held to argue the issues.

[75] The Monitor and George L. Miller, Indalex U.S.'s trustee in bankruptcy, argue that the Plan Members should have appealed the Amended Initial Order authorizing the DIP charge, and were precluded from subsequently arguing that their claim ranked in priority to that of the DIP lenders. They take the position that the collateral attack doctrine bars the Plan Members from challenging the DIP financing order. This argument is not convincing. The Plan Members did not receive notice of the motion to approve the DIP financing. Counsel for the Executive Plan's members presented the argument of that plan's members at the first opportunity and repeated it each time he had an occasion to do so. The only time he withdrew their opposition was at the hearing of the motion for authorization to increase the DIP loan amount after being told that the only purpose of the motion was to increase the amount of the authorized loan. The CCAA judge set a hearing date for the very purpose of presenting the arguments that Indalex, as plan administrator, could have presented when it requested the amendment to the initial order.

particulièrement, qu'il donne à tout le moins aux participants la possibilité d'exposer leurs arguments. Cela signifiait, au minimum, que les participants avaient droit à un avis raisonnable de la motion en autorisation du financement DE. La teneur de cette motion, présentée sans avis convenable, allait à l'encontre des intérêts des participants. Étant donné qu'Indalex soutenait la motion visant l'octroi d'une priorité à son prêteur, elle ne pouvait pas simultanément défendre l'existence d'une priorité fondée sur la fiducie réputée.

[74] La Cour d'appel a constaté d'autres manquements. Je partage l'opinion du juge Cromwell qu'aucune des procédures subséquentes n'a porté atteinte aux droits des participants. La suite des événements, notamment la deuxième motion en approbation du financement DE et le processus de vente, était prévisible et, à cet égard, typique des réorganisations. Dans tous les cas, des avis ont été donnés. Les participants ont été représentés par des avocats compétents. Fait plus important, le tribunal a ordonné que des fonds soient réservés et qu'une audience soit tenue pour que les questions en litige soient pleinement débattues.

[75] Le contrôleur et George L. Miller, le syndic de faillite d'Indalex É.-U., soutiennent que les participants auraient dû interjeter appel de l'ordonnance initiale modifiée autorisant la charge DE et qu'ils ne devaient pas être admis à prétendre plus tard que leur créance avait priorité sur celle des prêteurs DE. Ils plaident que la règle interdisant les contestations indirectes empêche les participants de contester l'ordonnance autorisant le financement DE. Cet argument n'est pas convaincant. Les participants n'ont pas reçu avis de la motion demandant au tribunal d'autoriser le financement DE. L'avocat des participants au régime des cadres a défendu leur position dès qu'il a pu le faire et l'a réitérée chaque fois qu'il en a eu l'occasion. À l'audition de la motion visant l'augmentation du prêt DE, il n'a retiré leur opposition que lorsqu'on lui a dit que son seul objet était d'augmenter le montant du prêt autorisé. Le juge chargé d'appliquer la LACC a fixé une date d'audience expressément pour la présentation des arguments qu'Indalex aurait pu faire valoir, en qualité d'administrateur des régimes, lorsqu'elle a demandé la modification de l'ordonnance initiale.

It cannot now be argued, therefore, that the Plan Members are barred from defending their interests by the collateral attack doctrine.

*D. Would an Equitable Remedy Be Appropriate in the Circumstances?*

[76] The definition of “secured creditor” in s. 2 of the CCAA includes a trust in respect of the debtor’s property. The Amended Initial Order (at para. 45) provided that the DIP lenders’ claims ranked in priority to all trusts, “statutory or otherwise”. Indalex U.S. was subrogated to the DIP lenders’ claim by operation of the guarantee in the DIP lending agreement.

[77] Counsel for the Executive Plan’s members argues that the doctrine of equitable subordination should apply to subordinate Indalex U.S.’s subrogated claim to those of the Plan Members. This Court discussed the doctrine of equitable subordination in *Canada Deposit Insurance Corp. v. Canadian Commercial Bank*, [1992] 3 S.C.R. 558, but did not endorse it, leaving it for future determination (p. 609). I do not need to endorse it here either. Suffice to say that there is no evidence that the lenders committed a wrong or that they engaged in inequitable conduct, and no party has contested the validity of Indalex U.S.’s payment of the US\$10 million shortfall.

[78] This leaves the constructive trust remedy ordered by the Court of Appeal. It is settled law that proprietary remedies are generally awarded only with respect to property that is directly related to a wrong or that can be traced to such property. I agree with my colleague Cromwell J. that this condition is not met in the case at bar. I adopt his reasoning on this issue.

[79] Moreover, I am of the view that it was unreasonable for the Court of Appeal to reorder the priorities in this case. The breach of fiduciary duty identified in this case is, in substance, the lack of notice. Since the Plan Members were allowed to fully argue their case at a hearing specifically held

La règle interdisant les contestations indirectes ne peut donc être invoquée maintenant pour empêcher les participants de défendre leurs intérêts.

*D. Y a-t-il lieu d’accorder une réparation en equity en l’espèce?*

[76] La définition d’un « créancier garanti » à l’art. 2 de la LACC inclut la fiducie relative aux biens du débiteur. L’ordonnance initiale modifiée donne à la créance des prêteurs DE priorité sur toute fiducie [TRADUCTION] « d’origine législative ou autre » (par. 45). Indalex É.-U. a été subrogée aux prêteurs DE en conséquence de la garantie consentie dans la convention de prêt DE.

[77] L’avocat des participants au régime des cadres soutient que, selon le principe de la subordination reconnue en equity, la créance d’Indalex É.-U. fondée sur la subrogation est subordonnée à celle des participants. Dans *Société d’assurance-dépôt du Canada c. Banque Commerciale du Canada*, [1992] 3 R.C.S. 558, notre Cour a examiné le principe de la subordination reconnue en equity. Elle ne l’a toutefois pas entériné, reportant l’examen de cette question à un autre moment (p. 609). Je n’ai pas non plus besoin de l’entériner ici. Il suffit de mentionner que la preuve ne révèle aucune inconduite ni injustice de la part des prêteurs, et qu’aucune partie ne conteste la validité du paiement, par Indalex É.-U., des 10 millions de dollars américains manquants.

[78] Reste donc la fiducie par interprétation imposée par la Cour d’appel. Il est bien établi en droit qu’une réparation de la nature d’un droit de propriété n’est généralement accordée qu’à l’égard d’un bien ayant un lien direct avec un acte fautif ou d’un bien qui peut être rattaché à un tel bien. Je partage l’avis de mon collègue le juge Cromwell que cette condition n’est pas remplie en l’espèce et je souscris à ses motifs sur ce point.

[79] En outre, je considère qu’il était déraisonnable pour la Cour d’appel de modifier l’ordre de priorité. Le manquement à l’obligation fiduciaire constaté en l’espèce consiste essentiellement en l’absence d’avis. Puisque les participants ont été autorisés à présenter leurs arguments lors d’une

to adjudicate their rights, the CCAA court was in a position to fully appreciate the parties' positions.

[80] It is difficult to see what gains the Plan Members would have secured had they received notice of the motion that resulted in the Amended Initial Order. The CCAA judge made it clear, and his finding is supported by logic, that there was no alternative to the DIP loan that would allow for the sale of the assets on a going-concern basis. The Plan Members presented no evidence to the contrary. They rely on conjecture alone. The Plan Members invoke other cases in which notice was given to plan members and in which the members were able to fully argue their positions. However, in none of those cases were plan members able to secure any additional benefits. Furthermore, the Plan Members were allowed to fully argue their case. As a result, even though Indalex breached its fiduciary duty to notify the Plan Members of the motion that resulted in the Amended Initial Order, their claim remains subordinate to that of Indalex U.S.

#### IV. Conclusion

[81] There are good reasons for giving special protection to members of pension plans in insolvency proceedings. Parliament considered doing so before enacting the most recent amendments to the CCAA, but chose not to (*An Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act, the Companies' Creditors Arrangement Act, the Wage Earner Protection Program Act and chapter 47 of the Statutes of Canada, 2005*, S.C. 2007, c. 36, in force September 18, 2009, SI/2009-68; see also Bill C-501, *An Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act and other Acts (pension protection)*, 3rd Sess., 40th Parl., March 24, 2010 (subsequently amended by the Standing Committee on Industry, Science and Technology, March 1, 2011)). A report of the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce gave the following reasons for this choice:

audience spécialement tenue pour statuer sur leurs droits, le tribunal chargé d'appliquer la LACC était pleinement en mesure d'évaluer la position des parties.

[80] De plus, je vois difficilement comment les participants auraient pu améliorer leur position même s'ils avaient reçu avis de la motion en modification de l'ordonnance initiale. Le juge chargé d'appliquer la LACC a clairement indiqué que la seule solution permettant la vente de l'actif en tant qu'entreprise en exploitation était le financement DE — et la logique appuie cette conclusion. Les participants n'ont présenté aucune preuve contraire. Leur argumentation est uniquement fondée sur des conjectures. Ils invoquent d'autres affaires où des participants à des régimes ont reçu un avis et ont pu défendre pleinement leur position. Or, dans aucun des exemples qu'ils citent, les intéressés n'ont pu obtenir d'avantages additionnels. Qui plus est, les participants en l'espèce ont pu faire valoir pleinement leur position. Par conséquent, bien qu'Indalex ait manqué à son obligation fiduciaire d'informer les participants de la motion en modification de l'ordonnance initiale, leur créance demeure subordonnée à celle d'Indalex É.-U.

#### IV. Conclusion

[81] Il existe des raisons valables d'accorder une protection spéciale aux participants à un régime de retraite lors de procédures en matière d'insolvabilité. Le législateur a envisagé la possibilité de leur accorder cette protection lorsqu'il a édicté les modifications les plus récentes à la LACC, mais il a décidé de s'en abstenir (*Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, la Loi sur le Programme de protection des salariés et le chapitre 47 des Lois du Canada (2005)*, L.C. 2007, ch. 36, entrée en vigueur le 18 septembre 2009, TR/2009-68; voir aussi le projet de loi C-501, *Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et d'autres lois (protection des prestations)*, 3<sup>e</sup> sess., 40<sup>e</sup> lég., 24 mars 2010 (modifié par la suite par le Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie, 1<sup>er</sup> mars 2011)). Un rapport du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce a expliqué ainsi le choix fait par le législateur :

Although the Committee recognizes the vulnerability of current pensioners, we do not believe that changes to the BIA regarding pension claims should be made at this time. Current pensioners can also access retirement benefits from the Canada/Quebec Pension Plan, and the Old Age Security and Guaranteed Income Supplement programs, and may have private savings and Registered Retirement Savings Plans that can provide income for them in retirement. The desire expressed by some of our witnesses for greater protection for pensioners and for employees currently participating in an occupational pension plan must be balanced against the interests of others. As we noted earlier, insolvency – at its essence – is characterized by insufficient assets to satisfy everyone, and choices must be made.

The Committee believes that granting the pension protection sought by some of the witnesses would be sufficiently unfair to other stakeholders that we cannot recommend the changes requested. For example, we feel that super priority status could unnecessarily reduce the moneys available for distribution to creditors. In turn, credit availability and the cost of credit could be negatively affected, and all those seeking credit in Canada would be disadvantaged.

*(Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act (2003), at p. 98; see also p. 88.)*

[82] In an insolvency process, a CCAA court must consider the employer's fiduciary obligations to plan members as their plan administrator. It must grant a remedy where appropriate. However, courts should not use equity to do what they wish Parliament had done through legislation.

[83] In view of the fact that the Plan Members were successful on the deemed trust and fiduciary duty issues, I would not order costs against them either in the Court of Appeal or in this Court.

[84] I would therefore allow the main appeals without costs in this Court, set aside the orders

Conscients de la vulnérabilité des actuels retraités, nous n'estimons toutefois pas qu'il faudrait modifier pour le moment les dispositions de la LFI concernant les créances liées à des retraites. Actuellement les retraités peuvent recevoir des prestations des Régimes de pensions du Canada et de rentes du Québec, de la Sécurité de la vieillesse et du Supplément de revenu garanti et disposent souvent d'économies personnelles et de REER pouvant leur assurer un revenu à la retraite. Il faut trouver un juste équilibre entre, d'une part, le souhait exprimé par certains de nos témoins de mieux protéger les retraités et les actuels cotisants à un régime de retraite professionnel et, d'autre part, les intérêts des autres. Nous le répétons, l'insolvabilité se caractérise de par sa nature même par des actifs insuffisants pour répondre aux besoins de chacun, et il faut faire des choix.

Le Comité estime que, si l'on accordait la protection qu'ont demandée certains témoins, cela serait tellement injuste pour les autres intervenants qu'il ne peut le recommander. Par exemple, nous estimons qu'une superpriorité ou un fonds pourraient indûment réduire les fonds à répartir entre les créanciers. La disponibilité et le coût du crédit pourraient être touchés, de même que, par ricochet, tous les demandeurs de crédit au Canada.

*(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. 109-110; voir aussi p. 98.)*

[82] Dans une procédure en matière d'insolvabilité, le tribunal chargé d'appliquer la LACC doit prendre en compte les obligations fiduciaires de l'employeur envers les participants en sa qualité d'administrateur de leurs régimes de retraite. Il doit accorder une réparation lorsque cette mesure est indiquée. Cependant, le tribunal ne doit pas utiliser l'équité pour accomplir ce qu'il aurait souhaité que le législateur fit.

[83] Les participants ayant obtenu gain de cause sur les questions de la fiducie réputée et des obligations fiduciaires, je suis d'avis de ne les condamner aux dépens ni devant la Cour d'appel, ni devant notre Cour.

[84] Je suis donc d'avis d'accueillir les pourvois principaux sans dépens devant notre Cour, d'annuler

made by the Court of Appeal, except with respect to orders contained in paras. 9 and 10 of the judgment of the Court of Appeal in the former executive members' appeal and restore the orders of Campbell J. dated February 18, 2010. I would dismiss USW's costs appeal without costs.

The reasons of McLachlin C.J. and Rothstein and Cromwell JJ. were delivered by

CROMWELL J. —

### I. Introduction

[85] When a business becomes insolvent, many interests are at risk. Creditors may not be able to recover their debts, investors may lose their investments and employees may lose their jobs. If the business is the sponsor of an employee pension plan, the benefits promised by the plan are not immune from that risk. The circumstances leading to these appeals show how that risk can materialize. Pension plans and creditors find themselves in a zero-sum game with not enough money to go around. At a very general level, this case raises the issue of how the law balances the interests of pension plan beneficiaries with those of other creditors.

[86] Indalex Limited, the sponsor and administrator of employee pension plans, became insolvent and sought protection from its creditors under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“CCAA”). Although all current contributions were up to date, the company's pension plans did not have sufficient assets to fulfill the pension promises made to their members. In a series of court-sanctioned steps, which were judged to be in the best interests of all stakeholders, the company borrowed a great deal of money to allow it to continue to operate. The parties injecting the operating money were given a super priority over the claims by other creditors. When the business was sold, thereby preserving hundreds of

les ordonnances rendues par la Cour d'appel, à l'exception de celles figurant aux par. 9 et 10 du jugement de la Cour d'appel concernant l'appel des anciens cadres, et de rétablir les ordonnances du juge Campbell datées du 18 février 2010. Je suis d'avis de rejeter sans dépens le pourvoi du Syndicat des Métallos sur la question des dépens.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Rothstein et Cromwell rendus par

LE JUGE CROMWELL —

### I. Introduction

[85] L'insolvabilité d'une entreprise met en péril de nombreux intérêts. Le créancier pourrait ne pas recouvrer son dû, l'investisseur, perdre la somme investie et l'employé, se retrouver sans emploi. Lorsque l'entreprise est le promoteur du régime de retraite de ses employés, les prestations promises par le régime ne sont pas à l'abri du risque couru. Les faits à l'origine des présents pourvois illustrent la concrétisation de ce risque. Régimes de retraite et créanciers se retrouvent dans une situation où, à cause de l'insuffisance de l'actif, les uns sauvent leur mise, les autres non. De manière très générale, le présent pourvoi soulève la question de savoir de quelle manière le droit pondère les intérêts des bénéficiaires d'un régime de retraite et ceux d'autres créanciers.

[86] Devenue insolvable, Indalex Limited, le promoteur et l'administrateur des régimes de retraite des salariés, a demandé la protection contre ses créanciers en application de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« LACC »). Toutes les cotisations pour service courant avaient alors été perçues, mais l'actif des régimes de retraite de la société ne permettait pas de verser aux participants les prestations de retraite promises. La société a pris une série de mesures, avalisées par le tribunal et jugées servir au mieux les intérêts de tous les intéressés, dont l'emprunt d'importantes sommes pour la poursuite de ses activités. Les personnes qui ont alors injecté les sommes nécessaires ont

jobs, there was a shortfall between the sale proceeds and the debt. The pension plan beneficiaries thus found themselves in a dispute about the priority of their claims. The appellant, Sun Indalex Finance, LLC, claimed it had priority by virtue of the super priority granted in the *CCAA* proceedings. The trustee in bankruptcy of the U.S. Debtors (George L. Miller) and the Monitor (FTI Consulting) joined in the appeal. The plan beneficiaries claimed that they had priority by virtue of a statutory deemed trust under the *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8 (“*PBA*”), and a constructive trust arising from the company’s alleged breaches of fiduciary duty.

[87] The Ontario Court of Appeal sided with the plan beneficiaries and Sun Indalex, the trustee in bankruptcy and the Monitor all appeal. The specific legal points in issue are:

- A. Did the Court of Appeal err in finding that the statutory deemed trust provided for in s. 57(4) of the *PBA* applied to the salaried plan’s wind-up deficiency?
- B. Did the Court of Appeal err in finding that Indalex breached the fiduciary duties it owed to the pension plan beneficiaries as the plans’ administrator and in imposing a constructive trust as a remedy?
- C. Did the Court of Appeal err in concluding that the super priority granted in the *CCAA* proceedings did not have priority by virtue of the doctrine of federal paramountcy?
- D. Did the Court of Appeal err in its cost endorsement respecting the United Steelworkers (“*USW*”)?

[88] My view is that the deemed trust does not apply to the disputed funds, and even if it did, the super priority would override it. I conclude that

obtenu une superpriorité sur toutes les réclamations des autres créanciers. La vente de l’entreprise a permis la préservation de centaines d’emplois, mais le produit touché était inférieur à la dette. Le rang des réclamations des bénéficiaires des régimes de retraite a dès lors fait l’objet d’un litige. L’appelante, Sun Indalex Finance, LLC, a soutenu que sa créance avait préséance sur toutes les autres du fait de la superpriorité obtenue dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC*. Le syndic de faillite des débitrices américaines (George L. Miller) et le contrôleur (FTI Consulting) se sont constitués parties appelantes. Les bénéficiaires des régimes de retraite ont fait valoir qu’ils avaient priorité en raison de la fiducie qui est réputée exister suivant la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8 (« *LRR* ») et de la fiducie par interprétation qui résultait des manquements allégués de la société à ses obligations fiduciaires.

[87] La Cour d’appel de l’Ontario a donné raison aux bénéficiaires des régimes de retraite, et Sun Indalex, le syndic de faillite et le contrôleur se pourvoient aujourd’hui devant notre Cour. Voici les points de droit précis qui sont en litige :

- A. La Cour d’appel a-t-elle eu tort de conclure que la fiducie réputée du par. 57(4) de la *LRR* s’appliquait au déficit de liquidation du régime des salariés?
- B. A-t-elle eu tort de conclure qu’Indalex avait manqué à ses obligations fiduciaires envers les bénéficiaires en tant qu’administrateur des régimes de retraite et d’imposer une fiducie par interprétation à titre de réparation?
- C. A-t-elle eu tort de conclure que la superpriorité accordée dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC* ne conférait pas de préséance par application de la prépondérance fédérale?
- D. Sa décision sur les dépens du Syndicat des Métallos (le « Syndicat ») est-elle entachée d’une erreur?

[88] J’estime que la fiducie réputée ne vise pas les fonds en cause et, même si elle les visait, la superpriorité l’emporterait sur elle. Je conclus que la

the corporation failed in its duty to the plan beneficiaries as their administrator and that the beneficiaries ought to have been afforded more procedural protections in the CCAA proceedings. However, I also conclude that the Court of Appeal erred in using the equitable remedy of a constructive trust to defeat the super priority ordered by the CCAA judge. I would therefore allow the main appeals.

## II. Facts and Proceedings Below

### A. *Overview*

[89] These appeals concern claims by pension fund members for amounts owed to them by the plans' sponsor and administrator which became insolvent.

[90] Indalex Limited is the parent company of three non-operating Canadian companies. I will refer to both Indalex Limited individually and to the group of companies collectively as "Indalex", unless the context requires further clarity. Indalex Limited is the wholly owned subsidiary of its U.S. parent, Indalex Holding Corp. which owned and conducted related operations in the U.S. through its U.S. subsidiaries which I will refer to as the "U.S. debtors".

[91] In late March and early April of 2009, Indalex and the U.S. debtors were insolvent and sought protection from their creditors, the former under the Canadian CCAA, and the latter under the United States Bankruptcy Code, 11 U.S.C., Chapter 11. The dispute giving rise to these appeals concern the priority granted to lenders in the CCAA process for funds advanced to Indalex and whether that priority overrides the claims of two of Indalex's pension plans for funds owed to them.

[92] Indalex was the sponsor and administrator of two registered pension plans relevant to these proceedings, one for salaried employees and

société a manqué à ses obligations d'administrateur des régimes et que les bénéficiaires auraient dû obtenir de meilleures garanties procédurales dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC. Cependant, j'estime que la Cour d'appel a tort de recourir à la fiducie par interprétation — une réparation en equity — pour écarter la superpriorité accordée par le tribunal saisi sur le fondement de la LACC. Je suis donc d'avis d'accueillir les principaux pourvois.

## II. Faits et jugements dont appel

### A. *Aperçu*

[89] Les présents pourvois ont pour objet les sommes que les participants des régimes de retraite réclament au promoteur et administrateur des régimes, lequel est devenu insolvable.

[90] Indalex Limited est la société mère de trois sociétés canadiennes inactives. Dans les présents motifs, Indalex Limited s'entend de la société à titre individuel, et « Indalex » du groupe de sociétés collectivement, sauf lorsque le contexte commande plus de précision. Indalex Limited est la filiale à cent pour cent de sa société mère américaine, Indalex Holding Corp., qui possédait et exploitait des entreprises connexes aux États-Unis par l'intermédiaire de ses filiales américaines (ci-après, les « débitrices américaines »).

[91] Fin mars et début avril 2009, Indalex et les débitrices américaines sont devenues insolvable et ont demandé la protection contre leurs créanciers en application de la LACC, dans le cas d'Indalex, et du *United States Bankruptcy Code*, 11 U.S.C., chap. 11, dans le cas des débitrices américaines. Le litige à l'origine des pourvois porte sur la priorité accordée aux prêteurs dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC en contrepartie des fonds avancés à Indalex et sur la question de savoir si cette priorité vaut à l'égard des réclamations de deux des régimes de retraite d'Indalex quant aux sommes qui leur sont dues.

[92] Indalex était le promoteur et l'administrateur de deux régimes enregistrés de retraite touchés par cette procédure, l'un pour les salariés, l'autre pour



the other for executive employees. At the time of seeking CCAA protection, the salaried plan was being wound up (with a wind-up date of December 31, 2006) and was estimated to have a wind-up deficiency (as of the end of 2007) of roughly \$2.252 million. The executive plan, while it was not being wound up, had been closed to new members since 2005. It was estimated to have a deficiency of roughly \$2.996 million on wind up. At the time the CCAA proceedings were started, all regular current service contributions had been made to both plans.

[93] Shortly after Indalex received CCAA protection, the CCAA judge authorized the company to enter into debtor in possession (“DIP”) financing in order to allow it to continue to operate. The court granted the DIP lenders, a syndicate of banks, a “super priority” over “all other security interests, trusts, liens, charges and encumbrances, statutory or otherwise”: initial order, at para. 35 (Joint A.R., vol. I, at pp. 123-24). Repayment of these amounts was guaranteed by the U.S. debtors.

[94] Ultimately, with the approval of the CCAA court, Indalex sold its business; the purchaser did not assume pension liabilities. A reserve fund was established by the CCAA Monitor to answer any outstanding claims. The proceeds of the sale were not sufficient to pay back the DIP lenders and so the U.S. debtors, as guarantors, paid the shortfall and stepped into the shoes of the DIP lenders in terms of priority.

[95] The appellant Sun Indalex is a pre-CCAA secured creditor of both Indalex and the U.S. debtors. It claims the reserve fund on the basis that the US\$10.75 million paid by the guarantors would otherwise have been available to Sun Indalex as a secured creditor of the U.S. debtors in the U.S. bankruptcy proceedings. The respondent plan beneficiaries claim the reserve fund on the basis that

les cadres. Au moment où la protection a été demandée sous le régime de la LACC, le régime des salariés était en cours de liquidation — celle-ci devant avoir lieu le 31 décembre 2006 —, et on estimait qu’il en résulterait un déficit (fin 2007) d’environ 2,252 millions de dollars. Le régime des cadres, qui n’était pas en voie de liquidation, n’admettait plus de nouveaux participants depuis 2005. On estimait que son déficit de liquidation s’élèverait à environ 2,996 millions de dollars. Au moment d’engager la procédure fondée sur la LACC, toutes les cotisations normales pour service courant avaient été versées aux deux régimes.

[93] Peu de temps après qu’Indalex eut obtenu la protection prévue par la LACC, le juge saisi l’a autorisée à obtenir un financement à titre de débiteur-exploitant (« DE ») afin qu’elle puisse poursuivre ses activités. Le tribunal a alors accordé aux prêteurs DE, un groupe de banques, une sûreté ayant priorité sur [TRADUCTION] « toutes les autres sûretés, y compris les fiducies, privilèges, charges et grèvements, d’origine législative ou autre » (ordonnance initiale, par. 35 (d.a. conjoint, vol. I, p. 123-124)). Les débitrices américaines garantissaient le remboursement de ces sommes.

[94] Finalement, sur approbation du tribunal saisi sur le fondement de la LACC, Indalex a vendu son entreprise, mais l’acquéreur n’a pas repris à son compte les engagements de retraite. Le contrôleur nommé en vertu de la LACC a établi un fonds de réserve pour donner suite aux réclamations formulées dans l’éventualité où il y serait fait droit. Le produit de la vente n’étant pas suffisant pour rembourser les prêteurs DE, les débitrices américaines, qui s’étaient portées cautions, ont payé la différence et acquis de ce fait la créance prioritaire des prêteurs DE.

[95] L’appelante, Sun Indalex, était un créancier garanti d’Indalex et des débitrices américaines avant l’entrée en jeu de la LACC. Elle prétend avoir droit à l’attribution du fonds de réserve au motif que, à titre de créancier garanti des débitrices américaines dans le cadre de la procédure de faillite engagée aux États-Unis, n’eût été leur versement, elle aurait pu toucher les 10,75 millions de dollars

they have a wind-up deficiency which is covered by a deemed trust created by s. 57(4) of the *PBA*. This deemed trust includes “an amount of money equal to employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations” (s. 57(4)). They also claim the reserve fund on the basis of a constructive trust arising from Indalex’s failure to live up to its fiduciary duties as plan administrator.

[96] The reserve fund is not sufficient to pay back both Sun Indalex and the pension plans and so the main question on the main appeals is which of the creditors is entitled to priority for their respective claims.

[97] The judge at first instance rejected the plan beneficiaries’ deemed trust arguments and held that, with respect to the wind-up deficiency, the plan beneficiaries were unsecured creditors, ranking behind those benefitting from the “super priority” and secured creditors (2010 ONSC 1114, 79 C.C.P.B. 301). The Court of Appeal reversed this ruling and held that pension plan deficiencies were subject to deemed and constructive trusts which had priority over the DIP financing and over other secured creditors (2011 ONCA 265, 104 O.R. (3d) 641). Sun Indalex, the trustee in bankruptcy and the Monitor appeal.

#### B. *Indalex’s CCAA Proceedings*

- (1) The Initial Order (Joint A.R., vol. I, at p. 112)

[98] As noted earlier, Indalex was in financial trouble and, on April 3, 2009, sought and obtained protection from its creditors under the *CCAA*. The order (which I will refer to as the initial order) also contained directions for service on creditors and

américains payés par elles à titre de cautions. Les bénéficiaires des régimes de retraite intimés prétendent que le fonds de réserve leur revient puisque leur déficit de liquidation est protégé par la fiducie réputée du par. 57(4) de la *LRR*. Cette fiducie réputée est constituée d’« un montant égal aux cotisations de l’employeur qui sont accumulées [en anglais, « accrued »] à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements » (par. 57(4)). Ils invoquent également à l’appui de leur prétention l’existence d’une fiducie par interprétation découlant de l’omission d’Indalex de s’acquitter de ses obligations fiduciaires en tant qu’administrateur des régimes.

[96] Les sommes contenues dans le fonds de réserve ne permettent pas de rembourser à la fois Sun Indalex et les régimes de retraite. La principale question que soulèvent les principaux pourvois est donc celle de savoir quel créancier a priorité.

[97] Le juge de première instance a rejeté la thèse de la fiducie réputée avancée par les bénéficiaires des régimes et conclu que, pour ce qui concerne le déficit de liquidation, les bénéficiaires des régimes de retraite sont des créanciers chirographaires prenant rang après les créanciers bénéficiant d’une superpriorité et les créanciers garantis (2010 ONSC 1114, 79 C.C.P.B. 301). La Cour d’appel de l’Ontario a infirmé cette décision et conclu que les déficits des régimes de retraite faisaient l’objet d’une fiducie réputée et d’une fiducie par interprétation qui prenaient rang avant les prêteurs DE et les autres créanciers garantis (2011 ONCA 265, 104 O.R. (3d) 641). Sun Indalex, le syndic de faillite et le contrôleur se pourvoient aujourd’hui en appel.

#### B. *La procédure engagée par Indalex sous le régime de la LACC*

- (1) L’ordonnance initiale (d.a. conjoint, vol. I, p. 112)

[98] Comme je l’indique précédemment, Indalex connaissait des difficultés financières et, le 3 avril 2009, elle a obtenu d’être protégée contre ses créanciers en application de la *LACC*. L’ordonnance (appelée ci-après « ordonnance initiale »)

others: paras. 39-41. The order also contained a so-called “comeback clause” allowing any interested party to apply for a variation of the order, provided that that party served notice on any other party likely to be affected by any such variation: para. 46. It is common ground that the plan beneficiaries did not receive notice of the application for the initial order but the CCAA court nevertheless approved the method of and time for service. Full particulars of the deficiencies in the pension plans were before the court in the motion material and the initial order addressed payment of the employer’s current service pension contributions.

(2) The DIP Order (Joint A.R., vol. I, at p. 129)

[99] On April 8, 2009, in what I will refer to as the DIP order, the CCAA judge, Morawetz J., authorized Indalex to borrow funds pursuant to a DIP credit agreement. The judge ordered among many other things, the following:

- He approved abridged notice: para. 1;
- He allowed Indalex to continue making current service contributions to the pension plans, but not special payments: paras. 7(a) and 9(b);
- He barred all proceedings against Indalex, except by consent of Indalex and the Monitor or leave of the court, until May 1, 2009: para. 15;
- He granted the DIP lenders a so-called super priority:

THIS COURT ORDERS that each of the Administration Charge, the Directors’ Charge and the DIP Lenders Charge (all as constituted and defined herein) shall constitute a charge on the Property and such Charges shall rank in priority to all other security interests, trusts, liens, charges and encumbrances, statutory or otherwise

comportait entre autres des directives pour la signification aux créanciers et aux autres parties (par. 39-41). Elle prévoyait également que toute partie intéressée pouvait demander sa modification, à condition de signifier un avis à toute autre partie susceptible d’être touchée par la mesure (par. 46). Les parties reconnaissent que l’avis relatif à la demande présentée en vue d’obtenir l’ordonnance initiale n’a pas été signifié aux bénéficiaires des régimes de retraite, mais le tribunal saisi sous le régime de la LACC a néanmoins approuvé le mode et le délai de signification. Toutes les données sur les déficits des régimes de retraite figuraient dans les documents présentés au tribunal à l’appui de la demande, et l’ordonnance initiale faisait mention du paiement aux régimes des cotisations pour service courant de l’employeur.

(2) L’ordonnance relative au financement DE (d.a. conjoint, vol. I, p. 129)

[99] Le 8 avril 2009, dans cette ordonnance appelée ci-après « ordonnance DE », le juge saisi en application de la LACC — le juge Morawetz — a autorisé Indalex à obtenir un financement DE. Il a notamment ordonné ce qui suit :

- l’abrègement du délai d’avis (par. 1);
- la faculté d’Indalex de continuer de verser aux régimes de retraite les cotisations pour service courant, à l’exclusion de tout paiement spécial (al. 7a) et 9b));
- la mise à l’abri d’Indalex contre toute procédure, sauf consentement d’Indalex ou du contrôleur ou autorisation du tribunal, jusqu’au 1<sup>er</sup> mai 2009 (par. 15);
- l’octroi aux prêteurs DE de ce qu’on appelle une superpriorité :

[TRADUCTION] LA COUR ORDONNE que chacune des charges relatives à l’administration, aux administrateurs et aux prêteurs DE (constituées et définies aux présentes) grève les biens, et que toutes aient priorité sur toutes les autres sûretés, y compris les fiducies, privilèges, charges et grèvements, d’origine législative

(collectively, “Encumbrances”) in favour of any Person. [Emphasis added; para. 45.]

- He required Indalex to send notice of the order to all known creditors, other than employees and creditors to which Indalex owed less than \$5,000 and stated that Indalex and the Monitor were “at liberty” to serve the Initial Order to interested parties: paras. 49-50.

[100] In his endorsement for the DIP order, Morawetz J. found that “there is no other alternative available to the Applicants [Indalex] for a going concern solution” and that DIP financing was necessary: (2009), 52 C.B.R. (5th) 61 (Ont. S.C.J.), at para. 9(c). He noted that the Monitor in its report was of the view that approval of the DIP agreement was both necessary and in the best interests of Indalex and its stakeholders, including its creditors, employees, suppliers and customers: paras. 14-16.

[101] The USW, which represented some of the members of the salaried plan, was served with notice of the motion that led to the DIP order, but did not appear. Morawetz J. specifically ordered as follows with regard to service:

THIS COURT ORDERS that the time for service of the Notice of Application and the Application Record is hereby abridged so that this Application is properly returnable today and hereby dispenses with further service thereof. [DIP order, at para. 1]

- (3) The DIP Extension Order (Joint A.R., vol. I, at p. 156)

[102] On June 12, 2009, Morawetz J. heard and granted an application by Indalex to allow them to borrow approximately \$5 million more from the DIP lenders, thus raising the allowed total to US\$29.5 million.

[103] Counsel for the former executives received the motion material the night before. Counsel for

ou autre (collectivement les « grèvements »), détenus par quiconque. [Je souligne; par. 45.]

- l’obligation d’Indalex de donner avis de l’ordonnance initiale à tous les créanciers connus, autres que les employés et les créanciers auxquels Indalex devait moins de 5 000 \$, et la « faculté » qu’ont Indalex et le contrôleur de signifier l’ordonnance initiale aux parties intéressées (par. 49-50).

[100] Dans ses motifs à l’appui de l’ordonnance DE, le juge Morawetz conclut que [TRADUCTION] « les requérantes [Indalex] ne disposent d’aucune autre solution permettant la continuité de l’exploitation » et que le financement DE s’impose ((2009), 52 C.B.R. (5th) 61 (C.S.J. Ont.), al. 9c)). Il signale que, dans son rapport, le contrôleur tient l’approbation de l’accord de financement pour nécessaire et conforme à l’intérêt supérieur d’Indalex et des intéressés, dont ses créanciers, ses employés, ses fournisseurs et ses clients (par. 14-16).

[101] Un avis de la motion qui a mené à l’ordonnance DE a été signifié au Syndicat représentant certains des participants des régimes des salariés, mais celui-ci n’a pas comparu. Le juge Morawetz ordonne expressément ce qui suit au sujet de la signification :

[TRADUCTION] LA COUR ORDONNE l’abrègement du délai imparti pour signifier l’avis et le dossier de demande, de sorte que la demande puisse être régulièrement entendue ce jour même, et elle dispense la demanderesse de la signification de tout autre document s’y rapportant. [Ordonnance DE, par. 1]

- (3) L’ordonnance modifiant l’ordonnance DE (d.a. conjoint, vol. I, p. 156)

[102] Le 12 juin 2009, le juge Morawetz a accueilli après audition la demande présentée par Indalex en vue d’être autorisée à emprunter une nouvelle tranche d’environ 5 000 000 \$ aux prêteurs DE, ce qui portait l’emprunt total approuvé à 29 500 000 \$ US.

[103] L’avocat des anciens cadres a reçu les documents relatifs à l’instance la veille de l’audience.

USW was also served with notice. At the motion, the former executives (along with second priority secured noteholders) sought to “reserve their rights with respect to the relief sought”: 2009 CanLII 37906 (Ont. S.C.J.), at para. 4. Morawetz J. wrote that any “reservation of rights” would create uncertainty for the DIP lenders with regard to priority, and may prevent them from extending further advances. Moreover, the parties had presented no alternative to increased DIP financing, which was both “necessary and appropriate” and would, it was to be hoped, “improve the position of the stakeholders”: paras. 5-9.

- (4) The Bidding Order ((2009), 79 C.C.P.B. 101 (Ont. S.C.J.))

[104] On July 2, 2009, Indalex brought a motion for approval of proposed bidding procedures for Indalex’s assets. Morawetz J. decided that a stalking horse bid by SAPA Holding AB (“SAPA”) for Indalex’s assets could count as a qualifying bid. Counsel on behalf of the members of the executive plan appeared, with the concern that “their position and views have not been considered in this process”: para. 8. In his decision, Morawetz J. decided that these arguments could be dealt with later, at a sale approval motion: para. 10. The judge said:

The position facing the retirees is unfortunate. The retirees are currently not receiving what they bargained for. However, reality cannot be ignored and the nature of the Applicants’ insolvency is such that there are insufficient assets to meet its liabilities. The retirees are not alone in this respect. The objective of these proceedings is to achieve the best possible outcome for the stakeholders. [Emphasis added; para. 9.]

L’avocat du Syndicat a également reçu signification d’un avis. À l’audition de la demande, les anciens cadres (ainsi que les détenteurs de billets garantis de deuxième rang) ont demandé que [TRADUCTION] « leurs droits soient réservés quant à la réparation demandée » (2009 CanLII 37906 (C.S.J. Ont.), par. 4). Le juge Morawetz a opiné que toute [TRADUCTION] « réserve de droits » créerait de l’incertitude chez les prêteurs relativement au rang prioritaire de leur créance et pourrait inciter ces derniers à refuser d’avancer des fonds supplémentaires. En outre, les parties n’avaient proposé aucun autre mode d’accroissement du financement DE, lequel était à la fois [TRADUCTION] « nécessaire et opportun » et devait permettre, du moins l’espérait-on, « d’améliorer la situation des intéressés » (par. 5-9).

- (4) L’ordonnance relative à la vente par soumission ((2009), 79 C.C.P.B. 101 (C.S.J. Ont.))

[104] Le 2 juillet 2009, Indalex a demandé l’approbation de la procédure projetée de vente par soumission de l’actif d’Indalex. Le juge Morawetz a jugé que l’offre-paravent de SAPA Holding AB (« SAPA ») pouvait être tenue pour valable. L’avocat des participants du régime des cadres a fait valoir que [TRADUCTION] « ni la situation ni le point de vue de ses clients n’avaient été pris en compte dans le cadre de la procédure » (par. 8). Le juge Morawetz a statué que ces éléments pourraient être examinés ultérieurement, lorsque l’approbation de la vente serait demandée (par. 10). Voici ce qu’il dit :

[TRADUCTION] La situation des retraités est malheureuse. À l’heure actuelle, ils ne touchent pas ce qu’ils ont obtenu à l’issue de négociations. Or, la réalité demeure incontournable et la nature de l’insolvabilité des demanderesse fait en sorte que l’actif ne permet pas d’acquitter le passif. Les retraités ne sont pas les seuls à subir un préjudice. La présente instance vise à obtenir le meilleur résultat possible pour les intéressés. [Je souligne; par. 9.]

(5) The Sale Approval Order (Joint A.R., vol. I, at p. 166)

[105] On July 20, 2009, Indalex brought two motions before Campbell J.

[106] The first motion sought approval for the sale of Indalex's assets as a going concern to SAPA. SAPA was not to assume any pension liabilities. Campbell J. granted an order approving this sale.

[107] The second motion sought approval for an interim distribution of the sale proceeds to the DIP lenders. Counsel on behalf of the executive plan members and the USW, representing some of the salaried employees, objected to the planned distribution of the sale proceeds on grounds that a statutory deemed trust applied to the deficiencies in their plans and that Indalex had breached fiduciary duties that it owed to them. Campbell J. ordered the Monitor to pay the DIP agent from the sale proceeds, but also ordered the Monitor to set up a reserve fund in an amount sufficient to answer, among other things, the claims of the plan beneficiaries pending resolution of those matters. Campbell J. ordered that the U.S. debtors be subrogated to the DIP lenders to the extent that the U.S. debtors were required under the guarantee to satisfy the DIP lenders' claims: para. 14.

(6) The Sale and Distribution of Funds

[108] SAPA bought Indalex's assets on July 31, 2009. Taking the reserve fund into account, the sale did not produce sufficient funds to repay the DIP lenders in full and so the U.S. debtors paid US\$10,751,247 as guarantor to the DIP lenders: C.A. reasons, at para. 65.

(7) The Order Under Appeal

[109] On August 28, 2009, Campbell J. heard claims by the USW (appearing on behalf of some members of the salaried plan) and counsel appearing on behalf of the executive plan members that the

(5) L'ordonnance d'approbation de la vente (d.a. conjoint, vol. I, p. 166)

[105] Le 20 juillet 2009, Indalex a saisi le juge Campbell de deux motions.

[106] Dans la première, Indalex demandait au tribunal d'approuver la vente à SAPA de son actif d'entreprise en exploitation, l'acquéreur ne retenant à son compte aucun des engagements de retraite. Le juge Campbell a approuvé la vente.

[107] Dans la deuxième motion, Indalex a demandé au tribunal d'approuver la distribution provisoire du produit de la vente aux prêteurs DE. L'avocat des participants du régime des cadres et le Syndicat, qui représentait certains des salariés, se sont opposés à cette distribution au motif qu'une fiducie d'origine législative protégeait les déficits de leurs régimes et qu'Indalex avait manqué à ses obligations fiduciaires envers eux. Le juge Campbell a ordonné au contrôleur de payer l'agent administratif des prêteurs DE par prélèvement sur le produit de la vente, mais également d'établir un fonds de réserve suffisant pour donner suite, entre autres choses, aux réclamations des bénéficiaires des régimes dans l'éventualité où il y serait fait droit. Il a ordonné que les débitrices américaines soient subrogées dans les droits des prêteurs DE jusqu'à concurrence du montant qu'elles avaient dû leur verser aux termes de la garantie (par. 14).

(6) La vente et la distribution des fonds

[108] SAPA a acheté l'actif d'Indalex le 31 juillet 2009. Compte tenu du fonds de réserve, la vente n'a pas généré de fonds suffisants pour rembourser intégralement les prêteurs DE, de sorte que les débitrices américaines ont versé à titre de cautions 10 751 247 \$ US à ces derniers (motifs de la C.A., par. 65).

(7) L'ordonnance visée par l'appel

[109] Le 28 août 2009, le juge Campbell a entendu la thèse du Syndicat (qui représentait certains des participants du régime des salariés) et de l'avocat des participants du régime des cadres, à savoir que

wind-up deficiency was subject to a deemed trust. He rejected these claims in a written decision on February 18, 2010. He decided that the s. 57(4) *PBA* deemed trust did not apply to wind-up deficiencies. The executive plan had not been wound up, and therefore there was no wind-up deficiency to be the subject of the deemed trust. As for the salaried plan, Campbell J. held that the wind-up deficiency was not an obligation that had “accrued to the date of the wind up” and as a result did not fall within the terms of the s. 57(4) deemed trust.

[110] Indalex had asked for the stay granted under the initial order to be lifted so that it could assign itself into bankruptcy. Because he did not find a deemed trust, Campbell J. did not feel that he needed to decide on the motion to lift the stay.

(8) The Decision of the Ontario Court of Appeal

[111] The Ontario Court of Appeal allowed an appeal from the decision of Campbell J.

[112] Writing for a unanimous panel, Gillese J.A. decided that the s. 57(4) deemed trust is applicable to wind-up deficiencies. She took the view that s. 57(4)’s reference to “employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due” included all amounts that the employer owed on the wind-up of its pension plan: para. 101. In particular, she concluded that the deemed trust applied to the wind-up deficiency in the salaried plan. Gillese J.A. declined, however, to decide whether the deemed trust also applied to deficiencies in the executive plan, which had not been wound up by the relevant date: paras. 110-12. A decision on this latter point was unnecessary given her finding on the applicability of a constructive trust in this case.

[113] Gillese J.A. found that the super priority provided for in the DIP order did not trump the

le déficit de liquidation était réputé détenu en fiducie. Dans une décision motivée par écrit datée du 18 février 2010, il rejette cette prétention et conclut que la fiducie réputée du par. 57(4) de la *LRR* ne vise pas le déficit de liquidation. Le régime des cadres n’ayant pas été liquidé, il n’y avait donc pas de déficit de liquidation susceptible de faire l’objet d’une fiducie réputée. S’agissant du régime des salariés, le juge Campbell conclut que le déficit de liquidation n’équivaut pas à des cotisations qui sont « accumulées à la date de la liquidation », de sorte qu’il n’est pas réputé détenu en fiducie suivant le par. 57(4).

[110] Indalex a demandé la levée de la suspension accordée dans l’ordonnance initiale afin de pouvoir faire cession de ses biens. Ne concluant pas à l’existence d’une fiducie réputée, le juge Campbell ne juge pas nécessaire de statuer sur la demande visant à faire lever la suspension.

(8) L’arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario

[111] La Cour d’appel de l’Ontario accueille l’appel interjeté contre la décision du juge Campbell.

[112] Au nom d’une formation unanime, la juge Gillese estime que la fiducie réputée du par. 57(4) s’applique au déficit de liquidation. Les « cotisations de l’employeur qui sont accumulées [en anglais, « *accrued* »] à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues » dont fait mention cette disposition englobent selon elle toutes les sommes que l’employeur devait au moment de la liquidation de son régime de retraite (par. 101). Plus particulièrement, elle conclut que la fiducie réputée du par. 57(4) s’applique au déficit de liquidation du régime des salariés. Elle refuse cependant de se prononcer sur l’application de la fiducie réputée au déficit du régime des cadres, lequel n’était pas liquidé à la date considérée (par. 110-112), ce qui n’était pas nécessaire puisqu’elle conclut à l’applicabilité de la fiducie par interprétation dans ce cas.

[113] La juge Gillese conclut que la superpriorité accordée dans l’ordonnance DE ne prime pas la

deemed trust over the salaried plan's wind-up deficiency. Morawetz J. had not "invoked" the issue of paramountcy or made an explicit finding that the requirements of federal law required that the provincially created deemed trust must be overridden: paras. 178-79. Gillese J.A. also took the view that this Court's decision in *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, did not mean that provincially created priorities that would be ineffective under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 ("*BIA*"), were also ineffective under the *CCAA*: paras. 185-96. The deemed trust therefore ranked ahead of the DIP security.

[114] In addition to her findings regarding deemed trusts, Gillese J.A. granted the plan beneficiaries a constructive trust over the amount of the reserve fund on the ground that Indalex, as pension plan administrator, had breached fiduciary duties that it owed to the plan beneficiaries during the *CCAA* proceedings.

[115] She held that as a plan administrator who was also an employer, Indalex had fiduciary duties both to the plan beneficiaries and to the corporation: para. 129. In her view, Indalex was subject to both sets of duties throughout the *CCAA* proceedings and it had breached its duties to the plan beneficiaries in several ways. While Indalex had the right to initiate *CCAA* proceedings, this action made the plan beneficiaries vulnerable and therefore triggered its fiduciary obligations as plan administrator: paras. 132-33. Gillese J.A. enumerated the many ways in which she thought Indalex subsequently failed as plan administrator: it did nothing in the *CCAA* proceedings to fund the deficit in the underfunded plans; it applied for *CCAA* protection without notice to the beneficiaries; it obtained DIP financing on the condition that DIP lenders be granted a super priority over "statutory trusts"; it obtained this financing without notice to the plan beneficiaries; it sold its assets knowing the purchaser was not taking over the plans; and it attempted to enter into voluntary bankruptcy, which would defeat any deemed trust claims the beneficiaries might have asserted:

fiducie qui est réputée exister à l'égard du déficit de liquidation du régime des salariés. Le juge Morawetz n'a pas [TRADUCTION] « invoqué » la prépondérance fédérale ni conclu expressément que le droit fédéral écartait la fiducie réputée de droit provincial (par. 178-179). La juge Gillese opine également que, dans l'arrêt *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, notre Cour ne statue pas que l'ordre de priorité établi par la province qui est sans effet aux fins de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI* »), ne s'applique pas non plus pour les besoins de la *LACC* (par. 185-196). La fiducie réputée prend donc rang avant la sûreté DE.

[114] Outre ses conclusions sur la fiducie réputée, la juge Gillese tranche que le fonds de réserve fait l'objet d'une fiducie par interprétation car, dans son rôle d'administrateur des régimes de retraite, Indalex a manqué à ses obligations fiduciaires envers les bénéficiaires dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC*.

[115] Elle conclut qu'à titre d'administrateur de régime qui était également employeur, Indalex avait des obligations fiduciaires tant envers les bénéficiaires des régimes qu'envers la société (par. 129). À son avis, Indalex était tenue de respecter ses obligations envers les premiers et la seconde tout au long de la procédure fondée sur la *LACC* et elle a manqué à ses obligations envers les bénéficiaires des régimes de différentes manières. Indalex avait certes le droit d'engager une procédure sous le régime de la *LACC*, mais une telle mesure rendait les bénéficiaires des régimes vulnérables, ce qui lui imposait donc des obligations fiduciaires en tant qu'administrateur des régimes (par. 132-133). La juge Gillese impute à Indalex de nombreuses erreurs subséquentes commises dans l'administration des régimes : Indalex n'a pris aucune mesure dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC* pour renflouer les régimes sous-capitalisés; elle a demandé la protection de la *LACC* sans en informer les bénéficiaires au préalable; elle a obtenu du financement DE en accordant à la créance des prêteurs une superpriorité sur toute « fiducie d'origine législative »; elle a obtenu ce financement sans en



para. 139. Gillese J.A. also noted that throughout the CCAA proceedings Indalex was in a conflict of interest because it was acting for both the corporation and the beneficiaries.

[116] Indalex's failure to live up to its fiduciary duties meant that the plan beneficiaries were entitled to a constructive trust over the amount of the reserve fund: para. 204. Since the beneficiaries had been wronged by Indalex, and the U.S. debtors were not, with respect to Indalex, an "arm's length innocent third party" the appropriate response was to grant the beneficiaries a constructive trust: para. 204. Her conclusion on this point applied equally to the salaried and executive plans.

### III. Analysis

A. *First Issue: Did the Court of Appeal Err in Finding That the Deemed Statutory Trust Provided for in Section 57(4) of the PBA Applied to the Salaried Plan's Wind-up Deficiency?*

#### (1) Introduction

[117] The main issue addressed here concerns whether the statutory deemed trust provided for in s. 57(4) of the PBA applies to wind-up deficiencies, the payment of which is provided for in s. 75(1)(b).

[118] The deemed trust created by s. 57(4) applies to "employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations". Thus, to be subject to the deemed trust, the pension plan must be wound up and the amounts in question must meet three requirements. They must be (1) "employer contributions", (2) "accrued to the date of the wind up" and (3) "not yet due". A wind-up deficiency arises "[w]here a pension plan is wound up": s. 75(1). I agree with my colleagues that there can be no deemed trust

informer au préalable les bénéficiaires des régimes; elle a vendu son actif tout en sachant que l'acquéreur ne reprendrait à son compte aucun de ses engagements de retraite; elle a tenté de faire cession volontaire de ses biens, ce qui aurait fait échec aux prétentions des bénéficiaires relatives à la fiducie réputée (par. 139). La juge Gillese relève également que tout au long de la procédure fondée sur la LACC, Indalex était en conflit d'intérêts, car elle représentait à la fois la société et les bénéficiaires.

[116] Va l'omission d'Indalex de s'acquitter de ses obligations fiduciaires, le fonds de réserve fait l'objet d'une fiducie par interprétation (par. 204). De plus, comme les bénéficiaires ont été lésés par Indalex, et que les débitrices américaines ne sont pas des [TRADUCTION] « tiers sans lien de dépendance » avec Indalex, la solution qui s'impose est de reconnaître l'existence d'une fiducie par interprétation en faveur des bénéficiaires (par. 204). Sa conclusion sur ce point vaut à la fois pour le régime des salariés et pour celui des cadres.

### III. Analyse

A. *Première question en litige : La Cour d'appel a-t-elle tort de conclure que la fiducie réputée du par. 57(4) de la LRR s'applique au déficit de liquidation du régime des salariés?*

#### (1) Introduction

[117] Le principal point considéré en l'espèce est l'application ou l'inapplication de la fiducie réputée du par. 57(4) de la LRR au déficit de liquidation, dont l'al. 75(1)(b) prévoit le paiement.

[118] La fiducie réputée du par. 57(4) vise les « cotisations de l'employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements ». Pour qu'il y ait fiducie réputée, le régime de retraite doit donc être liquidé et les sommes en question doivent remplir trois conditions. Il doit s'agir de (1) « cotisations de l'employeur », (2) « qui sont accumulées à la date de liquidation », (3) « mais qui ne sont pas encore dues ». Il y a déficit de liquidation « [lorsqu']un régime de retraite est liquidé »

for the executive plan, because that plan had not been wound up at the relevant date. What follows, therefore, is relevant only to the salaried plan.

[119] The wind-up deficiency payments are “employer contributions” which are “not yet due” as of the date of wind up within the meaning of the *PBA*. The main issue before us, therefore, boils down to the narrow interpretative question of whether the wind-up deficiency described in s. 75(1)(b) is “accrued to the date of the wind up”.

[120] Campbell J. at first instance found that it was not, while the Court of Appeal reached the opposite conclusion. In essence, the Court of Appeal reasoned that the deemed trust in s. 57(4) “applies to all employer contributions that are required to be made pursuant to s. 75”, that is, to “all amounts owed by the employer on the wind-up of its pension plan”: para. 101.

[121] I respectfully disagree with the Court of Appeal’s conclusion for three main reasons. First, the most plausible grammatical and ordinary sense of the words “accrued to the date of the wind up” is that the amounts referred to are precisely ascertained immediately before the effective date of the plan’s wind up. The wind up deficiency only arises upon wind up and it is neither ascertained nor ascertainable on the date fixed for wind up. Second, the broader statutory context reinforces this view: the language of the deemed trusts in s. 57(3) and (4) is virtually exactly repeated in s. 75(1)(a), suggesting that both deemed trusts refer to the liability on wind up referred to in s. 75(1)(a) and not to the further and distinct wind-up deficiency liability created under s. 75(1)(b). Finally, the legislative evolution and history of these provisions show, in my view, that the legislature never intended to include the wind-up deficiency in a statutory deemed trust.

(par. 75(1)). Je conviens avec mes collègues qu’il ne peut y avoir de fiducie réputée au bénéfice du régime des cadres, car celui-ci n’avait pas encore été liquidé à la date considérée. Par conséquent, les motifs qui suivent ne valent que pour le régime des salariés.

[119] Les versements effectués pour combler le déficit de liquidation constituent des « cotisations de l’employeur [. . .] qui ne sont pas encore dues » au moment de la liquidation au sens de la *LRR*. Il s’agit donc essentiellement d’interpréter une disposition de la loi et de déterminer seulement si le déficit de liquidation décrit à l’al. 75(1)(b) est « accumul[é] à la date de la liquidation ».

[120] En première instance, le juge Campbell conclut qu’il ne l’est pas, alors que la Cour d’appel arrive à la conclusion contraire. La Cour d’appel estime essentiellement que la fiducie réputée du par. 57(4) [TRADUCTION] « vise toutes les cotisations de l’employeur qui sont exigibles suivant l’art. 75 », à savoir « toute somme due par l’employeur à la liquidation de son régime de retraite » (par. 101).

[121] Sauf le respect qui lui est dû, je suis en désaccord avec la Cour d’appel pour trois raisons principales. Premièrement, suivant son sens ordinaire et grammatical le plus plausible, l’expression « accumulées à la date de la liquidation » renvoie aux sommes déterminées de façon précise immédiatement avant la date de prise d’effet de la liquidation du régime. Le déficit de liquidation n’est constaté qu’à l’issue de la liquidation, et il n’est ni déterminé ni déterminable à la date de liquidation prévue. Deuxièmement, le contexte législatif général me conforte dans ce point de vue. Le texte des par. 57(3) et (4) qui dispose qu’il y a fiducie réputée est repris presque en tous points à l’al. 75(1)(a), ce qui permet de conclure que, dans les deux cas de fiducie réputée, le législateur renvoie à l’obligation qui existe à la liquidation suivant l’al. 75(1)(a) et non à celle, supplémentaire et distincte, qui est liée au déficit de liquidation et qui découle de l’al. 75(1)(b). Enfin, il appert à mon sens de l’évolution et de l’historique de ces dispositions que le législateur n’a jamais voulu que le déficit de liquidation fasse l’objet d’une fiducie réputée d’origine législative.

[122] Before turning to the precise interpretative issue, it will be helpful to provide some context about the employer's wind-up obligations and the deemed trust provisions that are the subject of this dispute.

(2) Employer Obligations on Wind Up

[123] A "wind up" means that the plan is terminated and the plan assets are distributed: see *PBA*, s. 1(1), definition of "wind up". The employer's liability on wind-up consists of two main components. The first is provided for in s. 75(1)(a) and includes "an amount equal to the total of all payments that, under this Act, the regulations and the pension plan, are due or that have accrued and that have not been paid into the pension fund". This liability applies to contributions that were due as at the wind-up date but does *not* include payments required by s. 75(1)(b) that arise as a result of the wind up: A. N. Kaplan, *Pension Law* (2006), at pp. 541-42. This second liability is known as the wind-up deficiency amount. The employer must pay all additional sums to the extent that the assets of the pension fund are insufficient to cover the value of all immediately vested and accelerated benefits and grow-in benefits: Kaplan, at p. 542. Without going into detail, there are certain statutory benefits that may arise only on wind up, such as certain benefit enhancements and the potential for acceleration of pension entitlements. Thus, wind up will usually result in additional employer liabilities over and above those arising from the obligation to pay all benefits provided for in the plan itself: see, e.g., ss. 73-74; Kaplan, at p. 542. As the Court of Appeal concluded, the payments provided for under s. 75(1)(a) are those which the employer had to make while the plan was ongoing, while s. 75(1)(b) refers to the employer's obligation to make up for any wind-up deficiency: paras. 90-91.

[124] For convenience, the provision as it then stood is set out here.

75. (1) Where a pension plan is wound up in whole or in part, the employer shall pay into the pension fund,

[122] Avant d'interpréter le libellé en cause, il vaut la peine de situer dans leur contexte les obligations de l'employeur en cas de liquidation, ainsi que les dispositions sur la fiducie réputée qui font l'objet du présent litige.

(2) Les obligations de l'employeur à la liquidation

[123] La « liquidation » s'entend de la cessation d'un régime et de la répartition de son actif (voir la définition de « liquidation » au par. 1(1) de la *LRR*). L'obligation de l'employeur comporte alors deux volets principaux. Premièrement, suivant l'al. 75(1)a), son obligation correspond au versement d'« un montant égal au total de tous les paiements qui, en vertu de la présente loi, des règlements et du régime de retraite, sont dus ou accumulés et qui n'ont pas été versés à la caisse de retraite ». Sont visées les cotisations dues à la date de la liquidation, mais *non* les paiements exigés à l'al. 75(1)b) par suite de la liquidation (A. N. Kaplan, *Pension Law* (2006), p. 541-542). La seconde obligation vise le déficit de liquidation. L'employeur est tenu de verser toute somme supplémentaire requise du fait que la valeur de l'actif du régime de retraite est inférieure à celle de la totalité des droits à pension acquis de manière immédiate, accélérée ou réputée (Kaplan, p. 542). Sans entrer dans le détail, certains droits d'origine législative ne naissent qu'en cas de liquidation, tels certains enrichissements des prestations et la possibilité d'accélérer l'acquisition du droit à pension. La liquidation fait donc à l'employeur d'autres obligations en sus de celle de verser toutes les prestations prévues par le régime lui-même (voir, p. ex., art. 73-74; Kaplan, p. 542). Ainsi que le conclut la Cour d'appel, les paiements visés à l'al. 75(1)a) sont ceux que l'employeur devait verser pendant l'application du régime, tandis que l'al. 75(1)b) renvoie à son obligation de combler tout déficit de liquidation (par. 90-91).

[124] Pour faciliter sa consultation, voici le libellé qui s'appliquait au moment considéré :

75. (1) Si un régime de retraite est liquidé en totalité ou en partie, l'employeur verse à la caisse de retraite :

- |  |   |
|--|---|
| <p>(a) an amount equal to the total of all payments that, under this Act, the regulations and the pension plan, are due or that have accrued and that have not been paid into the pension fund; <u>and</u></p> <p>(b) an amount equal to the amount by which,</p> <p style="padding-left: 20px;">(i) the value of the pension benefits under the pension plan that would be guaranteed by the Guarantee Fund under this Act and the regulations if the Superintendent declares that the Guarantee Fund applies to the pension plan,</p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) the value of the pension benefits accrued with respect to employment in Ontario vested under the pension plan, and</p> <p style="padding-left: 20px;">(iii) the value of benefits accrued with respect to employment in Ontario resulting from the application of subsection 39 (3) (50 per cent rule) and section 74,</p> | <p>a) d'une part, un montant égal au total de tous les paiements qui, en vertu de la présente loi, des règlements et du régime de retraite, sont dus ou accumulés, et qui n'ont pas été versés à la caisse de retraite;</p> <p>b) d'autre part, un montant égal au montant dont :</p> <p style="padding-left: 20px;">(i) la valeur des prestations de retraite aux termes du régime de retraite qui seraient garanties par le Fonds de garantie en vertu de la présente loi et des règlements si le surintendant déclare que le Fonds de garantie s'applique au régime de retraite,</p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) la valeur des prestations de retraite accumulées à l'égard de l'emploi en Ontario et acquises aux termes du régime de retraite,</p> <p style="padding-left: 20px;">(iii) la valeur des prestations accumulées [en anglais, « <i>accrued</i> »] à l'égard de l'emploi en Ontario et qui résultent de l'application du paragraphe 39 (3) (règle des 50 pour cent) et de l'article 74,</p> |
|--|---|

exceed the value of the assets of the pension fund allocated as prescribed for payment of pension benefits accrued with respect to employment in Ontario.

dépassent la valeur de l'actif de la caisse de retraite attribué, comme cela est prescrit, pour le paiement de prestations de retraite accumulées à l'égard de l'emploi en Ontario.

[125] While a wind up is effective as of a fixed date, a wind up is nonetheless best thought of not simply as a moment or a single event, but as a process. It begins by a triggering event and continues until all of the plan assets have been distributed. To oversimplify somewhat, the wind-up process involves the following components.

[125] Bien que la liquidation prenne effet à une date déterminée, il s'agit d'un processus, et non d'un moment ou d'une étape en particulier. Un événement la déclenche et elle se poursuit jusqu'à la répartition de la totalité de l'actif du régime. Au risque de trop simplifier, voici quelles sont les étapes du processus de liquidation.

[126] The assets and liabilities of the plan as of the wind-up date must be determined. As noted earlier, the precise extent of the liability, while *fixed as of that date*, will not be ascertained or ascertainable *on that date*. The extent of the liability may depend on choices open to plan beneficiaries under the plan and on the exercise by them of certain statutory rights beyond the options that would otherwise have been available under the plan itself. The plan members must be notified of the wind-up and have their entitlements and options set out for them and given an opportunity to make their choices. The plan administrator must file a wind-up report which includes a statement of the plan's assets and liabilities, the benefits payable under the

[126] L'actif et le passif du régime existant à la date de la liquidation doivent être établis. Rappelons que la valeur exacte du passif, bien que *circonscrite à cette date*, n'est ni déterminée ni déterminable *cette date-là*. La valeur du passif peut dépendre des choix qui s'offrent aux bénéficiaires dans le cadre du régime, ainsi que de l'exercice par ces derniers de certains droits légaux et de la levée des options que prévoit le régime. Les participants du régime doivent être avisés de la liquidation, ainsi que de leurs droits et de leurs options, et ils doivent avoir la possibilité d'effectuer leurs choix. L'administrateur du régime doit déposer un rapport de liquidation qui fait état de l'actif et du passif du régime, des prestations payables en application du régime et du

terms of the plan, and the method of allocating and distributing the assets including the priorities for the payment of benefits: *PBA*, s. 70(1), and R.R.O. 1990, Reg. 909, s. 29 (the “*PBA Regulations*”).

[127] Benefits to members may take the form of “cash refunds, immediate or deferred annuities, transfers to registered retirement saving plans, . . . . In principle, the value of these benefits is the present value of the benefits accrued to the date of plan termination”: *The Mercer Pension Manual* (loose-leaf), vol. 1, at p. 10-41. That present value is an actuarial calculation performed on the basis of various assumptions including assumptions about investment return, mortality and so forth.

[128] If, when the assets and liabilities are calculated, the assets are insufficient to satisfy the liabilities, the employer (i.e. the plan sponsor) must make up for any wind-up deficiency: *PBA*, s. 75(1)(b). An employer can elect to space these payments out over the course of five years: *PBA Regulations*, s. 31(2). Because these payments are based on the extent to which there is a deficit between assets in the pension plan and the benefits owed to beneficiaries, their amount varies with the market and other assumed elements of the calculation over the course of the permitted five years.

[129] To take the salaried plan as an example, at the time of wind-up, all regular current service contributions had been made: C.A. reasons, at para. 33. The wind-up deficiency was initially estimated to be \$1,655,200. Indalex made special wind-up payments of \$709,013 in 2007 and \$875,313 in 2008, but as of December 31, 2008, the wind-up deficiency was \$1,795,600 — i.e. higher than it had been two years before, notwithstanding that payments of roughly \$1.6 million had been made: C.A. reasons, at para. 32. Indalex made another payment of \$601,000 in April 2009: C.A. reasons, at para. 32.

mode d’attribution et de répartition de l’actif, y compris les priorités de paiement des prestations (*LRR*, par. 70(1), et R.R.O. 1990, règl. 909, art. 29 (le « règlement de la *LRR* »)).

[127] Les prestations versées aux participants peuvent revêtir la forme de [TRADUCTION] « remboursements en espèces, de rentes immédiates ou différées, de transferts dans un régime enregistré d’épargne-retraite, [. . .]. La valeur de ces prestations correspond en principe à la valeur actuelle des prestations accumulées à la date de cessation du régime » (*The Mercer Pension Manual* (feuilles mobiles), vol. 1, p. 10-41). La valeur actuelle est obtenue au moyen d’un calcul actuariel qui tient compte de différentes hypothèses, notamment quant au rendement et à l’espérance de vie.

[128] Lorsque, après avoir calculé l’actif et le passif, le premier est inférieur au second, l’employeur (à savoir le promoteur du régime) comble le déficit de liquidation (*LRR*, al. 75(1)b)). Il peut étaler les versements sur une période de cinq ans (règlement de la *LRR*, par. 31(2)). Puisque le montant de ces versements tient à la différence entre l’actif du régime de retraite et les prestations dues aux bénéficiaires, il varie en fonction du marché et d’autres variables considérées dans le calcul sur la période autorisée de cinq ans.

[129] Dans le cas du régime des salariés, par exemple, toutes les cotisations normales pour service courant avaient été versées au moment de la liquidation (motifs de la C.A., par. 33). Le déficit de liquidation a été estimé au départ à 1 655 200 \$. Indalex a effectué des paiements spéciaux de 709 013 \$ en 2007, puis de 875 313 \$ en 2008. Or, le 31 décembre 2008, le déficit de liquidation s’établissait à 1 795 600 \$, de sorte qu’il s’était accru au cours des deux ans écoulés, malgré les quelque 1,6 million de dollars versés (motifs de la C.A., par. 32). Indalex a versé en sus 601 000 \$ en avril 2009 (motifs de la C.A., par. 32).

(3) The Deemed Trust Provisions

[130] The *PBA* contains provisions whose purpose is to exempt money owing to a pension plan, and which is held or owing by the employer, from being seized or attached by the employer's other creditors: Kaplan, at p. 395. This is accomplished by creating a "deemed trust" with respect to certain pension contributions such that these amounts are held by the employer in trust for the employees or pension beneficiaries.

[131] There are two deemed trusts that we must examine here, one relating to employer contributions that are *due but have not been paid* and another relating to employer contributions *accrued but not due*. This second deemed trust is the one in issue here, but it is important to understand how the two fit together.

[132] The deemed trust relating to employer contributions "due and not paid" is found in s. 57(3). The *PBA* and *PBA* Regulations contain many provisions relating to contributions required by employers, the due dates for which are specified. Briefly, the required contributions are these.

[133] When a pension is ongoing, employers need to make regular current service cost contributions. These are made monthly, within 30 days after the month to which they relate: *PBA* Regulations, s. 4(4)3. There are also special payments, which relate to deficiencies between a pension plan's assets and liabilities. There are "going-concern" deficiencies and "solvency" deficiencies, the distinction between which is unimportant for the purposes of these appeals. A plan administrator must regularly file actuarial reports, which may disclose deficiencies: *PBA* Regulations, s. 14. Where there is a going-concern deficiency the employer must make equal monthly payments over a 15-year period to rectify it: *PBA* Regulations, s. 5(1)(b). Where there is a solvency deficiency, the employer must make equal monthly payments over a five-year period to rectify it: *PBA* Regulations,

(3) Les dispositions relatives à la fiducie réputée

[130] La *LRR* renferme des dispositions visant à soustraire à la saisie par les autres créanciers de l'employeur les sommes dues à un régime de retraite que détient ou que doit l'employeur (Kaplan, p. 395). Ainsi, certaines cotisations au régime de retraite sont dont « réputées » détenues « en fiducie » par l'employeur pour le compte des employés ou des bénéficiaires du régime de retraite.

[131] Deux fiducies réputées doivent être examinées en l'espèce, l'une visant les cotisations de l'employeur qui sont *dues, mais impayées*, l'autre les cotisations de l'employeur qui sont *accumulées, mais qui ne sont pas dues*. Cette seconde fiducie réputée est celle qui nous intéresse dans le présent pourvoi, mais il importe de comprendre la complémentarité des deux fiducies réputées.

[132] La fiducie dont sont réputées faire l'objet les cotisations de l'employeur qui sont « dues et impayées » est créé au par. 57(3). La *LRR* et le règlement de la *LRR* renferment de nombreuses dispositions sur les cotisations de l'employeur et le moment de leur exigibilité. Voici quelles sont, en résumé, les cotisations exigées.

[133] Pendant la durée du régime de retraite, l'employeur verse chaque mois les cotisations normales pour service courant dans les 30 jours qui suivent le mois pour lequel elles sont exigibles (règlement de la *LRR*, par. 4(4)3). Des paiements spéciaux sont également effectués pour combler un déficit entre l'actif et le passif du régime. Il peut y avoir « déficit à long terme » et « déficit de solvabilité », mais la distinction entre les deux n'importe pas pour les besoins des présents pourvois. L'administrateur du régime dépose périodiquement un rapport actuariel, lequel est susceptible de révéler un déficit (règlement de la *LRR*, art. 14). Pour combler un déficit à long terme, l'employeur effectue des versements mensuels égaux sur une période de 15 ans (règlement de la *LRR*, al. 5(1)b)). Dans le cas d'un déficit de solvabilité, l'employeur effectue des versements

s. 5(1)(e). Once these regular or special payments become due but have not been paid, they are subject to the s. 57(3) deemed trust.

[134] I turn next to the s. 57(4) deemed trust, which gives rise to the question before us. The subsection provides that “[w]here a pension plan is wound up . . . , an employer who is required to pay contributions to the pension fund shall be deemed to hold in trust for the beneficiaries of the pension plan an amount of money equal to employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations”.

[135] When a pension plan is wound up there will be an interrupted monthly payment period, which is sometimes referred to as the stub period. During this stub period regular and special liabilities will have accrued but not yet become due. Section 58(1) provides that money that an employer is required to pay “accrued on a daily basis”. Because the amounts referred to in s. 57(4) are not yet due, they are not covered by the s. 57(3) deemed trust, which applies only to payments that are *due*. The two provisions, then, operate in tandem to create a trust over an employer’s unfulfilled obligations, which are “due and not paid” as well as those which have “accrued to the date of the wind up but [are] not yet due”.

#### (4) The Interpretative Approach

[136] The issue we confront is one of statutory interpretation and the well-settled approach is that “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26. Taking this approach it is clear to me that the

mensuels égaux pendant cinq ans (règlement de la *LRR*, al. 5(1)e)). Dès que ces versements normaux ou spéciaux sont dus, mais impayés, ils sont réputés faire l’objet de la fiducie créée au par. 57(3).

[134] Je passe maintenant à la fiducie réputée du par. 57(4), celle sur laquelle nous sommes appelés à nous prononcer en l’espèce. Suivant cette disposition, « [s]i un régime de retraite est liquidé [. . .], l’employeur qui est tenu de cotiser à la caisse de retraite est réputé détenir en fiducie pour le compte des bénéficiaires du régime de retraite un montant égal aux cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements ».

[135] Lorsqu’un régime de retraite est liquidé, il y a interruption des versements mensuels (intervalle appelé parfois « période tampon »). Au cours de cette période, des dettes ordinaires ou spéciales ont été contractées sans qu’elles soient immédiatement payables. Le paragraphe 58(1) dispose que l’argent qu’un employeur est tenu de verser « s’accumule sur une base quotidienne ». Puisque les sommes mentionnées au par. 57(4) ne sont pas encore dues, elles ne font pas l’objet de la fiducie dont l’existence est réputée au par. 57(3), laquelle ne vise que les paiements qui sont *dus*. Les deux dispositions s’appliquent donc de concert pour créer une fiducie à l’égard des obligations non exécutées de l’employeur qui sont « dues et impayées », ainsi qu’à l’égard des obligations qui ont pour objet des cotisations « accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues ».

#### (4) La méthode d’interprétation

[136] Nous sommes aux prises avec l’interprétation de dispositions législatives et, suivant le principe bien établi, [TRADUCTION] « il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26). Dès lors, il ne fait aucun

sponsor's obligation to pay a wind-up deficiency is not covered by the statutory deemed trust provided for in s. 57(4) of the *PBA*. In my view, the deficiency neither "accrued", nor did it arise within the period referred to by the words "to the date of the wind up".

- (a) *Grammatical and Ordinary Sense of the Words "Accrued" and "to the Date of the Wind Up"*

[137] The Court of Appeal failed to take sufficient account of the ordinary and grammatical meaning of the text of the provisions. It held that "the deemed trust in s. 57(4) applies to all employer contributions that are required to be made pursuant to s. 75": para. 101 (emphasis added). However, the plain words of the section show that this conclusion is erroneous. Section 75(1)(a) refers to liability for employer contributions that "are due . . . and that have not been paid". These amounts are thus *not* included in the s. 57(4) deemed trust, because it addresses only amounts that have "accrued to the date of the wind up but [are] not yet due". Amounts "due" are covered by the s. 57(3) deemed trust and not, as the Court of Appeal concluded by the deemed trust created by s. 57(4). The Court of Appeal therefore erred in finding, in effect, that amounts which "are due" could be included in a deemed trust covering amounts "not yet due".

[138] In my view, the most plausible grammatical and ordinary sense of the phrase "accrued to the date of the wind up" in s. 57(4) is that it refers to the sums that are ascertained immediately before the effective wind-up date of the plan.

[139] In the context of s. 57(4), the grammatical and ordinary sense of the term "accrued" is that the amount of the obligation is "fully constituted" and "ascertained" although it may not yet be payable. The amount of the wind-up deficiency is not fully constituted or ascertained (or even ascertainable) before or even on the date fixed for wind up and therefore cannot fall under s. 57(4).

doute que l'obligation du promoteur de combler un déficit de liquidation échappe à la fiducie réputée du par. 57(4) de la *LRR*. À mon avis, le déficit n'est pas « accumulé » [« *accrued* », en anglais] et n'est pas survenu pendant la période à laquelle renvoie l'expression « à la date de la liquidation ».

- a) *Le sens ordinaire et grammatical des termes « accumulées » [« *accrued* », en anglais] et « à la date de la liquidation »*

[137] La Cour d'appel ne tient pas suffisamment compte du sens ordinaire et grammatical du libellé des dispositions en cause. Elle conclut que [TRADUCTION] « la fiducie réputée du par. 57(4) vise toutes les cotisations que l'employeur est tenu de verser suivant l'art. 75 » (par. 101 (je souligne)). Or, il ressort du libellé explicite de cette dernière disposition qu'il s'agit d'une conclusion erronée. L'alinéa 75(1)a établit l'obligation de l'employeur à l'égard des paiements qui « sont dus [. . .] et qui n'ont pas été versés ». Ces paiements *ne* font donc *pas* l'objet de la fiducie réputée du par. 57(4), car celle-ci ne vise que les cotisations qui sont « accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues ». Les cotisations « dues » sont réputées détenues en fiducie suivant le par. 57(3), et non le par. 57(4) comme le conclut la Cour d'appel. Cette dernière estime en effet à tort que les cotisations qui « sont dues » peuvent être réputées détenues en fiducie comme celles qui « ne sont pas encore dues ».

[138] À mon avis, suivant son sens ordinaire et grammatical le plus plausible, l'expression « accumulées à la date de la liquidation » employée au par. 57(4) renvoie aux sommes déterminées immédiatement avant la date de prise d'effet de la liquidation du régime.

[139] Dans le contexte du par. 57(4), le sens ordinaire et grammatical d'« accumulées » veut que l'obligation soit « entièrement constituée » et que son montant soit « déterminé », même si elle peut ne pas être encore payable. Le déficit de liquidation n'est pas entièrement constitué ni son montant déterminé (ou déterminable) avant la date prévue pour la liquidation, ou le jour même, et ne peut donc pas être visé au par. 57(4).



[140] Of course, the meaning of the word “accrued” may vary with context. In general, when the term “accrued” is used in relation to legal rights, its common meaning is that the right has become fully constituted even though the monetary implications of its enforcement are not yet known or knowable. Thus, we speak of the “accrual” of a cause of action in tort when all of the elements of the cause of action come into existence, even though the extent of the damage may well not be known or knowable at that time: see, e.g., *Ryan v. Moore*, 2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53. However, when the term is used in relation to a sum of money, it will generally refer to an amount that is at the present time either quantified or exactly quantifiable but which may or may not be due.

[141] In some contexts, a liability is said to accrue when it becomes due. An accrued liability is said to be “properly chargeable” or “owing on a given day” or “completely constituted”: see, e.g., *Black’s Law Dictionary* (9th ed. 2009), at p. 997, “accrued liability”; D. A. Dukelow, *The Dictionary of Canadian Law* (4th ed. 2011), at p. 13, “accrued liability”; *Hydro-Electric Power Commission of Ontario v. Albright* (1922), 64 S.C.R. 306, at p. 312.

[142] In other contexts, an amount which has accrued may not yet be due. For example, we speak of “accrued interest” meaning a precise, quantified amount of interest that has been earned but may not yet be payable. The term “accrual” is used in the same way in “accrual accounting”. In accrual method accounting, “transactions that give rise to revenue or costs are recognized in the accounts when they are earned and incurred respectively”: B. J. Arnold, *Timing and Income Taxation: The Principles of Income Measurement for Tax Purposes* (1983), at p. 44. Revenue is earned when the recipient “substantially completes performance of everything he or she is required to do as long as the amount due is ascertainable and there is no uncertainty about its collection”: P. W. Hogg, J. E. Magee and J. Li, *Principles of Canadian Income Tax Law* (7th ed. 2010), at s. 6.5(b); see

[140] Certes, le sens du terme « accumulées » [et plus encore celui de son équivalent anglais « *accrued* »] peut varier selon le contexte. En général, lorsque ce terme est employé de pair avec des droits légaux, son sens courant veut que le droit soit entièrement constitué, même si les répercussions financières de son exécution ne sont pas encore connues et ne peuvent l’être. Ainsi, en responsabilité délictuelle, on parle d’accumulation (au sens d’acquisition ou de naissance) de la cause d’action lorsque tous ses éléments sont réunis, même lorsque l’étendue du préjudice n’est pas encore connue ou ne peut l’être (voir, p. ex., *Ryan c. Moore*, 2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53). Toutefois, lorsque le terme qualifie une somme, il renvoie généralement à un élément dont la valeur est actuellement mesurée ou mesurable, mais qui peut ou non être dû.

[141] Dans certains contextes, il y a accumulation [en anglais, « *accrual* »] lorsque l’obligation vient à échéance. On dit du passif accumulé qu’il est [TRADUCTION] « dûment imputable » ou « exigible à une date prévue », ou encore, « entièrement constitué » (voir, p. ex., la définition d’« *accrued liability* » [passif accumulé] dans le *Black’s Law Dictionary* (9<sup>e</sup> éd. 2009), p. 997; D. A. Dukelow, *The Dictionary of Canadian Law* (4<sup>e</sup> éd. 2011), p. 13; *Hydro-Electric Power Commission of Ontario c. Albright* (1922), 64 R.C.S. 306, p. 312).

[142] Dans d’autres cas, la somme qui s’est accumulée [en anglais, « *accrued* »] peut ne pas être encore exigible. Par exemple, on parle d’« intérêts accumulés » [« *accrued interest* »] au sens du montant précis des intérêts qui sont courus, mais qui ne sont pas encore exigibles. En anglais, *accrual* est utilisé dans le même sens dans l’expression « *accrual accounting* » (en français, « comptabilité d’exercice »). Suivant cette méthode, les [TRADUCTION] « opérations qui génèrent des revenus ou occasionnent des dépenses sont comptabilisées lorsque les revenus sont gagnés ou que les dépenses sont engagées » (B. J. Arnold, *Timing and Income Taxation : The Principles of Income Measurement for Tax Purposes* (1983), p. 44). Le revenu est gagné lorsque le bénéficiaire [TRADUCTION] « a essentiellement accompli tout ce qu’il devait accomplir, à condition que la somme

also Canadian Institute of Chartered Accountants, *CICA Handbook — Accounting*, Part II, s. 1000, at paras. 41-44. In this context, the amount must be ascertained at the time of accrual.

[143] The *Hydro-Electric Power Commission* case offers a helpful definition of the word “accrued” in this sense. On a sale of shares, the vendor undertook to provide on completion “a sum estimated by him to be equal to sinking fund payments [on the bonds and debentures] which shall have accrued but shall not be due at the time for completion”: p. 344 (emphasis added). The bonds and debentures required the company to pay on July 1 of each year a fixed sum for each electrical horsepower sold and paid for during the preceding calendar year. A dispute arose as to what amounts were payable in this respect on completion. Duff J. held that in this context accrued meant “completely constituted”, referring to this as a “well recognized usage”: p. 312. He went on:

Where . . . a lump sum is made payable on a specified date and where, having regard to the purposes of the payment or to the terms of the instrument, this sum must be considered to be made up of an accumulation of sums in respect of which the right to receive payment is completely constituted before the date fixed for payment, then it is quite within the settled usage of lawyers to describe each of such accumulated parts as a sum accrued or accrued due before the date of payment. [p. 316]

Thus, at every point at which a liability to pay a fixed sum arose under the terms of the contract, that liability accrued. It was fully constituted even though not yet due because the obligation to make the payment was in the future. In reaching this conclusion, Duff J. noted that the bonds and debentures used the word “accrued” in contrast to

due puisse être déterminée et que sa perception ne fasse l’objet d’aucune incertitude » (P. W. Hogg, J. E. Magee et J. Li, *Principles of Canadian Income Tax Law* (7<sup>e</sup> éd. 2010), al. 6.5b); voir également le manuel de l’Institut canadien des comptables agréés, *Manuel de l’ICCA — Comptabilité*, partie II, ch. 1000, par. 41-44). La somme en cause doit alors être déterminée au moment où le droit de la toucher est acquis [« *accrued* »].

[143] Dans l’arrêt *Hydro-Electric Power Commission*, la Cour, qui se prononçait uniquement sur le terme anglais « *accrued* », opine opportunément que ce terme se définit ainsi. Lors de la vente d’actions, le vendeur s’était engagé à remettre, une fois l’opération conclue, [TRADUCTION] « une somme équivalant selon lui aux sommes versées au fonds d’amortissement [des obligations et des débetures] qui sont alors accumulées [*accrued*], mais qui ne sont pas exigibles » (p. 344 (je souligne)). Suivant les conditions des obligations et des débetures, la société était tenue de payer, le 1<sup>er</sup> juillet de chaque année, un montant déterminé pour chacun des chevaux-vapeur électriques vendus et payés au cours de l’année civile précédente. Le litige portait sur le montant des sommes payables à ce titre une fois la vente conclue. Le juge Duff statue que, dans ce contexte, et selon un [TRADUCTION] « usage largement reconnu », le mot « *accrued* » renvoie au droit ou à l’obligation « entièrement constitué » (p. 312). Il ajoute :

[TRADUCTION] Lorsqu’une somme forfaitaire doit être versée à une date déterminée et que, vu l’objet du paiement ou les clauses du contrat, la somme en question doit être considérée comme résultant de l’accumulation de sommes pour lesquelles le droit au paiement est entièrement constitué avant la date de paiement convenue, il est tout à fait conforme à l’usage des avocats qui consiste à voir dans chacun de ces éléments accumulés une somme « *accrued* » ou devenue exigible avant la date du paiement. [p. 316]

Par conséquent, chaque fois que naissait, suivant le contrat, l’obligation de verser une somme précise, le droit à l’exécution de cette obligation était acquis (ou « *accrued* »). Le droit était entièrement constitué, même s’il n’y avait pas encore exigibilité, car l’obligation d’effectuer le versement naissait ultérieurement. Pour arriver à cette conclusion, le

“due” and that this strengthened the interpretation of “accrued” as an obligation fully constituted but not yet payable. Similarly in s. 57(4), the word “accrued” is used in contrast to the word “due”.

[144] Given my understanding of the ordinary meaning of the word “accrued”, I must respectfully disagree with my colleague, Justice Deschamps’ position that the wind-up deficiency can be said to have “accrued” to the date of wind up. In her view, “[s]ince the employees cease to accumulate entitlements when the plan is wound up, the entitlements that are used to calculate the contributions have all been accumulated before the wind-up date” (para. 34) and “no new liabilities accrued at the time of or after the wind up” (para. 36). My colleague maintains that “[t]he fact that the precise amount of the contribution is not determined as of the time of the wind up does not make it a contingent contribution that cannot have accrued for accounting purposes” (para. 37, referring to *Canadian Pacific Ltd. v. M.N.R.* (1998), 41 O.R. (3d) 606 (C.A.)).

[145] I cannot agree that no new liability accrues on or after the wind up. As discussed in more detail earlier, the wind-up deficiency in s. 75(1)(b) is made up of the difference between the plan’s assets and liabilities calculated as of the date of wind up. On wind up, the *PBA* accords statutory entitlements and protections to employees that would not otherwise be available: Kaplan, at p. 532. Wind up therefore gives rise to new liabilities. In particular, on wind up, and only on wind up, plan beneficiaries are entitled, under s. 74, to make elections regarding the payment of their benefits. The plan’s liabilities cannot be determined until those elections are made. Contrary to what my colleague Justice Deschamps suggests, the extent of the wind-up deficiency depends on employee rights that arise only upon wind up and with respect to which employees make elections only after wind up.

juge Duff fait remarquer que le terme « *accrued* » (par opposition à « *due* ») est employé dans les obligations et les débetures, ce qui confirme l’interprétation selon laquelle « *accrued* » renvoie à une obligation entièrement constituée, mais dont l’exécution n’est pas encore exigible. De même, au par. 57(4), le terme « accumulées » [« *accrued* »] est utilisé par opposition à « dues ».

[144] Selon ce que j’estime être le sens ordinaire du mot « accumulé » (en anglais, « *accrued* ») et sauf le respect que je porte à la juge Deschamps, je ne crois pas que l’on puisse considérer que le déficit de liquidation était « accumulé » à la date de la liquidation. De l’avis de ma collègue, « [p]uisque les employés cessent d’accumuler des droits lorsque le régime est liquidé, les droits qui servent au calcul des cotisations ont tous été accumulés avant la date de la liquidation » (par. 34) et « aucun passif ne s’accumule pendant ni après la liquidation » (par. 36). Pour elle, « [l]e fait que le montant précis des cotisations n’est pas établi au moment de la liquidation ne confère pas aux cotisations un caractère éventuel qui ferait en sorte qu’elles ne seraient pas accumulées d’un point de vue comptable » (par. 37, citant *Canadian Pacific Ltd. c. M.N.R.* (1998), 41 O.R. (3d) 606 (C.A.)).

[145] Je ne saurais convenir qu’aucune obligation ne s’accumule pendant ou après la liquidation. Comme je le précise précédemment, le déficit de liquidation s’entend à l’al. 75(1)(b) de la différence entre l’actif du régime et son passif calculé à la date de la liquidation. En cas de liquidation, la *LRR* confère aux employés des droits et des garanties dont ils ne bénéficieraient pas en d’autres circonstances (Kaplan, p. 532). La liquidation impose donc des obligations nouvelles à l’employeur. Plus particulièrement, en cas de liquidation, et seulement dans ce cas, l’art. 74 permet aux bénéficiaires de faire des choix quant au paiement de leurs prestations. Le passif du régime ne peut être établi avant ces choix. Contrairement à ce que laisse entendre ma collègue la juge Deschamps, le montant du déficit de liquidation dépend de droits qui ne prennent naissance qu’à la liquidation et à l’égard desquels les employés ne font des choix qu’après la liquidation.

[146] Moreover, the wind-up deficiency will vary after wind up because the amount of money necessary to provide for the payment of the plan sponsor's liabilities will vary with the market. Section 31 of the *PBA* Regulations allows s. 75 payments to be spaced out over the course of five years. As we have seen, the amount of the wind-up deficiency will fluctuate over this period (I set out earlier how this amount in fact fluctuated markedly in the case of the salaried plan in issue here). Thus, while estimates are periodically made and reported after the wind up to determine how much the employer needs to pay, the precise amount of the wind-up deficiency is not ascertained or ascertainable on the date of the wind up.

[147] I turn next to the ordinary and grammatical sense of the words "to the date of the wind up" in s. 57(4). In my view, these words indicate that only those contributions that accrue before the date of wind up, and not those amounts the liability for which arises only on the day of wind up — that is, the wind-up deficiency — are included.

[148] Where the legislature intends to include the date of wind up, it has used suitable language to effect that purpose. For example, the English version of a provision amending the *PBA* in 2010 (c. 24, s. 21(2)), s. 68(2)(c), indicates which trade unions are entitled to notice of the wind up:

68. . . .

(2) If the employer or the administrator, as the case may be, intends to wind up the pension plan, the administrator shall give written notice of the intended wind up to,

- (c) each trade union that represents members of the pension plan or that, on the date of the wind up, represented the members, former members or retired members of the pension plan;

[146] En outre, le déficit de liquidation diffère après la liquidation puisque la somme à verser pour acquitter les obligations du promoteur du régime dépend du marché. L'article 31 du règlement de la *LRR* permet de répartir sur cinq ans les versements exigés à l'art. 75. Rappelons que le montant du déficit de liquidation fluctuera au cours de cette période (j'ai déjà fait état de la manière dont il a considérablement varié dans le cas du régime des salariés visé en l'espèce). C'est pourquoi, malgré les estimations effectuées périodiquement après la liquidation pour déterminer le montant que l'employeur doit verser, le montant du déficit de liquidation n'est ni déterminé ni déterminable à la date de la liquidation.

[147] J'examine maintenant le sens ordinaire et grammatical des mots « à la date de la liquidation » (en anglais, « *to the date of the wind up* ») employés au par. 57(4). À mon avis, cette expression fait en sorte que seules sont visées les cotisations accumulées avant la date de la liquidation, et non les sommes qui font l'objet d'une obligation qui ne prend naissance que le jour de la liquidation (en anglais, « *on the date of the wind up* ») et qui correspondent au déficit de liquidation.

[148] Si l'intention du législateur avait été d'englober la date de la liquidation, il aurait employé le libellé voulu. Par exemple, l'al. 68(2)c) de la *LRR*, modifié en 2010 (ch. 24, par. 21(2)), précise dans sa version anglaise quels syndicats doivent recevoir avis de la liquidation :

68. . . .

(2) *If the employer or the administrator, as the case may be, intends to wind up the pension plan, the administrator shall give written notice of the intended wind up to,*

- (c) *each trade union that represents members of the pension plan or that, on the date of the wind up [à la date de la liquidation], represented the members, former members or retired members of the pension plan;*

In contrast to the phrase “to the date of wind up”, “on the date of wind up” clearly includes the date of wind up. (The French version does not indicate a different intention.) Similarly, s. 70(6), which formed part of the *PBA* until 2012 (rep. S.O. 2010, c. 9, s. 52(5)), read as follows:

**70. . . .**

(6) On the partial wind up of a pension plan, members, former members and other persons entitled to benefits under the pension plan shall have rights and benefits that are not less than the rights and benefits they would have on a full wind up of the pension plan on the effective date of the partial wind up.

The words “on the effective date of the partial wind up” indicate that the members are entitled to those benefits from the date of the partial wind up, in the sense that members can claim their benefits beginning on the date of the wind up itself. This is how the legislature expresses itself when it wants to speak of a period of time including a specific date. By comparison, “to the date of the wind up” is devoid of language that would include the actual date of wind up. This conclusion is further supported by the structure of the *PBA* and its legislative history and evolution, to which I will turn shortly.

[149] To sum up with respect to the ordinary and grammatical meaning of the phrase “accrued to the date of the wind up”, the most plausible ordinary and grammatical meaning is that such amounts are fully constituted and precisely ascertained immediately before the date fixed as the date of wind up. Thus, according to the ordinary and grammatical meaning of the words, the wind-up deficiency obligation set out in s. 75(1)(b) has not “accrued to the date of the wind up” as required by s. 57(4). Moreover, the liability for the wind-up deficiency arises where a pension plan is wound up (s. 75(1)(b)) and so it cannot be a liability that “accrued to the date of the wind up” (s. 57(4)).

Contrairement à la formule « *to the date of wind up* », l’expression « *on the date of wind up* » englobe clairement la date de la liquidation. (La version française ne se prête pas à une autre interprétation.) De même, le par. 70(6), qui figurait dans la *LRR* jusqu’en 2012 (abr. L.O. 2010, ch. 9, par. 52(5)), énonce ce qui suit :

**70. . . .**

(6) À la liquidation partielle d’un régime de retraite, les participants, les anciens participants et les autres personnes qui ont droit à des prestations en vertu du régime de retraite ont des droits et prestations qui ne sont pas inférieurs aux droits et prestations qu’ils auraient à la liquidation totale du régime de retraite à la date de prise d’effet de la liquidation partielle [on the effective date of the partial wind up].

Il appert de l’expression anglaise « *on the effective date of the partial wind up* » que les participants ont droit aux prestations à compter de la date de la liquidation partielle, c’est-à-dire qu’ils peuvent les réclamer à compter de la liquidation elle-même. Le législateur s’exprime ainsi lorsqu’il veut qu’une période englobe une date précise. À l’opposé, lorsqu’il dit en anglais « *to the date of the wind up* » (en français, « à la date de la liquidation »), il n’entend pas englober la date où survient la liquidation. Cette conclusion prend en outre appui sur l’architecture de la *LRR*, ainsi que sur son évolution et son historique. J’y reviendrai brièvement.

[149] Bref, le sens ordinaire et grammatical le plus plausible d’« accumulées à la date [*to the date*] de la liquidation » veut que soient visées les sommes entièrement constituées et déterminées immédiatement avant la date prévue de liquidation. Ainsi, l’obligation liée au déficit de liquidation visé à l’al. 75(1)(b) n’est donc pas « accumul[é] à la date [*to the date*] de la liquidation » comme l’exige le par. 57(4). De plus, comme cette obligation naît lorsque le régime de retraite est liquidé (al. 75(1)(b)), son objet ne peut donc pas être « accumul[é] à la date de la liquidation » (par. 57(4)).

(b) *The Scheme of the Act*

[150] As discussed earlier, s. 57 establishes deemed trusts over funds which must be contributed to a pension plan, including the one in s. 57(4), which is at issue here. It is helpful to consider these deemed trusts in the context of the obligations to pay funds which give rise to them. Specifically, the relationship between the deemed trust provisions in s. 57(3) and (4), on one hand, and s. 75(1), which sets out liabilities on wind up on the other. According to my colleague Justice Deschamps, s. 75(1) “elegantly parallels the wind-up deemed trust provision” (para. 42) such that the deemed trusts must include the wind-up deficiency. I disagree. In my view, the deemed trusts parallel only s. 75(1)(a), which does not relate to the wind-up deficiency. The correspondence between the deemed trusts and s. 75(1)(a), and the absence of any such correspondence with s. 75(1)(b), makes it clear that the wind-up deficiency is not covered by the deemed trust provisions.

[151] I would recall here the difference between the deemed trusts created by s. 57(3) and (4). While a plan is ongoing, there may be payments which the employer is required to, but has failed to make. The s. 57(3) trust applies to these payments because they are “due and not paid”. When a plan is wound up, however, there will be payments that are outstanding in the sense that they are fully constituted, but not yet due. This occurs with respect to the so-called stub period referred to earlier. During this stub period, regular and special liabilities will accrue on a daily basis, as provided for in s. 58(1), but may not be due at the time of wind up. While s. 57(3) cannot apply to these payments because they are not yet due, the deemed trust under s. 57(4) applies to these payments because liability for them has “accrued to the date of the wind up” and they are “not yet due”.

[152] The important point is how these two deemed trust provisions relate to the wind-up liabilities as described in ss. 75(1)(a) and 75(1)(b).

b) *Le régime de la Loi*

[150] Je le répète, l’art. 57 dispose que les sommes dues à un régime de retraite sont réputées détenues en fiducie. La disposition applicable en l’espèce est le par. 57(4). Il est utile de se pencher sur ces fiducies réputées en liaison avec les obligations de versement qui les font naître. Plus précisément, il s’agit de considérer la relation entre, d’une part, les fiducies dont l’existence est réputée aux par. 57(3) et (4) et, d’autre part, le par. 75(1), qui prescrit certains versements à la liquidation. Selon ma collègue la juge Deschamps, le libellé du par. 75(1) « fait élégamment écho à celui qui crée la fiducie réputée à la liquidation » (par. 42), de sorte que la fiducie réputée doit englober le déficit de liquidation. Je ne suis pas d’accord. À mon avis, la fiducie réputée ne fait écho qu’à l’al. 75(1)a), lequel ne porte pas sur le déficit de liquidation. Il ressort de la correspondance existant entre les fiducies créées et l’al. 75(1)a), et de l’absence d’une telle correspondance avec l’al. 75(1)b) que le déficit de liquidation ne fait pas l’objet d’une fiducie réputée.

[151] Je rappelle la différence entre les fiducies réputées des par. 57(3) et (4). Pendant la durée du régime, l’employeur peut omettre d’effectuer les versements auxquels il est tenu. La fiducie créée au par. 57(3) vise ces versements, car il s’agit de sommes « dues et impayées ». Cependant, lorsque le régime est liquidé, des versements demeurent en suspens en ce sens que le droit y afférent est entièrement constitué, mais que les sommes en cause ne sont pas encore dues. La situation se présente pendant la période tampon mentionnée précédemment où les paiements normaux et spéciaux s’accumulent chaque jour conformément au par. 58(1), mais peuvent ne pas être dus au moment de la liquidation. Bien que le par. 57(3) ne puisse s’appliquer à ces paiements parce qu’ils ne sont pas encore dus, la fiducie créée au par. 57(4) les englobe, car l’obligation s’y rapportant est « accumulé[e] à la date de la liquidation », mais les sommes en question ne sont « pas encore dues ».

[152] L’élément important réside dans le rapport entre ces deux dispositions créant une fiducie et les versements exigés aux al. 75(1)a) et 75(1)b) en cas

The two paragraphs refer to sums of money that are different in kind: while s. 75(1)(a) refers to liabilities that accrue before wind up and that are created elsewhere in the Act, s. 75(1)(b) creates a completely new liability that comes into existence only once the plan is wound up. There is no dispute, as I understand it, that these two paragraphs refer to different liabilities and that it is the liability described in s. 75(1)(b) that is the wind-up deficiency in issue here. The parties do not dispute that s. 75(1)(a) does *not* include wind-up deficiency payments.

[153] It is striking how closely the text of s. 75(1)(a) — which does not relate to the wind-up deficiency — tracks the language of the deemed trust provisions in s. 57(3) and (4). As noted, s. 57(3) deals with “employer contributions due and not paid”, while s. 57(4) deals with “employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due”. Section 75(1)(a) includes both of these types of employer contributions. It refers to “payments that . . . are due . . . and that have not been paid” (i.e. subject to the deemed trust under s. 57(3)) or that have “accrued and that have not been paid” (i.e. subject to the deemed trust under s. 57(4) to the extent that these payments accrued to the date of wind up). This very close tracking of the language between s. 57(3) and (4) on the one hand and s. 75(1)(a) on the other, and the absence of any correspondence between the language of these deemed trust provisions with s. 75(1)(b), suggests that the s. 57(3) and (4) deemed trusts refer to the liability described in s. 75(1)(a) and not to the wind-up deficiency created by s. 75(1)(b). It is difficult to understand why, if the intention had been for s. 57(4) to capture the wind-up deficiency liability under s. 75(1)(b), the legislature would have so closely tracked the language of s. 75(1)(a) alone in creating the deemed trusts. Thus, in my respectful view, the elegant parallel to which my colleague, Justice Deschamps refers exists only between the deemed trust and s. 75(1)(a), and not between the deemed trust and the wind-up deficiency.

de liquidation. Ces deux alinéas visent des sommes de nature différente. L’alinéa 75(1)a renvoie au passif accumulé avant la liquidation et qui résulte de l’application d’autres dispositions de la Loi, alors que l’al. 75(1)b crée un passif entièrement nouveau qui naît seulement une fois le régime liquidé. Nul ne conteste, pour autant que je sache, que les deux alinéas renvoient à des passifs différents et que le déficit de liquidation visé en l’espèce correspond à l’obligation prévue à l’al. 75(1)b. Les parties ne contestent pas que l’al. 75(1)a *ne vise pas* les paiements visant à combler le déficit de liquidation.

[153] Il est frappant de constater à quel point le libellé de l’al. 75(1)a — qui ne porte pas sur le déficit de liquidation — s’apparente à celui des par. 57(3) et (4), qui créent des fiducies. Le paragraphe 57(3) vise les « cotisations de l’employeur qui sont dues et impayées », alors que le par. 57(4) a pour objet les « cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues ». Les deux types de cotisations de l’employeur entrent dans le champ d’application de l’al. 75(1)a, lequel renvoie aux « paiements qui [. . .] sont dus [. . .] et qui n’ont pas été versés » (qui sont donc réputés détenus en fiducie suivant le par. 57(3)) ou qui sont « accumulés, et qui n’ont pas été versés » (qui sont donc réputés détenus en fiducie suivant le par. 57(4), dans la mesure où ils sont accumulés à la date de la liquidation). La grande ressemblance du libellé des par. 57(3) et (4), d’une part, et du texte de l’al. 75(1)a, d’autre part, et l’absence de toute correspondance entre le libellé de ces dispositions créant une fiducie et le texte de l’al. 75(1)b donnent à penser que l’objet des fiducies dont l’existence est réputée aux par. 57(3) et (4) s’entend de l’obligation faite à l’al. 75(1)a, et non du déficit de liquidation visé à l’al. 75(1)b. On comprend difficilement que le législateur, s’il a voulu que l’obligation de combler le déficit de liquidation visé à l’al. 75(1)b bénéficie de l’application du par. 57(4), ait repris le seul libellé de l’al. 75(1)a pour créer les fiducies. En toute déférence, si comme le dit ma collègue la juge Deschamps, des libellés se font élégamment écho, ce sont ceux de la fiducie réputée et de l’al. 75(1)a, et non ceux de la fiducie réputée et du déficit de liquidation.

[154] I conclude that the scheme of the *PBA* reinforces my conclusion that the ordinary grammatical sense of the words in s. 57(4) does not extend to the wind-up deficiency provided for in s. 75(1)(b).

(c) *Legislative History and Evolution*

[155] Legislative history and evolution may form an important part of the overall context within which a provision should be interpreted. Legislative evolution refers to the various formulations of the provision while legislative history refers to evidence about the provision's conception, preparation and enactment: see, e.g., *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, at para. 43.

[156] Both the legislative evolution and history of the *PBA* show that it was never the legislature's intention to include the wind-up deficiency in the deemed trust. The evolution and history of the *PBA* are rather intricate and sometimes difficult to follow so I will review them briefly here before delving into a more detailed analysis.

[157] The deemed trust was first introduced into the *PBA* in 1973. At that time, it covered employee contributions held by the employer and employer contributions that were due but not paid. In 1980, the *PBA* was amended so that the deemed trust was expanded to include employer contributions whether they were due or not. Also, new provisions were added allowing for employee elections and requiring additional payments by the employer where a plan was wound up. The 1980 amendments gave rise to confusion on two fronts: first, it was unclear whether the payments that were required on wind up were subject to the deemed trust; second, it was unclear whether a lien over some employer contributions covered the same amount as the deemed trust. In 1983, both these points were clarified. The sections were reworded and rearranged to make it clear that the wind-up deficiency was distinct from the amounts covered by the deemed trust, and that the lien and the

[154] L'architecture de la *LRR* me conforte dans l'opinion que le sens ordinaire et grammatical des termes qui y sont employés n'emporte pas l'application du par. 57(4) au déficit de liquidation visé à l'al. 75(1)(b).

c) *L'évolution et l'historique législatifs*

[155] L'évolution et l'historique législatifs peuvent constituer un élément important du contexte global dans lequel une disposition législative doit être interprétée. L'évolution législative s'entend des diverses formulations successives du texte de loi, alors que l'historique législatif s'entend des éléments touchant à sa conception, à son élaboration et à son adoption (voir, p. ex., *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, par. 43).

[156] Il appert tant de l'évolution de la *LRR* que de son historique que le législateur n'a jamais voulu que le déficit de liquidation fasse l'objet de la fiducie réputée. L'évolution et l'historique de la *LRR* étant plutôt complexes et parfois difficiles à suivre, je les examine brièvement avant de me livrer à une analyse plus approfondie.

[157] La fiducie réputée a fait son apparition dans la *LRR* en 1973. À cette époque, elle visait les cotisations des salariés que détenait l'employeur et les cotisations de l'employeur qui étaient dues, mais impayées. En 1980, la *LRR* a été modifiée de sorte que la fiducie réputée englobe toutes les cotisations de l'employeur, qu'elles soient dues ou non. En outre, de nouvelles dispositions permettaient aux salariés de faire des choix et exigeaient des versements supplémentaires de l'employeur lorsque le régime était liquidé. La réforme de 1980 a créé de l'incertitude sous deux rapports. Premièrement, on se demandait si les versements requis à la liquidation faisaient l'objet de la fiducie réputée et, deuxièmement, si certaines cotisations de l'employeur faisaient l'objet d'un privilège à raison du montant visé par la fiducie réputée. En 1983, ces deux points ont été clarifiés. Les articles ont été remaniés et leur libellé reformulé afin de préciser que le déficit de liquidation était distinct des



deemed trust covered the same amount. A statement by the responsible Minister in 1982 confirms that *the deemed trusts were never intended to cover the wind-up deficiency*.

[158] My colleague, Justice Deschamps maintains that this history suggests an evolution in the intention of the legislature from protecting “only the service contributions that were due . . . to all amounts due and accrued upon wind up” (para. 42). I respectfully disagree. In my view, the history and evolution of the *PBA* leading up to and including 1983 show that the legislature never intended to include the wind-up deficiency in the deemed trust. Moreover, legislative evolution after 1983 confirms that this intention did not change.

- (i) *The Pension Benefits Amendment Act, 1973*, S.O. 1973, c. 113

[159] So far as I can determine, statutory deemed trusts were first introduced into the *PBA* by *The Pension Benefits Amendment Act, 1973*, S.O. 1973, c. 113, s. 6. Those amendments created deemed trusts over two amounts: employee pension contributions received by employers (s. 23a(1), similar to the deemed trust in the current s. 57(1)) and employer contributions that had fallen due under the plan (s. 23a(3), similar to the current s. 57(3) deemed trust for employer contributions “due and not paid”). The full text of these provisions and those referred to below, up to the current version of the 1990 Act, are found in the Appendix.

- (ii) *The Pension Benefits Amendment Act, 1980*, S.O. 1980, c. 80

[160] Ontario undertook significant pension reform leading to *The Pension Benefits Amendment Act, 1980*, S.O. 1980, c. 80; see Kaplan, at pp. 54-56. I will concentrate on the deemed trust provisions and how they related to the liabilities on

sommes réputées détenues en fiducie, et que le privilège et la fiducie réputée portaient sur un même montant. En 1982, le ministre responsable a confirmé que *la fiducie réputée n’a jamais été censée s’appliquer au déficit de liquidation*.

[158] Pour ma collègue la juge Deschamps, cet historique refléterait l’évolution de l’intention du législateur que la protection couvre d’abord « uniquement les cotisations dues [puis s’étende à tous] les montants dus ou accumulés à la liquidation » (par. 42). Soit dit en tout respect, je ne suis pas d’accord. À mon avis, l’historique et l’évolution de la *LRR* jusqu’en 1983 inclusivement montrent que le législateur n’a jamais voulu que le déficit de liquidation fasse l’objet de la fiducie réputée. Qui plus est, il appert de l’évolution de la *LLR* postérieure à 1983 que cette intention demeure inchangée.

- (i) *The Pension Benefits Amendment Act, 1973*, S.O. 1973, ch. 113

[159] Aussi loin que je puisse remonter, la fiducie réputée a vu le jour dans la *LRR* par suite de l’adoption de la *Pension Benefits Amendment Act, 1973*, S.O. 1973, ch. 113, art. 6. L’existence d’une fiducie a été réputée à l’égard, d’une part, des cotisations des salariés au régime de retraite touchées par les employeurs (par. 23a(1), ce qui s’apparente à la fiducie prévue au par. 57(1) actuel) et, d’autre part, des cotisations de l’employeur devenues exigibles aux termes du régime (par. 23a(3), ce qui s’apparente aux cotisations de l’employeur « qui sont dues et impayées » et qui sont réputées détenues en fiducie en application du par. 57(3) actuel). Le texte intégral de ces dispositions et de celles mentionnées ci-après, jusqu’à la version actuelle datant de 1990, figure en annexe.

- (ii) *The Pension Benefits Amendment Act, 1980*, S.O. 1980, ch. 80

[160] L’Ontario a entrepris une réforme majeure des régimes de retraite qui a débouché sur l’adoption de la *Pension Benefits Amendment Act, 1980*, S.O. 1980, ch. 80 (voir Kaplan, p. 54-56). Je m’attacherai aux dispositions sur la fiducie réputée et à

wind up and, for ease of reference, I will refer to the sections as they were renumbered in the 1980 consolidation: R.S.O. 1980, c. 373. The 1980 legislation expanded the deemed trust relating to employer contributions. Although far from clear, the new provisions appear to have created a deemed trust and lien over the employer contributions whether otherwise payable or not and calculated as if the plan had been wound up on the relevant date.

[161] It was unclear after the reforms of 1980 whether the deemed trust applied to all employer contributions that arose on wind up. According to s. 23(4), on any given date, the trust extended to an amount to be determined “as if the plan had been wound up on that date”. However, the provisions of the 1980 version of the Act did not explicitly state what such a calculation would include. Under s. 21(2) of the 1980 statute, the employer was obligated to pay on wind up “all amounts that would otherwise have been required to be paid to meet the tests for solvency . . . , up to the date of such termination or winding up”. Under s. 32, however, the employer had to make a payment on wind up that was to be “[i]n addition” to that due under s. 21(2). Whether the legislature intended that the trust should cover this latter payment was left unclear.

[162] It was also unclear whether the lien applied to a different amount than was subject to the deemed trust. According to s. 23(3), “the members have a lien upon the assets of the employer in such amount that in the ordinary course of business would be entered into the books of account whether so entered or not”. This comes in the middle of two portions of the provision which explicitly refer to the deemed trust, but it is not clear whether the legislature intended to refer to the same amount throughout the provision.

leur interaction avec le passif issu de la liquidation. Pour faciliter la consultation, je renvoie aux dispositions selon leur nouvelle numérotation datant de la refonte de 1980 (R.S.O. 1980, ch. 373). La loi de 1980 a accru la portée de la fiducie réputée quant aux cotisations de l’employeur. Même si elles ne sont pas du tout claires, les nouvelles dispositions semblent faire en sorte que les cotisations de l’employeur, qu’elles soient exigibles ou non, dont le montant est établi comme si le régime avait été liquidé à la date considérée, fassent l’objet d’une fiducie réputée et d’un privilège.

[161] Après la réforme de 1980, l’incertitude persistait quant à savoir si la fiducie réputée visait toutes les cotisations exigibles de l’employeur une fois le régime liquidé. Suivant le par. 23(4), était détenu en fiducie, à une date donnée, un montant devant être déterminé [TRADUCTION] « comme si le régime avait été liquidé à cette date ». Or, les dispositions de 1980 ne précisaient pas expressément les éléments à inclure dans ce calcul. Aux termes du par. 21(2) de la loi de 1980, à la liquidation, l’employeur était tenu de verser « les sommes dont le versement aurait été par ailleurs requis pour satisfaire aux critères de solvabilité [. . .] jusqu’à la date de la cessation ou de la liquidation du régime ». L’article 32 disposait cependant que, à la liquidation, l’employeur effectuait un versement « [e]n plus » de celui exigé au par. 21(2). Restait à savoir si l’intention du législateur était que ce dernier paiement soit détenu en fiducie.

[162] Il n’était pas clair non plus que l’objet du privilège était le même que celui de la fiducie réputée. Suivant le par. 23(3), [TRADUCTION] « les participants ont un privilège sur l’actif de l’employeur à raison du montant qui, dans le cours normal des affaires, serait consigné dans les livres de comptes, qu’il y soit consigné ou non ». Ce passage figure entre deux parties de la disposition qui renvoient expressément à la fiducie réputée, mais l’intention du législateur demeure incertaine quant à savoir si c’est le même montant qui est visé chaque fois.

(iii) *The Pension Benefits Amendment Act, 1983*, S.O. 1983, c. 2

[163] The 1983 amendments substantially clarified the scope of the deemed trust and lien for employer contributions. They make clear that neither the deemed trust nor the lien applied to the wind-up deficiency; the responsible Minister confirmed that this was the intention of the amendments.

[164] The new provision was amended by s. 3 of the 1983 amendments and is found in s. 23(4) which provided:

23. . . .

(4) An employer who is required by a pension plan to contribute to the pension plan shall be deemed to hold in trust for the members of the pension plan an amount of money equal to the total of,

- (a) all moneys that the employer is required to pay into the pension plan to meet,
  - (i) the current service cost, and
  - (ii) the special payments prescribed by the regulations,

that are due under the pension plan or the regulations and have not been paid into the pension plan; and

- (b) where the pension plan is terminated or wound up, any other money that the employer is liable to pay under clause 21 (2) (a).

Section 21(2)(a) provides that on wind up, the employers must pay an amount equal to *the current service cost and the special payments* that “have accrued to and including the date of the termination winding up but, under the terms of the pension plan or the regulations, are not due on that date”; the provision adds that these amounts shall be deemed to accrue on a daily basis. These provisions make it clear that the s. 23(4) deemed trust applies only to the special payments and current service costs that have accrued, on a daily basis, up to and including

(iii) *The Pension Benefits Amendment Act, 1983*, S.O. 1983, ch. 2

[163] Les modifications de 1983 ont considérablement précisé la portée de la fiducie réputée et du privilège et elles ont circonscrit les cotisations de l’employeur qui en faisaient l’objet. Il en ressort que ni la fiducie réputée ni le privilège n’ont pour objet le déficit de liquidation; le ministre responsable a confirmé que telle était l’intention du législateur en apportant les modifications.

[164] La nouvelle disposition a été modifiée par l’art. 3 de la loi de 1983 pour devenir le par. 23(4), lequel disposait dès lors ce qui suit :

[TRADUCTION]

23. . . .

(4) L’employeur qui, dans le cadre d’un régime de retraite, est tenu de cotiser à ce régime est réputé détenir en fiducie pour le compte des participants du régime une somme égale au total

- (a) de toutes les sommes que l’employeur est tenu de verser au régime pour acquitter
  - (i) le coût du service courant et
  - (ii) les paiements spéciaux prescrits par règlement,

qui sont dus aux termes du régime ou du règlement, et qui n’ont pas été versés;

- (b) lors de la cessation ou de la liquidation du régime, toute autre somme que l’employeur est tenu de payer en vertu de l’alinéa 21 (2) a).

Suivant l’alinéa 21(2)a), l’employeur est tenu, lors de la liquidation, de verser un montant égal au *coût du service courant et aux paiements spéciaux* qui [TRADUCTION] « sont accumulés à la date de la cessation ou de la liquidation, celle-ci comprise, mais qui, suivant les conditions du régime et le libellé du règlement, ne sont pas encore dus ». La disposition prévoit en outre que ces postes sont réputés s’accumuler sur une base quotidienne. Il est donc clair, suivant le par. 23(4), que seuls sont détenus en fiducie les paiements spéciaux et le coût

the date of wind up. The deemed trust clearly does not extend to the wind-up deficiency.

[165] The provision referring to the additional payments required on wind up also makes clear that those payments are not within the scope of the deemed trust. These additional liabilities were described by s. 32, a provision very similar to s. 75(1)(b). These amounts are first, the amount guaranteed by the Guarantee Fund and, second, the value of pension benefits vested under the plan that exceed the value of the assets of the plan. Section 32(2) specifies that these amounts *are* “in addition to the amounts that the employer is liable to pay under subsection 21 (2)” (which are the payments comparable to the current s. 75(1)(a) payments) and that *only the latter* fall within the deemed trust. The inevitable conclusion is that, in 1983, the wind-up deficiency was not included in the scope of the deemed trust.

[166] The 1983 amendments also clarified the scope of the lien. They indicated that the scope of the lien was identical to the scope of the deemed trust. Section 23(5) specified that the lien extended only to the amounts that were deemed to be held in trust under s. 23(4) (i.e. the *current service costs and special payments that had accrued to and including the date of the wind up but are not yet due*).

[167] This makes two things clear: that the lien covers the same amounts as the deemed trust, and that neither covers the wind-up deficiency.

[168] A brief, but significant piece of legislative history seems to me to dispel any possible doubt. In speaking at first reading of the 1983 amendments, the Minister responsible, the Honourable Robert Elgie said this:

The first group of today’s amendments makes up the housekeeping changes needed for us to do what we set out to do in late 1980; that is, to guarantee pension benefits following the windup of a defined pension

du service courant qui sont accumulés, sur une base quotidienne, jusqu’à la date de la liquidation, celle-ci comprise. Le déficit de liquidation ne fait manifestement pas l’objet de la fiducie réputée.

[165] La disposition relative au versement supplémentaire exigé à la liquidation établit aussi clairement que ce versement n’est pas réputé détenu en fiducie. Le montant de ce versement supplémentaire est précisé à l’art. 32, dont le libellé est très semblable à celui de l’al. 75(1)b). Il s’agit premièrement de la somme garantie par le Fonds de garantie et, deuxièmement, de l’excédent des prestations de retraite acquises en vertu du régime sur l’actif du régime. Le paragraphe 32(2) dispose que le versement exigé de l’employeur *s’ajoute* à celui exigé au par. 21(2) (lequel s’apparente à celui que vise l’actuel al. 75(1)a) et donc que *seul ce dernier* est réputé détenu en fiducie. Force est de conclure que, en 1983, le déficit de liquidation échappait à la fiducie réputée.

[166] Les modifications de 1983 ont également clarifié la portée du privilège en précisant qu’elle était identique à celle de la fiducie réputée. Le paragraphe 23(5) précisait que le privilège ne valait que pour les sommes réputées détenues en fiducie suivant le par. 23(4) (à savoir le *coût du service courant et les paiements spéciaux accumulés à la date de la liquidation, celle-ci comprise, mais qui ne sont pas encore dus*).

[167] Deux choses sont donc claires. L’objet du privilège et de la fiducie réputée est le même et il exclut le déficit de liquidation.

[168] L’historique législatif renferme un passage bref mais important qui me paraît dissiper tout doute éventuel à cet égard. Lors de la première lecture du projet de modification de 1983, le ministre responsable, l’honorable Robert Elgie, a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] La première série de modifications examinée aujourd’hui apporte les changements administratifs nécessaires pour atteindre l’objectif que nous avons fixé vers la fin de 1980,

benefit plan. These amendments will clarify the ways in which we can attain that goal.

In Bill 214 [i.e. the 1980 amendments] the employees were given a lien on the employer's assets for employee contributions to a pension plan collected by the employer, as well as accrued employer contributions. . . .

Unfortunately, this protection has resulted in different legal interpretations on the extent of the lien. An argument has been advanced that the amount of the lien includes an employer's potential future liability on the windup of a pension plan. This was never intended and is not necessary to provide the required protection. The amendment to section 23 clarifies the intent of Bill 214. [Emphasis added.]

(Ontario (Hansard), No. 99, 2nd Sess., 32nd Parl., July 7, 1982, p. 3568)

The 1983 amendments made the scope of the lien correspond precisely to the scope of the deemed trust over the employer's accrued contributions. It is thus clear from this statement that it was never the legislative intention that either should apply to "an employer's potential future liability" on wind up (i.e. the wind-up deficiency). In 1983, there is therefore, in my view, virtually irrefutable evidence of legislative intent to do exactly the opposite of what the Court of Appeal held in this case had been done.

[169] Subsequent legislative evolution shows no change in this legislative intent. In fact, subsequent amendments demonstrate a clear legislative intent to exclude from the deemed trust employer liabilities that arise only upon wind up of the plan.

(iv) *Pension Benefits Act, 1987, S.O. 1987, c. 35*

[170] Amendments to the *PBA* in 1987 resulted in it being substantially in its current form. With those amendments, the extent of the deemed trusts was further clarified. The provision in the 1983

à savoir garantir les prestations de retraite après la liquidation d'un régime de retraite à prestations déterminées. Ces modifications préciseront les moyens grâce auxquels cet objectif pourra être atteint.

Dans le projet de loi 214 [la réforme de 1980], les employés bénéficiaient d'un privilège sur l'actif de l'employeur à l'égard des cotisations versées au régime de retraite et perçues par l'employeur, ainsi que des cotisations de l'employeur accumulées. . . .

Malheureusement, la portée du privilège fait l'objet de différentes interprétations juridiques. On a fait valoir que le montant protégé grâce au privilège comprenait toute somme éventuelle due par l'employeur à la liquidation du régime, ce qui n'a jamais été voulu par le législateur et n'était pas nécessaire pour assurer la protection souhaitée. La modification apportée à l'article 23 précise l'intention qui sous-tend le projet de loi 214. [Je souligne.]

(Ontario (Hansard), n° 99, 2<sup>e</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 7 juillet 1982, p. 3568)

Les modifications de 1983 ont fait en sorte que la portée du privilège corresponde exactement à celle de la fiducie réputée en ce qui a trait aux cotisations accumulées de l'employeur. Il ressort donc de l'extrait qui précède que le législateur n'a jamais voulu que la fiducie réputée ou le privilège s'appliquent à « toute somme éventuelle due par l'employeur » lors de la liquidation (à savoir, le déficit de liquidation). À mon sens, il est donc pour ainsi dire établi que, en 1983, le législateur entendait accomplir précisément le contraire de ce qui, selon la Cour d'appel, aurait résulté de ces modifications.

[169] L'évolution législative ultérieure montre que l'intention du législateur n'a pas changé. En fait, les modifications subséquentes révèlent clairement son intention d'exclure de la fiducie réputée les obligations de l'employeur qui naissent seulement lors de la liquidation du régime.

(iv) *Loi de 1987 sur les régimes de retraite, L.O. 1987, ch. 35*

[170] Les modifications apportées à la *LRR* en 1987 l'ont essentiellement fait évoluer jusqu'à sa version actuelle. Elles ont précisé davantage la portée des fiducies réputées. Dans la Loi de 1983,

version of the Act combined within a single subsection a deemed trust for employer contributions that were due and not paid (s. 23(4)(a)) and employer contributions that had accrued to and including the date of wind up but which were not yet due (s. 23(4)(b), referring to s. 21(2)(a)). In the 1987 amendments, these two trusts were each given their own subsection and their scope was further clarified. Moreover, after the 1987 revision, one no longer had to refer to a separate provision (formerly s. 21(2)(a)) to determine the scope of the trust covering payments that were accrued but not yet due. Thus, while the substance of the provisions did not change in 1987, their form was simplified.

[171] The new s. 58(3) (which is exactly the same as the current s. 57(3)) replaced the former s. 23(4)(a). This created a trust for employer contributions due and not paid. Section 58(4) (which is exactly the same as s. 57(4) as it stood at the time) replaced the former s. 23(4)(b) and part of s. 21(2)(a) and created a trust that arises on wind up and covers “employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due”.

[172] The 1987 amendment also shows that the legislature adverted to the difference between “to the date of the wind up” and “to and including” the date of wind up and chose the former. This is reflected in a small but significant change in the wording of the relevant provisions. The former provision, s. 23(4)(b), by referring to s. 21(2)(a) captured current service costs and special payments that “have accrued to and including the date of the termination or winding up.” The new version in s. 58(4) deletes the words “and including”, putting the section in its present form. This deletion, to my way of thinking, reinforces the legislative intent to *exclude* from the deemed trust liabilities that arise only *on* the date of wind up. Respectfully, the legislative record does not support Deschamps J.’s view that there was a legislative evolution towards a more expanded deemed trust. Quite the opposite.

un même paragraphe créait une fiducie réputée pour les cotisations de l’employeur qui étaient dues mais impayées (al. 23(4)a)) et une autre pour les cotisations de l’employeur qui étaient accumulées jusqu’à la date de la liquidation, celle-ci comprise, mais qui n’étaient pas encore dues (al. 23(4)b), qui renvoyait à l’al. 21(2)a)). Dès 1987, les deux fiducies ont fait l’objet de paragraphes distincts et leur portée a été davantage circonscrite. En outre, après la réforme de 1987, il n’était plus nécessaire de renvoyer à une autre disposition (l’ancien al. 21(2)a)) pour déterminer la portée de la fiducie créée pour les paiements accumulés, mais non encore dus. Par conséquent, si le fond des dispositions n’a pas été modifié en 1987, leur forme a été simplifiée.

[171] Le nouveau par. 58(3) (identique au par. 57(3) actuel) a remplacé l’ancien al. 23(4)a), lequel créait une fiducie pour les cotisations de l’employeur dues mais impayées. Le paragraphe 58(4) (identique au par. 57(4) actuel) a remplacé l’ancien al. 23(4)b) et, en partie, l’al. 21(2)a), et dispose que, dès la liquidation, les « cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues » sont détenues en fiducie.

[172] La modification de 1987 montre également que le législateur était conscient de la différence entre « à la date de la liquidation » et « à la date [de la liquidation], celle-ci comprise » et qu’il a choisi la première formule. C’est ce qui appert d’un changement léger, mais important, apporté au libellé des dispositions en cause. L’ancienne disposition, l’al. 23(4)b), par son renvoi à l’al. 21(2)a), englobait le coût du service courant et les paiements spéciaux [TRADUCTION] « accumulés à la date de cessation ou de liquidation, celle-ci comprise ». Dans la nouvelle disposition, le par. 58(4), les mots « celle-ci comprise » sont supprimés pour donner le libellé actuel. À mon sens, cette suppression appuie l’intention du législateur d’*exclure* du champ d’application de la fiducie réputée les obligations qui naissent seulement à la date même de la liquidation. En toute déférence, l’historique législatif n’étaye pas le point de vue de ma collègue la juge Deschamps selon lequel il y aurait eu, au fil de l’évolution législative, accroissement de la portée de la fiducie réputée. C’est plutôt le contraire.

[173] To sum up, I draw the following conclusions from this review of the legislative evolution and history. The legislation differentiates between two types of employer liability relevant to this case. The first is the contributions required to cover current service costs and any other payments that are either due or have accrued on a daily basis up to the relevant time. These are the payments referred to in the current s. 75(1)(a), that is, payments due or accrued but not paid. The second relates to additional contributions required when a plan is wound up which I have referred to as the wind-up deficiency. These payments are addressed in s. 75(1)(b). The legislative history and evolution show that the deemed trusts under s. 57(3) and (4) were intended to apply only to the former amounts and that it was never the intention that there should be a deemed trust or a lien with respect to an employer's potential future liabilities that arise once the plan is wound up.

(d) *The Purpose of the Legislation*

[174] Excluding the wind-up deficiency from the deemed trust is consistent with the broader purposes of the legislation. Pension legislation aims at important protective purposes. These protective purposes, however, are not pursued at all costs and are clearly intended to be balanced with other important interests within the context of a carefully calibrated scheme: *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152, at paras. 13-14.

[175] In this instance, the legislature has created trusts over contributions that were due or accrued to the date of the wind up in order to protect, to some degree, the rights of pension plan beneficiaries and employees from the claims of the employer's other creditors. However, there is also good reason to think that the legislature had in mind other competing objectives in not extending the deemed trust to the wind-up deficiency.

[173] En résumé, voici ce que je conclus de l'évolution et de l'historique législatifs. La loi établit une distinction entre deux types d'obligation de l'employeur qui sont pertinents en l'espèce. Il y a d'une part les cotisations requises pour acquitter le coût du service courant et d'autres paiements qui sont dus ou qui sont accumulés sur une base quotidienne jusqu'à la date considérée. Il s'agit des paiements prévus à l'actuel al. 75(1)a), à savoir les paiements qui sont dus ou accumulés, mais qui n'ont pas été versés. Et d'autre part, il y a les cotisations supplémentaires exigées lorsque le régime est liquidé (ou, comme j'y renvoie précédemment, le déficit de liquidation). Ces paiements font l'objet de l'al. 75(1)b). Il appert de l'évolution et de l'historique législatifs que les fiducies réputées des par. 57(3) et (4) devaient seulement englober les cotisations du premier type et que le législateur n'a jamais voulu que les obligations ultérieures de l'employeur qui naissent une fois le régime liquidé fassent l'objet d'une fiducie réputée ou d'un privilège.

d) *L'objet de la loi*

[174] L'exclusion du déficit de liquidation de la fiducie réputée est conforme aux objectifs généraux de la loi. Les dispositions sur les régimes de retraite ont une importante vocation de protection. Or, le législateur n'entend pas atteindre son objectif de protection à n'importe quel prix, son intention étant clairement de le mettre en balance avec d'autres intérêts importants dans le cadre d'un régime soigneusement conçu (*Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152, par. 13-14).

[175] Dans le cas qui nous intéresse, le législateur a créé des fiducies à l'égard des cotisations qui sont dues ou accumulées à la date de la liquidation afin de protéger, dans une certaine mesure, les droits des bénéficiaires d'un régime de retraite et ceux des employés contre les réclamations des autres créanciers de l'employeur. Or, il y a de bonnes raisons de penser que c'est en raison d'autres objectifs concurrents que le législateur s'est abstenu d'accroître la portée de la fiducie réputée et d'y inclure le déficit de liquidation.

[176] First, if there were to be a deemed trust over all employer liabilities that arise when a plan is wound up, much simpler and clearer words could readily be found to achieve that objective.

[177] Second, extending the deemed trust protections to the wind-up deficiency might well be viewed as counter-productive in the greater scheme of things. A deemed trust of that nature might give rise to considerable uncertainty on the part of other creditors and potential lenders. This uncertainty might not only complicate creditors' rights, but it might also affect the availability of funds from lenders. The wind-up liability is potentially large and, while the business is ongoing, the extent of the liability is unknown and unknowable for up to five years. Its amount may, as the facts of this case disclose, fluctuate dramatically during this time. A liability of this nature could make it very difficult to assess the creditworthiness of a borrower and make an appropriate apportionment of payment among creditors extremely difficult.

[178] While I agree that the protection of pension plans is an important objective, it is not for this Court to decide the extent to which that objective will be pursued and at what cost to other interests. In her conclusion, Justice Deschamps notes that although the protection of pension plans is a worthy objective, courts should not use the law of equity to re-arrange the priorities that Parliament has established under the *CCAA*. This is a matter of policy where courts must defer to legislatures (reasons of Justice Deschamps, at para. 82). In my view, my colleague's comments on this point are equally applicable to the policy decisions reflected in the text of the *PBA*. The decision as to the level of protection that should be provided to pension beneficiaries is one to be left to the Ontario legislature. Faced with the language in the *PBA*, I would be slow to infer that the broader protective purpose, with all its potential disadvantages, was intended.

[176] Premièrement, si le législateur avait voulu créer une fiducie applicable à la totalité des obligations de l'employeur qui découlent de la liquidation d'un régime, il lui aurait été aisé de s'exprimer beaucoup plus simplement et clairement.

[177] Deuxièmement, si on considère la situation avec un certain recul, il pourrait fort bien être néfaste de protéger le déficit de liquidation au moyen de la fiducie réputée. Il pourrait en effet en résulter une grande incertitude pour les autres créanciers et prêteurs éventuels, une incertitude qui pourrait non seulement compliquer l'exercice des droits des créanciers, mais aussi compromettre l'accès d'une entreprise en difficulté aux fonds des prêteurs. L'ampleur des obligations à la liquidation peut être considérable et, lorsque l'entreprise demeure en exploitation, on ne peut savoir quelle sera cette ampleur sur une période de cinq ans. Le quantum de ces obligations peut, comme le montrent les faits de la présente espèce, fluctuer radicalement pendant cet intervalle. De telles obligations peuvent rendre très difficile l'évaluation de la solvabilité de l'emprunteur et plus difficile encore la juste répartition des paiements entre les créanciers.

[178] Je conviens certes que la protection des régimes de retraite constitue un objectif important, mais il n'appartient pas à la Cour de décider de la mesure dans laquelle cet objectif sera poursuivi ou d'autres intérêts en souffriront. Dans sa conclusion, la juge Deschamps souligne que même si la protection des régimes de retraite constitue un objectif valable, les tribunaux ne doivent pas recourir à l'équité pour modifier les priorités du législateur qui sous-tendent la *LACC*. Il s'agit d'une question de politique générale, et les tribunaux doivent déférer à la décision du législateur (motifs de la juge Deschamps, par. 82). À mon avis, les propos de ma collègue sur ce point valent également pour les décisions de politique générale qui sous-tendent le texte de la *LRR*. Il appartient à l'Assemblée législative de l'Ontario de décider du degré de protection qu'il convient d'accorder aux bénéficiaires d'un régime de retraite. Au vu du



In short, the interpretation I would adopt is consistent with a balanced approach to protection of benefits which the legislature intended.

[179] For these reasons, I am of the respectful view that the Court of Appeal erred in finding that the s. 57(4) deemed trust applied to the wind-up deficiency.

B. *Second Issue: Did the Court of Appeal Err in Finding That Indalex Breached the Fiduciary Duties it Owed to the Pension Beneficiaries as the Plans' Administrator and in Imposing a Constructive Trust as a Remedy?*

(1) Introduction

[180] The Court of Appeal found that during the CCAA proceedings Indalex breached its fiduciary obligations as administrator of the pension plans: para. 116. As a remedy, it imposed a remedial constructive trust over the reserve fund, effectively giving the plan beneficiaries recovery of 100 cents on the dollar in priority to all other creditors, including creditors entitled to the super priority ordered by the CCAA court.

[181] The breaches identified by the Court of Appeal fall into three categories. First, Indalex breached the prohibition against a fiduciary being in a position of conflict of interest because its interests in dealing with its insolvency conflicted with its duties as plan administrator to act in the best interests of the plans' members and beneficiaries: para. 142. According to the Court of Appeal, the simple fact that Indalex found itself in this position of conflict of interest was, of itself, a breach of its fiduciary duty as plan administrator. Second, Indalex breached its fiduciary duty by applying, without notice to the plans' beneficiaries, for CCAA protection: para. 139. Third, Indalex

libellé de la *LRR*, j'hésite à inférer que le législateur a voulu conférer une vaste protection avec tous les inconvénients que cela pouvait comporter. En somme, l'interprétation que je préconise s'accorde avec l'approche équilibrée du législateur dans la protection du droit à des prestations.

[179] C'est pourquoi j'estime que la Cour d'appel a tort de conclure que la fiducie réputée du par. 57(4) vise le déficit de liquidation.

B. *Deuxième question en litige : La Cour d'appel a-t-elle tort de conclure qu'Indalex a manqué à ses obligations fiduciaires envers les bénéficiaires en tant qu'administrateur des régimes de retraite et d'imposer une fiducie par interprétation à titre de réparation?*

(1) Introduction

[180] La Cour d'appel conclut que, dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC*, Indalex a manqué à ses obligations fiduciaires d'administrateur des régimes de retraite (par. 116). En guise de réparation, elle impose une fiducie par interprétation à l'égard du fonds de réserve et permet ainsi aux bénéficiaires des régimes de retraite de recouvrer l'intégralité de leur créance de préférence à tous les autres créanciers, notamment ceux auxquels le tribunal a accordé une superpriorité sous le régime de la *LACC*.

[181] Les manquements relevés par la Cour d'appel sont de trois ordres. D'abord, Indalex n'a pas respecté l'interdiction faite au fiduciaire de se trouver en conflit d'intérêts car, dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC*, ses intérêts d'entreprise insolvable s'opposaient à son obligation d'administrateur d'agir au mieux des intérêts des participants et des bénéficiaires des régimes (par. 142). Selon la Cour d'appel, ce conflit d'intérêts constituait à lui seul un manquement d'Indalex à ses obligations fiduciaires d'administrateur des régimes. Deuxièmement, Indalex a manqué à ses obligations fiduciaires en demandant, sans en informer au préalable les

breached its fiduciary duty by seeking and/or obtaining various relief in the CCAA proceedings including the “super priority” in favour of the DIP lenders, approval of the sale of the business knowing that no payment would be made to the underfunded plans over the statutory deemed trusts and seeking to be put into bankruptcy with the intention of defeating the deemed trust claims: para. 139. As a remedy for these breaches of fiduciary duty the court imposed a constructive trust.

[182] In my view, the Court of Appeal took much too expansive a view of the fiduciary duties owed by Indalex as plan administrator and found breaches where there were none. As I see it, the only breach of fiduciary duty committed by Indalex occurred when, upon insolvency, Indalex’s corporate interests were in obvious conflict with its fiduciary duty as plan administrator to ensure that all contributions were made to the plans when due. The breach was not in failing to avoid this conflict — the conflict itself was unavoidable. Its breach was in failing to address the conflict to ensure that the plan beneficiaries had the opportunity to have representation in the CCAA proceedings as if there were independent plan administrators. I also conclude that a remedial constructive trust is not available as a remedy for this breach.

[183] This part of the appeals requires us to answer two questions which I will address in turn:

- (i) What fiduciary duties did Indalex have in its role as plan administrator and did it breach them?
- (ii) If so, was imposition of a constructive trust an appropriate remedy?

bénéficiaires des régimes, la protection offerte par la LACC (par. 139). Troisièmement, Indalex a manqué à ses obligations fiduciaires en sollicitant puis en obtenant diverses mesures dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC, dont la « super-priorité » de la créance des prêteurs DE, l’approbation de la vente de l’entreprise alors qu’elle savait que nul versement ne serait fait aux régimes sous-capitalisés en sus des sommes protégées par les fiducies réputées d’origine législative, et en demandant sa mise en faillite dans l’intention de faire échec aux prétentions relatives à la fiducie réputée (par. 139). En guise de réparation de ces manquements à l’obligation fiduciaire, la cour a imposé une fiducie par interprétation.

[182] À mon sens, la Cour d’appel confère une portée excessive aux obligations fiduciaires d’Indalex en tant qu’administrateur des régimes et elle relève des manquements qui n’en sont pas. Indalex a seulement manqué à son obligation fiduciaire lorsque, une fois devenue insolvable, ses intérêts sont clairement entrés en conflit avec son obligation fiduciaire d’administrateur d’assurer le versement aux régimes de toutes les cotisations devenues exigibles. Son manquement réside dans l’omission non pas d’éviter ce conflit, qui était en soi inévitable, mais de pallier le problème en veillant à ce que les bénéficiaires des régimes puissent être représentés dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC comme si l’administrateur des régimes avait été indépendant. Je conclus également que la fiducie par interprétation ne saurait être accordée à titre de réparation pour ce manquement.

[183] Ce volet des pourvois commande de répondre à deux questions que j’examine successivement :

- (i) Quelles étaient les obligations fiduciaires d’Indalex en tant qu’administrateur des régimes de retraite, et y a-t-il eu manquement à ces obligations?
- (ii) Dans l’affirmative, l’imposition d’une fiducie par interprétation constituait-elle une réparation appropriée?

(2) What Fiduciary Duties Did Indalex Have in its Role as Plan Administrator and Did it Breach Those Duties?

(a) *Legal Principles*

[184] The appellants do not dispute that Indalex, in its role of administrator of the plans, had fiduciary duties to the members of the plan and that when it is acting in that role it can only act in the interests of the plans' beneficiaries. It is not necessary for present purposes to decide whether a pension plan administrator is a *per se* or *ad hoc* fiduciary, although it must surely be rare that a pension plan administrator would not have fiduciary duties in carrying out that role: *Burke v. Hudson's Bay Co.*, 2010 SCC 34, [2010] 2 S.C.R. 273, at para. 41, aff'g 2008 ONCA 394, 67 C.C.P.B. 1, at para. 55.

[185] However, the conclusion that Indalex as plan administrator had fiduciary duties to the plan beneficiaries is the beginning, not the end of the inquiry. This is because fiduciary duties do not exist at large, but arise from and relate to the specific legal interests at stake: *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261, at para. 31. As La Forest J. put it in *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574:

The obligation imposed [on a fiduciary] may vary in its specific substance depending on the relationship . . . . [N]ot every legal claim arising out of a relationship with fiduciary incidents will give rise to a claim for breach of fiduciary duty. . . .

It is only in relation to breaches of the specific obligations imposed because the relationship is one characterized as fiduciary that a claim for breach of fiduciary duty can be founded. . . . [Emphasis added; pp. 646-47.]

[186] The nature and scope of the fiduciary duty must, therefore, be assessed in the legal framework governing the relationship out of which the

(2) Quelles étaient les obligations fiduciaires d'Indalex en tant qu'administrateur des régimes de retraite, et y a-t-il eu manquement à ces obligations?

a) *Principes juridiques*

[184] Les appelants ne contestent pas que, en tant qu'administrateur des régimes de retraite, Indalex avait des obligations fiduciaires envers les participants et que, à ce titre, elle ne pouvait agir que dans l'intérêt des bénéficiaires des régimes. Point n'est besoin, aux fins du pourvoi, de déterminer si l'administrateur d'un régime de retraite est fiduciaire en soi ou *ad hoc*, bien qu'il soit assurément rare qu'un tel administrateur n'ait pas d'obligations fiduciaires dans l'exercice de cette fonction (*Burke c. Cie de la Baie d'Hudson*, 2010 CSC 34, [2010] 2 R.C.S. 273, par. 41, conf. 2008 ONCA 394, 67 C.C.P.B. 1, par. 55).

[185] Or, la conclusion portant que, à titre d'administrateur des régimes, Indalex avait des obligations fiduciaires envers les bénéficiaires marque le début de l'examen, et non sa fin, car les obligations fiduciaires n'existent pas en général, mais découlent des intérêts juridiques qui sont précisément en jeu et s'y rattachent (*Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261, par. 31). Comme l'affirme le juge La Forest dans *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574 :

La nature particulière de cette obligation [du fiduciaire] peut varier selon les rapports concernés [. . .] [C]e ne sont pas tous les droits découlant de rapports présentant des caractéristiques fiduciaires qui justifient une demande pour manquement à une obligation fiduciaire. . .

La prétention qu'il y a manquement à une obligation fiduciaire ne peut se fonder que sur le manquement aux obligations particulières qui découlent des rapports dits fiduciaires. . . [Je souligne; p. 646-647.]

[186] Il convient donc d'apprécier la nature et la portée de l'obligation fiduciaire dans le cadre juridique applicable à la relation dont est issue cette

fiduciary duty arises: see, e.g., *Sharbern Holding Inc. v. Vancouver Airport Centre Ltd.*, 2011 SCC 23, [2011] 2 S.C.R. 175, at para. 141; *Galambos v. Perez*, 2009 SCC 48, [2009] 3 S.C.R. 247, at paras. 36-37; *K.L.B. v. British Columbia*, 2003 SCC 51, [2003] 2 S.C.R. 403, at para. 41. So, for example, as a general rule, a fiduciary has a duty of loyalty including the duty to avoid conflicts of interest: see, e.g., *Strother v. 3464920 Canada Inc.*, 2007 SCC 24, [2007] 2 S.C.R. 177, at para. 35; *Lac Minerals*, at pp. 646-47. However, this general rule may have to be modified in light of the legal framework within which a particular fiduciary duty must be exercised. In my respectful view, this is such a case.

(b) *The Legal Framework of Indalex's Dual Role as a Plan Administrator and Employer*

[187] In order to define the nature and scope of Indalex's role and fiduciary obligations as a plan administrator, we must examine the legal framework within which the administrator functions. This framework is established primarily by the plan documents and the relevant provisions of the *PBA*. It is to these sources, first and foremost, that we look in order to shape the specific fiduciary duties owed in this context.

[188] Turning first to the plan documents, I take the salaried plan as an example. Under it, the company is appointed the plan administrator: art. 13.01. The term "Company" is defined to mean Indalex Limited and any reference in the plan to actions taken or discretion to be exercised by the Company means Indalex acting through the board of directors or any person authorized by the board for the purposes of the plan: art. 2.09. Article 13.01 provides that the "Management Committee of the Board of Directors of the Company will appoint a Pension and Benefits Committee to act on behalf of the Company in its capacity as administrator of the Plan. The Pension and Benefits Committee will decide conclusively all matters relating to the operation, interpretation and application of the Plan".

obligation (voir, p. ex., *Sharbern Holding Inc. c. Vancouver Airport Centre Ltd.*, 2011 CSC 23, [2011] 2 R.C.S. 175, par. 141; *Galambos c. Perez*, 2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247, par. 36-37; *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, 2003 CSC 51, [2003] 2 R.C.S. 403, par. 41). À titre d'exemple, la règle générale veut que le fiduciaire ait un devoir de loyauté doublé d'une obligation d'éviter tout conflit d'intérêts (voir, p. ex., *Strother c. 3464920 Canada Inc.*, 2007 CSC 24, [2007] 2 R.C.S. 177, par. 35; *Lac Minerals*, p. 646-647). Toutefois, il peut se révéler nécessaire d'adapter cette règle générale au cadre juridique dans lequel doit être exercée une obligation fiduciaire en particulier. Tel est, à mon humble avis, le cas en l'espèce.

b) *Le cadre juridique de la double fonction d'Indalex à titre d'administrateur de régime et d'employeur*

[187] Pour déterminer la nature et la portée de la fonction et des obligations fiduciaires d'Indalex en tant qu'administrateur des régimes, nous devons considérer le cadre juridique dans lequel évolue l'administrateur. Ce cadre juridique découle principalement des documents constitutifs des régimes de retraite et des dispositions pertinentes de la *LRR*, des sources qui doivent être examinées avant toutes autres pour déterminer les obligations fiduciaires spécifiques qui incombent à l'administrateur dans ce contexte.

[188] En ce qui concerne d'abord les documents constitutifs des régimes de retraite, considérons ceux relatifs au régime des salariés. Ils confient à la société l'administration du régime (art. 13.01). Le terme « société » s'entend d'Indalex Limited, et toute mention par le régime d'une mesure prise ou d'un pouvoir discrétionnaire exercé par la société suppose qu'Indalex agit par l'entremise du conseil d'administration ou d'une personne autorisée par celui-ci aux fins du régime (art. 2.09). Suivant l'art. 13.01, le [TRADUCTION] « comité de gestion du conseil d'administration de la société nomme un comité de retraite et de prestations pour agir au nom de la société dans l'exercice de sa fonction d'administrateur du régime. Le comité de retraite et de prestations se prononce de manière définitive

Thus, the Pension and Benefits Committee is to act on behalf of the company and by virtue of art. 2.09 its acts are considered those of the company. Article 13.02 sets out the duties of the Pension and Benefits Committee which include the “performance of all administrative functions not performed by the Funding Agent, the Actuary or any group annuity contract issuer”: art. 13.02(1).

[189] The plan administrator also has statutory powers and duties by virtue of the *PBA*. Section 22 lists the general duties of plan administrators, three of which are particularly relevant to these appeals:

22. (1) [Care, diligence and skill] The administrator of a pension plan shall exercise the care, diligence and skill in the administration and investment of the pension fund that a person of ordinary prudence would exercise in dealing with the property of another person.

(2) [Special knowledge and skill] The administrator of a pension plan shall use in the administration of the pension plan and in the administration and investment of the pension fund all relevant knowledge and skill that the administrator possesses or, by reason of the administrator’s profession, business or calling, ought to possess.

(4) [Conflict of interest] An administrator or, if the administrator is a pension committee or a board of trustees, a member of the committee or board that is the administrator of a pension plan shall not knowingly permit the administrator’s interest to conflict with the administrator’s duties and powers in respect of the pension fund.

[190] Not surprisingly, the powers and duties conferred on the administrator by the legislation are administrative in nature. For the most part they pertain to the internal management of the pension fund and to the relationship among the pension administrator, the beneficiaries, and the Superintendent of Financial Services (“Superintendent”). The list includes: applying

sur toute question relative au fonctionnement, à l’interprétation et à l’application du régime ». Le comité de retraite et de prestations a donc pour mandat d’agir pour le compte de la société et, suivant l’art. 2.09, ses actes sont assimilés à ceux de la société. L’article 13.02 énonce les fonctions du comité, dont l’exercice de toute fonction administrative qui ne relève pas du gestionnaire de la caisse, de l’actuaire ou de l’émetteur de tout contrat de rente collective (par. 13.02(1)).

[189] La *LRR* attribue également pouvoirs et obligations à l’administrateur d’un régime. L’article 22 énumère les obligations générales faites à l’administrateur, dont trois importent particulièrement dans les présents pourvois :

22. (1) [Soin, diligence et compétence] L’administrateur d’un régime de retraite apporte à l’administration et au placement des fonds de la caisse de retraite le soin, la diligence et la compétence qu’une personne d’une prudence normale exercerait relativement à la gestion des biens d’autrui.

(2) [Connaissances et compétences particulières] L’administrateur d’un régime de retraite apporte à l’administration du régime de retraite et à l’administration et au placement des fonds de la caisse de retraite toutes les connaissances et compétences pertinentes que l’administrateur possède ou devrait posséder en raison de sa profession, de ses affaires ou de sa vocation.

(4) [Conflit d’intérêts] L’administrateur, ou si l’administrateur est un comité de retraite ou un conseil de fiduciaires, un membre du comité ou du conseil qui est l’administrateur du régime de retraite ne permet pas sciemment que son intérêt entre en conflit avec ses attributions à l’égard du régime de retraite.

[190] Il n’est pas étonnant que les pouvoirs et les obligations légaux de l’administrateur soient de nature administrative. La plupart ont trait à la gestion interne de la caisse de retraite et à la relation entre l’administrateur du régime de retraite, les bénéficiaires et le surintendant des services financiers (le « surintendant »). Mentionnons la demande au surintendant d’enregistrer le régime ou de le

to the Superintendent for registration of the plan and any amendments to it as well as filing annual information returns: ss. 9, 12 and 20 of the *PBA*; providing beneficiaries and eligible potential beneficiaries with information and documents: s. 10(1)12 and 25; ensuring that the plan is administered in accordance with the *PBA* and its regulations and plan documents: s. 19; notifying beneficiaries of proposed amendments to the plan that would reduce benefits: s. 26; paying commuted value for pensions: s. 42; and filing wind-up reports if the plan is terminated: s. 70.

[191] Of special relevance for this case are two additional provisions. Under s. 56, the administrator has a duty to ensure that pension payments are made when due and to notify the Superintendent if they are not and, under s. 59, the administrator has the authority to commence court proceedings when pension payments are not made.

[192] The fiduciary duties that employer-administrators owe to plan beneficiaries relate to the statutory and other tasks described above; these are the “specific legal interests” with respect to which the employer-administrator’s fiduciary duties attach.

[193] Another important aspect of the legal context for Indalex’s fiduciary duties as a plan administrator is that it was acting in the dual role of an employer-administrator. This dual role is expressly permitted under s. 8(1)(a) of the *PBA*, but this provision creates a situation where a single entity potentially owes two sets of fiduciary duties (one to the corporation and the other to the plan members).

[194] This was the case for Indalex. As an employer-administrator, Indalex acted through its board of directors and so it was that body which owed fiduciary duties to the plan members. The board of directors also owed a fiduciary duty to the company to act in its best interests: *Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44, s. 122(1)(a); *BCE Inc. v. 1976 Debentureholders*,

modifier, et le dépôt de la déclaration annuelle (art. 9, 12 et 20 de la *LRR*), la transmission aux bénéficiaires et aux bénéficiaires éventuels admissibles de renseignements et de documents (par. 10(1)12 et art. 25), l’observation de la *LRR* et de son règlement d’application, ainsi que des documents constitutifs du régime (art. 19), l’envoi aux bénéficiaires d’un avis relatif à une modification projetée qui réduirait les prestations (art. 26), le paiement de la valeur de rachat d’une pension différée (art. 42) et le dépôt d’un rapport de liquidation advenant la cessation du régime (art. 70).

[191] Deux autres dispositions importent particulièrement en l’espèce. L’article 56 dispose que l’administrateur a l’obligation de veiller à ce que les cotisations soient versées à la date d’exigibilité et d’en informer le surintendant lorsqu’elles ne l’ont pas été; l’art. 59 habilite l’administrateur à engager une instance judiciaire en cas de défaut de paiement.

[192] Les obligations fiduciaires de l’employeur-administrateur envers les bénéficiaires d’un régime ont trait aux attributions légales et autres susmentionnées; il s’agit des « intérêts juridiques particuliers » auxquels se rattachent les obligations fiduciaires de l’employeur-administrateur.

[193] Un autre aspect important du contexte juridique dans lequel s’inscrivent les obligations fiduciaires d’Indalex à titre d’administrateur des régimes tient à sa double fonction d’employeur et d’administrateur. L’alinéa 8(1)a) de la *LRR* autorise expressément ce double rôle, mais il crée une situation où une même entité peut devoir s’acquitter de deux ensembles distincts d’obligations fiduciaires (les unes envers la société, les autres envers les participants du régime de retraite).

[194] Telle était la situation d’Indalex. À titre d’employeur-administrateur, Indalex agissait par l’entremise de son conseil d’administration, de sorte que ce dernier avait des obligations fiduciaires envers les participants des régimes. Le conseil d’administration avait également l’obligation fiduciaire d’agir au mieux des intérêts de la société (*Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C.

2008 SCC 69, [2008] 3 S.C.R. 560, at para. 36. In deciding what is in the best interests of the corporation, a board may look to the interests of shareholders, employees, creditors and others. But where those interests are not aligned or may conflict, it is for the directors, acting lawfully and through the exercise of business judgment, to decide what is in the overall best interests of the corporation. Thus, the board of Indalex, as an employer-administrator, could not always act exclusively in the interests of the plan beneficiaries; it also owed duties to Indalex as a corporation.

(c) *Breaches of Fiduciary Duty*

[195] Against the background of these legal principles, I turn to consider the Court of Appeal's findings in relation to Indalex's breach of its fiduciary duties as administrator of the plans. As noted, they fall into three categories: being in a conflict of interest position; taking steps to reduce pension obligations in the CCAA proceedings; and seeking bankruptcy status.

(i) Conflict of Interest

[196] The questions here are first what constitutes a conflict of interest or duty between Indalex as business decision-maker and Indalex as plan administrator and what must be done when a conflict arises?

[197] The Court of Appeal in effect concluded that a conflict of interest arises whenever Indalex makes business decisions that have "the potential to affect the Plans beneficiaries' rights" (para. 132) and that whenever such a conflict of interest arose, the employer-administrator was immediately in breach of its fiduciary duties to the plan members. Respectfully, this position puts the matter far too broadly. It cannot be the case that a conflict

1985, ch. C-44, al. 122(1)a); *BCE Inc. c. Détenteurs de débetures de 1976*, 2008 CSC 69, [2008] 3 R.C.S. 560, par. 36). Pour déterminer ce qui est au mieux des intérêts de l'entreprise, le conseil d'administration peut considérer les intérêts des actionnaires, des employés, des créanciers et d'autres personnes. Or, lorsque ces intérêts ne sont pas concordants ou peuvent entrer en conflit, il appartient aux administrateurs, dans le respect de la loi et dans l'exercice de son appréciation commerciale, de déterminer ce qui sert au mieux les intérêts de la société. Par conséquent, le conseil d'administration d'Indalex, en tant qu'employeur-administrateur, ne pouvait pas toujours agir dans le seul intérêt des bénéficiaires des régimes, mais devait aussi s'acquitter de ses obligations envers la société Indalex.

c) *Manquements à l'obligation fiduciaire*

[195] Au vu de ces principes juridiques, j'examine les conclusions de la Cour d'appel concernant les manquements d'Indalex à ses obligations fiduciaires à titre d'administrateur des régimes. Je le répète, ces manquements sont de trois ordres : l'existence du conflit d'intérêts, les mesures prises dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC pour réduire ses obligations vis-à-vis des régimes de retraite et la demande présentée en vue de faire faillite.

(i) Conflit d'intérêts

[196] Il faut d'abord se demander en quoi consiste, dans le cas d'Indalex, un conflit d'intérêts ou d'obligations entre sa fonction de décideur commercial et celle d'administrateur de régime, et quelles mesures elle doit alors prendre?

[197] La Cour d'appel conclut en fait qu'il y a un conflit d'intérêts dès qu'Indalex prend une décision de nature commerciale [TRANSLATION] « susceptible d'avoir une incidence sur les droits des bénéficiaires des régimes » (par. 132) et qu'il y a alors un manquement immédiat de l'employeur-administrateur à ses obligations fiduciaires envers les participants des régimes de retraite. En toute déférence, il s'agit d'une interprétation beaucoup

arises simply because the employer, exercising its management powers in the best interests of the corporation, does something that has the potential to affect the plan beneficiaries.

[198] This conclusion flows inevitably from the statutory context. The existence of apparent conflicts that are inherent in the two roles being performed by the same party cannot be a breach of fiduciary duty because those conflicts are specifically authorized by the statute which permits one party to play both roles. As noted earlier, the *PBA* specifically permits employers to act as plan administrators (s. 8(1)(a)). Moreover, the broader business interests of the employer corporation and the interests of pension beneficiaries in getting the promised benefits are almost always at least potentially in conflict. Every important business decision has the potential to put at risk the solvency of the corporation and therefore its ability to live up to its pension obligations. The employer, within the limits set out in the plan documents and the legislation generally, has the authority to amend the plan unilaterally and even to terminate it. These steps may well not serve the best interests of plan beneficiaries.

[199] Similarly, the simple existence of the sort of conflicts of interest identified by the Court of Appeal — those inherent in the employer's exercise of business judgment — cannot of themselves be a breach of the administrator's fiduciary duty. Once again, that conclusion is inconsistent with the statutory scheme that expressly permits an employer to act as plan administrator.

[200] How, then, should we identify conflicts of interest in this context?

[201] In *R. v. Neil*, 2002 SCC 70, [2002] 3 S.C.R. 631, Binnie J. referred to the *Restatement Third, The Law Governing Lawyers* (2000), at § 121, to explain when a conflict of interest occurs in the

trop extensive. On ne saurait dire qu'il y a conflit d'intérêts uniquement parce que l'employeur, dans l'exercice de son pouvoir de gérer la société au mieux des intérêts de celle-ci, prend une mesure susceptible d'avoir une incidence sur les bénéficiaires des régimes.

[198] Telle est la conclusion qui découle nécessairement du contexte législatif. L'existence de conflits apparents qui sont inhérents à la double fonction exercée par une même personne ne peut constituer un manquement à l'obligation fiduciaire, car ces conflits sont expressément autorisés par la loi, laquelle permet à une personne d'exercer les deux fonctions. Rappelons que la *LRR* permet expressément à l'employeur d'administrer un régime (al. 8(1)a)). En outre, les intérêts commerciaux de la société-employeur en général et les intérêts des bénéficiaires d'un régime de retraite liés à l'obtention des prestations promises risquent presque toujours d'entrer en conflit. Toute décision commerciale importante est susceptible de nuire à la solvabilité de la société et, partant, à sa capacité de respecter ses obligations à l'égard du régime. Sous réserve des limites prévues par les documents constitutifs du régime de retraite et de la loi en général, l'employeur peut modifier unilatéralement le régime, voire y mettre fin, des mesures qui peuvent fort bien ne pas cadrer avec les intérêts des bénéficiaires du régime.

[199] De même, les conflits d'intérêts relevés par la Cour d'appel — ceux inhérents à l'appréciation commerciale de l'employeur — ne peuvent emporter à eux seuls le manquement à l'obligation fiduciaire de l'administrateur. Là encore, c'est ce qui appert du régime législatif, qui permet expressément à l'employeur d'administrer un régime.

[200] Comment devons-nous donc déterminer s'il y a conflit d'intérêts dans ce contexte?

[201] Dans *R. c. Neil*, 2002 CSC 70, [2002] 3 R.C.S. 631, le juge Binnie renvoie au *Restatement Third, The Law Governing Lawyers* (2000), § 121, pour expliquer à quelles conditions il y a conflit



context of the lawyer-client relationship: para. 31. In my view, the same general principle, adapted to the circumstances, applies with respect to employer-administrators. Thus, a situation of conflict of interest occurs when there is a substantial risk that the employer-administrator's representation of the plan beneficiaries would be materially and adversely affected by the employer-administrator's duties to the corporation. I would recall here, however, that the employer-administrator's obligation to represent the plan beneficiaries extends only to those tasks and duties that I have described above.

[202] In light of the foregoing, I am of the view that the Court of Appeal erred when it found, in effect, that a conflict of interest arose whenever Indalex was making decisions that "had the potential to affect the Plans beneficiaries' rights": para. 132. The Court of Appeal expressed both the potential for conflict of interest or duty and the fiduciary duty of the plan administrator much too broadly.

(ii) Steps in the CCAA Proceedings to Reduce Pension Obligations and Notice of Them

[203] The Court of Appeal found that Indalex breached its fiduciary duty simply by commencing CCAA proceedings knowing that the plans were underfunded and by failing to give the plan beneficiaries notice of the proceedings: para. 139. As I understand the court's reasons, the decision to commence CCAA proceedings was solely the responsibility of the corporation and not part of the administration of the pension plan: para. 131. The difficulty which the Court of Appeal saw arose from the potential of the CCAA proceedings to result in a reduction of the corporation's pension obligations to the prejudice of the beneficiaries: paras. 131-32.

[204] I respectfully disagree. Like Justice Deschamps, I find that seeking an initial order protecting the corporation from actions by its creditors did not, on its own, give rise to any conflict of interest or duty on the part of Indalex (reasons of Justice Deschamps, at para. 72).

d'intérêts dans le cadre de la relation entre l'avocat et son client (par. 31). À mon avis, le même principe général, adapté aux circonstances, vaut pour l'employeur-administrateur. Il y a donc conflit d'intérêts lorsqu'il existe un risque important que les obligations de l'employeur-administrateur envers la société nuisent de façon appréciable à la défense des intérêts des bénéficiaires d'un régime. Je rappelle cependant que l'obligation de l'employeur-administrateur de représenter les bénéficiaires d'un régime ne s'entend que des attributions et des fonctions énoncées précédemment.

[202] J'estime dès lors que la Cour d'appel a tort de conclure qu'il y avait conflit d'intérêts aussitôt qu'Indalex prenait une décision [TRADUCTION] « susceptible d'avoir une incidence sur les droits des bénéficiaires des régimes » (par. 132). Elle interprète de manière beaucoup trop extensive la notion de conflit éventuel d'intérêts ou d'obligations et celle d'obligation fiduciaire de l'administrateur d'un régime.

(ii) Mesures prises par Indalex dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC afin de réduire ses obligations vis-à-vis des régimes de retraite et avis de ces mesures

[203] Pour la Cour d'appel, Indalex a manqué à son obligation fiduciaire du seul fait qu'elle a engagé une procédure en application de la LACC tout en sachant que les régimes étaient sous-capitalisés, et ce, sans en informer au préalable les bénéficiaires des régimes (par. 139). Si j'interprète bien ses motifs, la décision d'entreprendre cette démarche relevait uniquement de l'administration de la société, et non de l'administration des régimes de retraite (par. 131). La difficulté résidait selon elle dans le risque que la procédure réduise les obligations de la société vis-à-vis des régimes de retraite au détriment des bénéficiaires (par. 131-132).

[204] En toute déférence, je ne suis pas d'accord. Comme ma collègue la juge Deschamps, j'estime que, à elle-seule, la mesure initiale visant à protéger la société contre ses créanciers ne plaçait pas Indalex en situation de conflit d'intérêts ou d'obligations (motifs de la juge Deschamps, par. 72).

[205] First, it is important to remember that the purpose of CCAA proceedings is not to disadvantage creditors but rather to try to provide a constructive solution for all stakeholders when a company has become insolvent. As my colleague, Deschamps J. observed in *Century Services*, at para. 15:

... the purpose of the CCAA ... is to permit the debtor to continue to carry on business and, where possible, avoid the social and economic costs of liquidating its assets.

In the same decision, at para. 59, Deschamps J. also quoted with approval the following passage from the reasons of Doherty J.A. in *Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282, at para. 57 (dissenting):

The legislation is remedial in the purest sense in that it provides a means whereby the devastating social and economic effects of bankruptcy or creditor initiated termination of ongoing business operations can be avoided while a court-supervised attempt to reorganize the financial affairs of the debtor company is made.

For this reason, I would be very reluctant to find that, simply by virtue of embarking on CCAA proceedings, an employer-administrator breaches its duties to plan members.

[206] Second, the facts of this case do not support the contention that the interests of the plan beneficiaries and the employer were in conflict with respect to the decision to seek CCAA protection. It cannot seriously be suggested that some other course would have protected more fully the rights of the plan beneficiaries. The Court of Appeal did not suggest an alternative to seeking CCAA protection from creditors, nor did any of the parties. Indalex was in serious financial difficulty and its options were limited: either make a proposal to its creditors (under the CCAA or under the BIA), or go bankrupt. Moreover, the plan administrator's duty and authority do not extend to ensuring the solvency of the corporation and an independent administrator could not reasonably expect to be

[205] Premièrement, il importe de rappeler que la procédure de la LACC n'a pas pour objet de défavoriser les créanciers, mais bien de trouver une solution à l'insolvabilité d'une société qui soit constructive pour tous les intéressés. Comme le fait remarquer ma collègue la juge Deschamps dans *Century Services*, au par. 15 :

... la LACC [...] a pour objectif de permettre au débiteur de continuer d'exercer ses activités et, dans les cas où cela est possible, d'éviter les coûts sociaux et économiques liés à la liquidation de son actif.

Dans le même arrêt (par. 59), elle cite également en l'approuvant l'extrait suivant des motifs du juge Doherty, dissident, dans *Elan Corp. c. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282, par. 57 :

[TRADUCTION] La loi est réparatrice au sens le plus pur du terme, en ce qu'elle fournit un moyen d'éviter les effets dévastateurs, — tant sur le plan social qu'économique — de la faillite ou de l'arrêt des activités d'une entreprise, à l'initiati[ve] des créanciers, pendant que des efforts sont déployés, sous la surveillance du tribunal, en vue de réorganiser la situation financière de la compagnie débitrice.

C'est pourquoi j'incline très peu à conclure que l'employeur-administrateur manque à ses obligations envers les participants des régimes de retraite du seul fait qu'il engage une procédure sur le fondement de la LACC.

[206] Deuxièmement, les faits de la présente affaire n'appuient pas la prétention selon laquelle les intérêts de l'employeur s'opposaient à ceux des bénéficiaires des régimes quant à la décision de se prévaloir ou non de la protection de la LACC. On ne saurait sérieusement soutenir qu'une autre mesure aurait protégé davantage les droits des bénéficiaires des régimes. Ni la Cour d'appel ni les parties n'avancent quelque autre solution qui eût été préférable à la protection contre les créanciers demandée sous le régime de la LACC. Indalex éprouvait de graves difficultés financières et ses options étaient limitées : elle pouvait présenter une proposition à ses créanciers (suivant la LACC ou la LFI) ou faire faillite. Qui plus est, les attributions de l'administrateur des régimes

consulted about the plan sponsor's decision to seek CCAA protection. Finally, the application for CCAA proceedings did not reduce pension obligations other than to temporarily relieve the corporation of making special payments and it was the only step with any prospect of the pension funds obtaining from the insolvent corporation the money that would become due. There was thus no conflict of duty or interest between the administrator and the employer when protective action was taken for the purpose of preserving the *status quo* for the benefit of all stakeholders.

[207] The Court of Appeal also found that it was a breach of fiduciary duty not to give the plan beneficiaries notice of the initial application for CCAA protection. Again, here, I must join Deschamps J. in disagreeing with the Court of Appeal's conclusion. Section 11(1) of the CCAA, as it stood at the time of the proceedings, provided that parties could commence CCAA proceedings without giving notice to interested persons:

**11.** (1) Notwithstanding anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up Act*, where an application is made under this Act in respect of a company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, subject to this Act, on notice to any other person or without notice as it may see fit, make an order under this section.

[208] This provision was renumbered but not substantially changed when the Act was amended in September of 2009 (S.C. 2005, c. 47, s. 128, in force Sept. 18, 2009, SI/2009-68). Although it is not appropriate in every case, CCAA courts have discretion to make initial orders on an *ex parte* basis. This may be an appropriate — even necessary — step in order to prevent “creditors from moving to realize on their claims, essentially a ‘stampede to the assets’ once creditors learn of the debtor’s financial distress”: J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement*

n’englobaient pas le fait d’assurer la solvabilité de la société, et un administrateur indépendant n’aurait pu raisonnablement s’attendre à être consulté relativement à la décision du promoteur des régimes de se prévaloir de la protection de la LACC. Enfin, la demande présentée sur le fondement de la LACC n’a pas réduit les obligations de l’employeur vis-à-vis des régimes de retraite, si ce n’est temporairement quant à l’obligation d’effectuer des paiements spéciaux, et c’était la seule mesure susceptible de permettre aux régimes de retraite d’obtenir de la société insolvable les sommes qui leur étaient dues. L’administrateur-employeur ne s’est donc pas trouvé en conflit d’intérêts ou d’obligations lorsqu’il a demandé protection afin de demeurer en exploitation au bénéfice de tous les intéressés.

[207] La Cour d’appel conclut en outre que la société a manqué à son obligation fiduciaire en omettant de donner aux bénéficiaires des régimes un avis de sa demande initiale de protection sous le régime de la LACC. Je me range encore une fois à l’opinion de ma collègue la juge Deschamps, qui exprime son désaccord avec cette conclusion. Dans sa version en vigueur au moment de la procédure, le par. 11(1) de la LACC disposait qu’une partie pouvait engager une procédure sous le régime de la LACC sans en donner avis aux intéressés :

**11.** (1) Malgré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations*, chaque fois qu’une demande est faite sous le régime de la présente loi à l’égard d’une compagnie, le tribunal, sur demande d’un intéressé, peut, sous réserve des autres dispositions de la présente loi et avec ou sans avis, rendre l’ordonnance prévue au présent article.

[208] Malgré la nouvelle numérotation issue des modifications apportées à la Loi en septembre 2009 (L.C. 2005, ch. 47, art. 128, entrée en vigueur le 18 septembre 2009, TR/2009-68), la disposition est foncièrement demeurée la même. Le tribunal saisi en vertu de la LACC dispose du pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance initiale *ex parte*. L’exercice de ce pouvoir n’est pas toujours indiqué, mais il peut l’être, voire se révéler nécessaire, afin d’empêcher [TRADUCTION] « les créanciers de réaliser leurs créances en se ruant littéralement sur l’actif dès qu’ils sont informés des difficultés

*Act* (2007), at p. 55 (“*Rescue!*”); see also *Algoma Steel Inc., Re* (2001), 25 C.B.R. (4th) 194, at para. 7. The respondents did not challenge Morawetz J.’s decision to exercise his discretion to make an *ex parte* order in this case.

[209] This is not to say, however, that *ex parte* initial orders will always be required or acceptable. Without attempting to be exhaustive or to express any final view on these issues, I simply note that there have been at least three ways in which courts have mitigated the possible negative effect on creditors of making orders without notice to potentially affected parties. First, courts have been reluctant to grant *ex parte* orders where the situation of the debtor company is not urgent. In *Rescue!*, Janis P. Sarra explains that courts are increasingly expecting applicants to have given notice before applying for a stay under the CCAA: p. 55. An example is *Marine Drive Properties Ltd., Re*, 2009 BCSC 145, 52 C.B.R. (5th) 47, a case in which Butler J. held that “[i]nitial applications in CCAA proceedings should not be brought without notice merely because it is an application under that Act. The material before the court must be sufficient to indicate an emergent situation”: para. 27. Second, courts have included “come-back” clauses in their initial orders so that parties could return to court at a later date to seek to set aside some or all of the order: *Rescue!*, at p. 55. Note that such a clause was included in the initial order by Morawetz J.: para. 46. Finally, courts have limited their initial orders to the issues that need to be resolved immediately and have left other issues to be resolved after all interested parties have been given notice. Thus, in *Timminco Ltd., Re*, 2012 ONSC 506, 85 C.B.R. (5th) 169, Morawetz J. limited the initial CCAA order so that priorities were only granted over the party that had been given notice. The discussion of suspending special payments or granting creditors priority over pension beneficiaries was left to a later date, after the parties that would be affected had been given notice. A similar approach was taken in the case of *AbitibiBowater inc. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6459 (CanLII). In his initial CCAA order, Gascon J. put off the decision regarding the

financières du débiteur » (J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2007), p. 55 (« *Rescue!* »); voir également *Algoma Steel Inc., Re* (2001), 25 C.B.R. (4th) 194, par. 7). Les intimés ne contestent pas l’exercice par le juge Morawetz de son pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance *ex parte* en l’espèce.

[209] Il ne s’ensuit cependant pas qu’il est toujours nécessaire ou acceptable de rendre une ordonnance initiale *ex parte*. Sans prétendre à l’exhaustivité ni vouloir trancher définitivement la question, je fais simplement remarquer l’existence d’au moins trois cas de figure où les tribunaux atténuent l’effet négatif que pourrait avoir sur les créanciers l’ordonnance rendue sans préavis aux parties susceptibles d’être touchées. Premièrement, lorsque la situation de la société débitrice n’est pas urgente, les tribunaux se montrent réticents à accorder une ordonnance *ex parte*. Dans *Rescue!*, Janis P. Sarra explique que les tribunaux s’attendent de plus en plus à ce que, avant de solliciter une suspension sous le régime de la LACC, la demanderesse informe les intéressés au préalable de son intention (p. 55). Par exemple, dans *Marine Drive Properties Ltd., Re*, 2009 BCSC 145, 52 C.B.R. (5th) 47, le juge Butler opine que, [TRADUCTION] « [d]ans le cadre d’une procédure fondée sur la LACC, une demande initiale ne saurait être présentée sans préavis pour le seul motif que cette loi s’applique. Les éléments présentés doivent permettre au tribunal de conclure à l’existence d’une situation d’urgence » (par. 27). Deuxièmement, dans l’ordonnance initiale, les tribunaux précisent que les parties peuvent présenter une nouvelle demande afin d’obtenir l’annulation de l’ordonnance en tout ou en partie (*Rescue!*, p. 55). Soulignons que l’ordonnance initiale du juge Morawetz confère cette faculté (par. 46). Enfin, les tribunaux ne rendent une ordonnance initiale qu’à l’égard des questions qui doivent être tranchées sans délai et ils diffèrent le règlement des autres jusqu’à ce que tous les intéressés aient reçu avis de la demande. Ainsi, dans *Timminco Ltd., Re*, 2012 ONSC 506, 85 C.B.R. (5th) 169, le juge Morawetz circonscrit l’ordonnance initiale rendue en application de la LACC de telle sorte qu’une priorité n’est accordée qu’aux parties auxquelles un avis de la demande a été

suspension of past service contributions or special payments to the pension plans in question until the parties likely to be affected could be advised of the applicant's request: para. 7.

[210] Failure to give notice of the initial CCAA proceedings was not a breach of fiduciary duty in this case. Indalex's decision to act as an employer-administrator cannot give the plan beneficiaries any greater benefit than they would have if their plan was managed by a third party administrator. Had there been a third party administrator in this case, Indalex would not have been under an obligation to tell the administrator that it was planning to enter CCAA proceedings. The respondents are asking this Court to give the advantage of Indalex's knowledge as employer to Indalex as the plan administrator in circumstances where the employer would have been unlikely to disclose the information itself. I am not prepared to blur the line between employers and administrators in this way.

[211] I conclude that Indalex did not breach its fiduciary duty by commencing CCAA proceedings or by not giving notice to the plan beneficiaries of its intention to seek the initial CCAA order.

[212] I turn next to the Court of Appeal's conclusion that seeking and obtaining the DIP orders without notice to the plan beneficiaries and seeking and obtaining the sale approval order constituted breaches of fiduciary duty.

donné. La décision de suspendre ou non les paiements spéciaux ou d'octroyer ou non aux créanciers une priorité sur les bénéficiaires des régimes de retraite est reportée à une date ultérieure, soit jusqu'à ce que les parties susceptibles d'être touchées aient été avisées. Le tribunal adopte une démarche apparentée dans l'affaire *AbitibiBowater inc. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6459 (CanLII). Dans son ordonnance initiale fondée sur la LACC, le juge Gascon reporte la décision de suspendre ou non le versement des cotisations pour service antérieur ou des paiements spéciaux aux régimes de retraite en cause jusqu'à ce que les parties susceptibles d'être touchées reçoivent avis de la demande (par. 7).

[210] En l'espèce, l'omission de donner avis de la demande initiale présentée sur le fondement de la LACC ne constituait pas un manquement à l'obligation fiduciaire. La décision d'Indalex d'agir à titre d'employeur-administrateur ne peut conférer aux bénéficiaires des régimes plus d'avantages que si l'administration de leurs régimes avait été confiée à un tiers indépendant. Dans ce dernier cas, Indalex n'aurait pas été tenue de révéler à ce tiers son intention d'engager une procédure sous le régime de la LACC. Les intimés demandent à notre Cour d'attribuer à Indalex, l'administrateur, l'avantage que détient Indalex, l'employeur, grâce à sa connaissance de certaines données, dans des circonstances où l'employeur n'aurait vraisemblablement pas communiqué ces données. Je ne suis pas disposé à brouiller ainsi la distinction entre la fonction d'employeur et celle d'administrateur.

[211] Je conclus qu'Indalex n'a pas manqué à son obligation fiduciaire en engageant la procédure fondée sur la LACC ou en omettant d'informer les bénéficiaires des régimes de son intention d'obtenir une ordonnance initiale fondée sur la LACC.

[212] Je me penche maintenant sur la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle la demande et l'obtention des ordonnances DE sans préavis aux bénéficiaires des régimes, ainsi que la demande et l'obtention de l'approbation de la vente constituaient des manquements à l'obligation fiduciaire.

[213] To begin, I agree with the Court of Appeal that “just because the initial decision to commence CCAA proceedings is solely a corporate one . . . does not mean that all subsequent decisions made during the proceedings are also solely corporate ones”: para. 132. It was at this point that Indalex’s interests as a corporation came into conflict with its duties as a pension plan administrator.

[214] The DIP orders could easily have the effect of making it impossible for Indalex to satisfy its funding obligations to the plan beneficiaries. When Indalex, through the exercise of business judgment, sought CCAA orders that would or might have this effect, it was in conflict with its duty as plan administrator to ensure that all contributions were paid when due.

[215] I do not think, however, that the simple existence of this conflict of interest and duty, on its own, was a breach of fiduciary duty in these circumstances. As discussed earlier, the *PBA* expressly permits an employer to be a pension administrator and the statutory provisions about conflict of interest must be understood and applied in light of that fact. Moreover, an independent plan administrator would have no decision-making role with respect to the conduct of CCAA proceedings. So in my view, the difficulty that arose here was not the existence of the conflict itself, but Indalex’s failure to take steps so that the plan beneficiaries would have the opportunity to have their interests protected in the CCAA proceedings as if the plans were administered by an independent administrator. In short, the difficulty was not the existence of the conflict, but the failure to address it.

[216] Despite Indalex’s failure to address its conflict of interest, the plan beneficiaries, through their own efforts, were represented at subsequent steps in the CCAA proceedings. The effect of Indalex’s

[213] D’abord, je conviens avec la Cour d’appel que [TRADUCTION] « même si la décision initiale d’engager une procédure sous le régime de la *LACC* est de nature strictement commerciale [. . .], toutes les décisions ultérieures prises pendant l’instance ne le sont pas pour autant » (par. 132). C’est à cette étape que les intérêts commerciaux d’Indalex sont entrés en conflit avec ses obligations d’administrateur des régimes de retraite.

[214] Les ordonnances DE auraient fort bien pu faire en sorte qu’Indalex ne puisse plus s’acquitter de ses obligations de capitalisation vis-à-vis des bénéficiaires des régimes. Lorsque, à l’issue de son appréciation commerciale et sur le fondement de la *LACC*, Indalex a sollicité des ordonnances qui auraient eu ou auraient pu avoir une telle conséquence, elle était en conflit avec son obligation d’administrateur des régimes de veiller au versement de toutes les cotisations dès leur exigibilité.

[215] Je ne crois cependant pas que la seule existence de ce conflit d’intérêts et d’obligations constituait en soi un manquement à l’obligation fiduciaire dans les circonstances. Je le rappelle, la *LRR* autorise expressément l’employeur à administrer un régime, et les dispositions législatives relatives au conflit d’intérêts doivent être interprétées et appliquées en conséquence. En outre, un administrateur indépendant n’aurait eu aucun rôle décisionnel à jouer dans le déroulement de la procédure fondée sur la *LACC*. À mon sens, la difficulté résidait en l’espèce non pas dans l’existence du conflit, mais bien dans l’omission d’Indalex de prendre quelque mesure afin que les bénéficiaires des régimes aient la possibilité de veiller à la protection de leurs intérêts dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC* comme si l’administrateur des régimes avait été indépendant. En résumé, le manquement ne tenait pas à l’existence du conflit, mais plutôt à l’omission de prendre les mesures qu’elle commandait.

[216] Malgré l’omission d’Indalex de pallier le conflit d’intérêts, les bénéficiaires des régimes ont eux-mêmes pris des mesures pour être représentés aux étapes ultérieures de l’instance fondée sur la

breach was therefore mitigated, a point which I will discuss in greater detail when I turn to the issue of the constructive trust.

[217] Nevertheless, for the purposes of providing some guidance for future CCAA proceedings, I take this opportunity to briefly address what an employer-administrator can do to respond to these sorts of conflicts. First and foremost, an employer-administrator who finds itself in a conflict must bring the conflict to the attention of the CCAA judge. It is not enough to include the beneficiaries in the list of creditors; the judge must be made aware that the debtor, as an administrator of the plan is, or may be, in a conflict of interest.

[218] Given their expertise and their knowledge of particular cases, CCAA judges are well placed to decide how best to ensure that the interests of the plan beneficiaries are fully represented in the context of “real-time” litigation under the CCAA. Knowing of the conflict, a CCAA judge might consider it appropriate to appoint an independent administrator or independent counsel as *amicus curiae* on terms appropriate to the particular case. Indeed, there have been cases in which representative counsel have been appointed to represent tort claimants, clients, pensioners and non-unionized employees in CCAA proceedings on terms determined by the judge: *Rescue!*, at p. 278; see, e.g., *First Leaside Wealth Management Inc. (Re)*, 2012 ONSC 1299 (CanLII); *Nortel Networks Corp., Re* (2009), 75 C.C.P.B. 206 (Ont. S.C.J.). In other circumstances, a CCAA judge might find that it is feasible to give notice directly to the pension beneficiaries. In my view, notice, though desirable, may not always be feasible and decisions on such matters should be left to the judicial discretion of the CCAA judge. Alternatively, the judge might consider limiting draws on the DIP facility until notice can be given to the beneficiaries: *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314 (Ont. Ct. J. (Gen. Div.)), at para. 24. Ultimately, the appropriate response or combination of responses should be left to the discretion of the CCAA judge in a particular case.

*LACC*. Les conséquences du manquement d’Indalex ont ainsi été atténuées; je reviendrai plus en détail sur ce point au moment de me pencher sur la fiducie par interprétation.

[217] Néanmoins, aux fins du bon déroulement de toute procédure susceptible d’être engagée ultérieurement en application de la *LACC*, je saisis l’occasion d’offrir des repères en examinant brièvement les mesures que l’employeur-administrateur pourrait prendre pour pallier un tel conflit. Avant toute chose, l’employeur-administrateur qui se trouve en situation de conflit doit en informer le juge saisi sur le fondement de la *LACC*. Il ne suffit pas d’inscrire les bénéficiaires sur la liste des créanciers; le juge doit être informé que le débiteur, en sa qualité d’administrateur de régime, est en conflit d’intérêts ou susceptible de l’être.

[218] Étant donné son expertise et ses connaissances dans ce domaine, le juge saisi en vertu de la *LACC* est bien placé pour déterminer la meilleure façon de faire en sorte que les bénéficiaires d’un régime soient dûment représentés au moment même où se déroule la procédure fondée sur la *LACC*. Informé de l’existence du conflit, le juge peut juger opportun de nommer, aux conditions qui lui paraissent indiquées, un administrateur ou un avocat indépendant à titre d’*amicus curiae*. Il est en effet arrivé qu’un juge nomme un avocat — et détermine les conditions de son mandat — pour représenter dans une instance fondée sur la *LACC* des personnes ayant intenté une action en responsabilité délictuelle, des clients, des pensionnés et des employés non syndiqués (*Rescue!*, p. 278; voir, p. ex., *First Leaside Wealth Management Inc. (Re)*, 2012 ONSC 1299 (CanLII); *Nortel Networks Corp., Re* (2009), 75 C.C.P.B. 206 (C.S.J. Ont.)). Dans d’autres cas, le juge peut estimer qu’il est possible de donner avis aux bénéficiaires du régime sans recourir à quelque intermédiaire. À mon sens, la transmission d’un avis, même si elle est souhaitable, peut ne pas toujours être réaliste, et la décision s’y rapportant devrait relever du pouvoir discrétionnaire du juge. En revanche, le juge peut décider de limiter les prélèvements sur le financement DE jusqu’à ce que les bénéficiaires aient reçu un avis (*Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314 (C.J. Ont.

The point, as well expressed by the Court of Appeal, is that the insolvent corporation which is also a pension plan administrator cannot “simply ignore its obligations as the Plans’ administrator once it decided to seek CCAA protection”: para. 132.

[219] I conclude that the Court of Appeal erred in finding that Indalex breached its fiduciary duties as plan administrator by taking the various steps it did in the CCAA proceedings. However, I agree with the Court of Appeal that it breached its fiduciary duty by failing to take steps to ensure that the plan beneficiaries had the opportunity to be as fully represented in those proceedings as if there had been an independent plan administrator.

(iii) The Bankruptcy Motion

[220] Indalex also applied to lift the CCAA stay so that it could file an assignment into bankruptcy. As Campbell J. put it, this was done “to ensure the priority regime [it] urged as the basis for resisting the deemed trust”: para. 52. The Court of Appeal concluded that this was a breach of Indalex’s fiduciary duties because the motion was brought “with the intention of defeating the deemed trust claims and ensuring that the Reserve Fund was transferred to [the U.S. debtors]”: para. 139. I respectfully disagree.

[221] It was certainly open to Indalex as an employer to bring a motion to voluntarily enter into bankruptcy. A pension plan administrator has no responsibility or authority in relation to that step. The problem here is not that the motion was brought, but that Indalex failed to meaningfully address the conflict between its corporate interests and its duties as plan administrator.

(Div. gén.)), par. 24). En définitive, il appartient au juge d’exercer son pouvoir discrétionnaire et d’arrêter la ou les mesures appropriées. Comme l’exprime bien la Cour d’appel, ce qu’il faut se rappeler c’est que l’entreprise insolvable qui est également administrateur de régime ne peut [TRADUCTION] « simplement ignorer les obligations qui lui incombent en tant qu’administrateur des régimes une fois qu’elle a décidé de se prévaloir de la protection de la LACC » (par. 132).

[219] J’estime que la Cour d’appel conclut à tort qu’Indalex a manqué à ses obligations fiduciaires d’administrateur des régimes en prenant diverses mesures dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC. Je conviens cependant avec elle qu’Indalex a manqué à son obligation fiduciaire en omettant de faire ce qu’il fallait pour que les bénéficiaires des régimes puissent être dûment représentés dans le cadre de cette procédure comme si l’administrateur des régimes avait été indépendant.

(iii) La motion présentée en vue de faire faillite

[220] Indalex a aussi demandé la levée de la suspension accordée sur le fondement de la LACC afin qu’elle puisse faire cession de ses biens. Comme le dit le juge Campbell, cette démarche [TRADUCTION] « visait à donner effet à l’ordre de priorité qu’Indalex faisait valoir à l’encontre de la fiducie réputée » (par. 52). La Cour d’appel conclut qu’il s’agit d’un manquement aux obligations fiduciaires d’Indalex, car la motion a été présentée [TRADUCTION] « afin de faire échec aux prétentions relatives à la fiducie réputée et d’obtenir le transfert du fonds de réserve aux [débitrices américaines] » (par. 139). En toute déférence, je ne suis pas d’accord.

[221] Il était certainement loisible à Indalex, l’employeur, de présenter une motion en vue de faire cession volontaire de ses biens. L’administrateur d’un régime de retraite n’a ni obligation, ni pouvoir à cet égard. Le problème en l’espèce tient non pas à la présentation de la motion, mais plutôt à ce qu’Indalex a omis de s’attaquer véritablement au problème du conflit entre ses intérêts commerciaux et ses obligations d’administrateur des régimes.



[222] To sum up, I conclude that Indalex did not breach any fiduciary duty by undertaking CCAA proceedings or seeking the relief that it did. The breach arose from Indalex's failure to ensure that its pension plan beneficiaries had the opportunity to have their interests effectively represented in the insolvency proceedings, particularly when Indalex sought the DIP financing approval, the sale approval and the motion for bankruptcy.

(3) Was Imposing a Constructive Trust Appropriate in This Case?

[223] The next issue is whether a remedial constructive trust is, as the Court of Appeal concluded, an appropriate remedy in response to the breach of fiduciary duty.

[224] The Court of Appeal exercised its discretion to impose a constructive trust and its exercise of this discretion is entitled to deference. Only if the discretion has been exercised on the basis of an erroneous principle should the order be overturned on appeal: *Donkin v. Bugoy*, [1985] 2 S.C.R. 85, cited in *Soulos v. Korkontzilas*, [1997] 2 S.C.R. 217, at para. 54, by Sopinka J. (dissenting, but not on this point). In my respectful view, the Court of Appeal's erroneous conclusions about the scope of a plan administrator's fiduciary duties require us to examine the constructive trust issue anew. Moreover, the Court of Appeal, in my respectful opinion, erred in principle in finding that the asset in this case resulted from the breach of fiduciary duty such that it would be unjust for the party in breach to retain it.

[225] As noted earlier, the Court of Appeal imposed a constructive trust in favour of the plan beneficiaries with respect to funds retained in the reserve fund equal to the total amount of the wind-up deficiency for both plans. In other words, upon insolvency of Indalex, the plan beneficiaries received 100 cents on the dollar as a result of a judicially imposed trust taking priority over

[222] En résumé, j'estime qu'Indalex n'a pas manqué à une obligation fiduciaire lorsqu'elle a engagé la procédure fondée sur la LACC ou demandé la mesure en cause. Il y a eu manquement parce qu'Indalex n'a pas fait en sorte que les intérêts des bénéficiaires des régimes de retraite soient effectivement défendus dans le cadre de la procédure liée à son insolvabilité, en particulier lorsqu'elle a demandé l'approbation du financement DE et de la vente, puis présenté une motion en vue de faire faillite.

(3) Convenait-il en l'espèce d'imposer une fiducie par interprétation?

[223] La question qui se pose ensuite est celle de savoir si, comme le conclut la Cour d'appel, l'imposition d'une fiducie par interprétation constitue une réparation adéquate du manquement à l'obligation fiduciaire.

[224] La Cour d'appel exerce son pouvoir discrétionnaire d'imposer une fiducie par interprétation, et cet exercice commande la déférence. Une telle mesure ne peut être infirmée en appel que si l'exercice du pouvoir discrétionnaire s'appuie sur un principe erroné (*Donkin c. Bugoy*, [1985] 2 R.C.S. 85, cité dans *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217, par. 54, le juge Sopinka (dissident, mais pas sur ce point)). En toute déférence, les conclusions erronées de la Cour d'appel sur la portée des obligations fiduciaires de l'administrateur du régime nous obligent à revoir les conditions de l'imposition d'une fiducie par interprétation. Qui plus est, la Cour d'appel commet selon moi une erreur de principe lorsqu'elle conclut que l'actif convoité résulte du manquement à l'obligation fiduciaire, de sorte qu'il serait injuste que la partie fautive se l'approprie.

[225] Comme je le mentionne précédemment, la Cour d'appel statue que le fonds de réserve fait l'objet d'une fiducie par interprétation à l'intention des bénéficiaires des régimes à raison d'un montant égal au déficit de liquidation global des deux régimes. En d'autres termes, une fois Indalex devenue insolvable, les bénéficiaires des régimes avaient droit au paiement de l'intégralité de leurs créances

secured creditors, and indeed over other unsecured creditors, assuming there was no deemed trust for the executive plan.

[226] I have explained earlier why I take a different view than did the Court of Appeal of Indalex's breach of fiduciary duty. In light of what I conclude was the breach which could give rise to a remedy, my view is that the constructive trust cannot properly be imposed in this case and the Court of Appeal erred in principle in exercising its discretion to impose this remedy.

[227] I part company with the Court of Appeal with respect to several aspects of its constructive trust analysis; it is far from clear to me that any of the conditions for imposing a constructive trust were present here. However, I will only address one of them in detail. As I will explain, a remedial constructive trust for a breach of fiduciary duty is only appropriate if the wrongdoer's acts give rise to an identifiable asset which it would be unjust for the wrongdoer (or sometimes a third party) to retain. In my view, Indalex's failure to meaningfully address conflicts of interest that arose during the CCAA proceedings did not result in any such asset.

[228] As the Court of Appeal recognized, the governing authority concerning the remedial constructive trust outside the domain of unjust enrichment is *Soulos*. In *Soulos*, McLachlin J. (as she then was) wrote that a constructive trust may be an appropriate remedy for breach of fiduciary duty: paras. 19-45. She laid out four requirements that should generally be satisfied before a constructive trust will be imposed: para. 45. Although, in *Soulos*, McLachlin J. was careful to indicate that these are conditions that "generally" must be present, all parties in this case accept that these four conditions must be present before a remedial constructive trust may be ordered for

grâce à l'imposition judiciaire d'une fiducie prenant rang avant les créances garanties, ainsi que les créances chirographaires, à supposer que le régime des cadres n'ait bénéficié d'aucune fiducie réputée.

[226] J'expose précédemment les raisons pour lesquelles je diffère d'opinion avec la Cour d'appel en ce qui concerne le manquement à l'obligation fiduciaire d'Indalex. Vu mes conclusions sur la nature du manquement susceptible de donner droit à réparation, je crois que la fiducie par interprétation ne saurait être imposée en l'espèce et que la Cour d'appel commet une erreur de principe en exerçant son pouvoir discrétionnaire d'accorder cette réparation.

[227] Je suis en désaccord avec la Cour d'appel sur plusieurs points au sujet de la fiducie par interprétation; il ne me paraît pas du tout évident que l'une ou l'autre des conditions auxquelles une telle fiducie peut être imposée est remplie en l'espèce. Je n'examine cependant en détail que l'un de ces points. Comme je l'explique ci-après, l'imposition d'une fiducie par interprétation par suite d'un manquement à une obligation fiduciaire ne constitue une réparation appropriée que si un actif déterminable résulte des actes de l'auteur du manquement et qu'il serait injuste que ce dernier ou, parfois, un tiers, conserve cet actif. Or, selon moi, un tel actif n'a pas résulté de l'omission d'Indalex de pallier véritablement les conflits d'intérêts auxquels donnait lieu la procédure fondée sur la LACC.

[228] La Cour d'appel reconnaît que, sauf lorsqu'il est question d'enrichissement sans cause, l'arrêt *Soulos* s'applique en matière de fiducie par interprétation imposée en guise de réparation. Aux paragraphes 19-45 de cet arrêt, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) écrit qu'une fiducie par interprétation peut constituer une réparation appropriée du manquement à l'obligation fiduciaire. Au paragraphe 45, elle énonce quatre conditions qui doivent généralement être réunies pour qu'une fiducie par interprétation puisse être imposée. Même si, dans *Soulos*, la juge McLachlin précise bien qu'il s'agit de conditions qui doivent « généralement » être réunies, toutes les parties au

breach of fiduciary duty. The four conditions are these:

- (1) The defendant must have been under an equitable obligation, that is, an obligation of the type that courts of equity have enforced, in relation to the activities giving rise to the assets in his hands;
- (2) The assets in the hands of the defendant must be shown to have resulted from deemed or actual agency activities of the defendant in breach of his equitable obligation to the plaintiff;
- (3) The plaintiff must show a legitimate reason for seeking a proprietary remedy, either personal or related to the need to ensure that others like the defendant remain faithful to their duties and;
- (4) There must be no factors which would render imposition of a constructive trust unjust in all the circumstances of the case; e.g., the interests of intervening creditors must be protected. [para. 45]

[229] My concern is with respect to the second requirement, that is, whether the breach resulted in an asset in the hands of Indalex. A constructive trust arises when the law imposes upon a party an obligation to hold specific property for another: D. W. M. Waters, M. R. Gillen and L. D. Smith, *Waters' Law of Trusts in Canada* (3rd ed. 2005), at p. 454 (“*Waters*”). The purpose of imposing a constructive trust as a remedy for a breach of duty or unjust enrichment is to prevent parties “from retaining property which in ‘good conscience’ they should not be permitted to retain”: *Soulos*, at para. 17. It follows, therefore, that while the remedial constructive trust may be appropriate in a variety of situations, the wrongdoer’s conduct toward the plaintiff must generally have given rise to assets in the hands of the wrongdoer (or of a third party in some situations) which cannot in justice and good conscience be retained. That cannot be said here.

pourvoi conviennent qu’elles doivent toutes être respectées pour que le tribunal puisse imposer une fiducie par interprétation à titre de réparation par suite d’un manquement à une obligation fiduciaire. Ces quatre conditions sont les suivantes :

- (1) le défendeur doit avoir été assujéti à une obligation en *equity*, c’est-à-dire une obligation du type de celles dont les tribunaux d’*equity* ont assuré le respect, relativement aux actes qui ont conduit à la possession des biens [ou de l’actif];
- (2) il faut démontrer que la possession des biens [ou de l’actif] par le défendeur résulte des actes qu’il a ou est réputé avoir accomplis à titre de mandataire, en violation de l’obligation que l’*equity* lui imposait à l’égard du demandeur;
- (3) le demandeur doit établir qu’il a un motif légitime de solliciter une réparation fondée sur la propriété, soit personnel soit lié à la nécessité de veiller à ce que d’autres personnes comme le défendeur s’acquittent de leurs obligations;
- (4) il ne doit pas exister de facteurs qui rendraient injuste l’imposition d’une fiducie par interprétation eu égard à l’ensemble des circonstances de l’affaire; par exemple, les intérêts des créanciers intervenants doivent être protégés. [par. 45]

[229] Je doute que la deuxième condition — la possession des biens (ou de l’actif) par Indalex résultant du manquement à ses obligations — soit remplie. Il y a fiducie par interprétation lorsque la loi impose à une personne de détenir un bien précis pour autrui (D. W. M. Waters, M. R. Gillen et L. D. Smith, *Waters' Law of Trusts in Canada* (3<sup>e</sup> éd. 2005), p. 454 (« *Waters* »)). Lorsqu’une telle réparation est accordée par suite d’un manquement à une obligation ou d’un enrichissement sans cause, elle vise à « empêcher [les personnes] de conserver des biens qu’en toute “conscience” elles ne devraient pas être autorisées à garder » (*Soulos*, par. 17). Il s’ensuit donc que la fiducie par interprétation peut certes constituer une réparation convenable dans divers cas, mais que la possession de biens doit généralement résulter des actes de la partie fautive (parfois, d’un tiers) vis-à-vis du demandeur, cette partie ou ce tiers fautif ne pouvant alors en toute justice et conscience garder les biens. Ce n’est pas le cas en l’espèce.

[230] The Court of Appeal held that this second condition was present because “[t]he assets [i.e. the reserve fund monies] are directly connected to the process in which Indalex committed its breaches of fiduciary obligation”: para. 204. Respectfully, this conclusion is based on incorrect legal principles. To satisfy this second condition, it must be shown that the breach *resulted in* the assets being in Indalex’s hands, not simply, as the Court of Appeal thought, that there was a “connection” between the assets and “the process” in which Indalex breached its fiduciary duty. Recall that in *Soulos* itself, *the defendant’s acquisition of the disputed property was a direct result of his breach of his duty of loyalty* to the plaintiff: para. 48. This is not our case. As the Court observed, in the context of an unjust enrichment claim in *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980, at p. 995:

. . . for a constructive trust to arise, the plaintiff must establish a direct link to the property which is the subject of the trust by reason of the plaintiff’s contribution.

[231] While cases of breach of fiduciary duty are different in important ways from cases of unjust enrichment, La Forest J. (with Lamer J. concurring on this point) applied a similar standard for proprietary relief in *Lac Minerals*, a case in which wrongdoing was the basis for the constructive trust: p. 678, quoted in *Waters*, at p. 471. His comments demonstrate the high standard to be met in order for a constructive trust to be awarded:

The constructive trust awards a right in property, but that right can only arise once a right to relief has been established. In the vast majority of cases a constructive trust will not be the appropriate remedy. . . . [A] constructive trust should only be awarded if there is reason to grant to the plaintiff the additional rights that flow from recognition of a right of property. [p. 678]

[232] The relevant breach in this case was the failure of Indalex to meaningfully address the conflicts of interest that arose in the course of the

[230] La Cour d’appel conclut que cette deuxième condition est respectée car [TRADUCTION] « [I]’actif [les sommes constituant le fonds de réserve] est directement lié à la procédure dans le cadre de laquelle Indalex a manqué à son obligation fiduciaire » (par. 204). À mon humble avis, cette conclusion s’appuie sur des principes de droit erronés. Pour satisfaire à la deuxième condition, il faut démontrer que la possession de l’actif par Indalex *résulte* du manquement à son obligation, et non seulement, comme le croit la Cour d’appel, qu’il y a un « lien » entre l’actif et la « procédure » dans le cadre de laquelle Indalex a manqué à ses obligations fiduciaires. Rappelons que, dans *Soulos*, *l’acquisition par le défendeur de l’immeuble en cause était la conséquence directe du manquement à son devoir de loyauté* envers le demandeur (par. 48). Telle n’est pas la situation en l’espèce. Comme le dit notre Cour dans l’arrêt *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980, p. 995, dans le contexte d’une allégation d’enrichissement sans cause,

pour qu’il y ait fiducie par interprétation, le demandeur doit établir qu’il a, du fait de sa contribution, un lien direct avec le bien qui se trouve grevé d’une fiducie.

[231] Même si le manquement à l’obligation fiduciaire diffère grandement de l’enrichissement sans cause, dans l’arrêt *Lac Minerals*, le juge La Forest (avec l’accord du juge Lamer sur ce point) applique un critère semblable à une réparation liée au droit de propriété. Dans cette affaire, la fiducie par interprétation faisait suite à un acte fautif (p. 678, cité dans *Waters*, p. 471). Les remarques du juge La Forest confirment le caractère strict de la norme applicable à l’imposition judiciaire d’une fiducie par interprétation :

La fiducie par interprétation confère un droit de propriété, mais ce droit ne peut exister que si un droit à une réparation a déjà été établi. Dans la grande majorité des cas, la fiducie par interprétation ne sera pas la réparation appropriée. [ . . . ] [I] n’y a lieu de conférer une fiducie par interprétation qu’en présence d’un motif pour accorder au demandeur les droits supplémentaires découlant de la reconnaissance d’un droit de propriété. [p. 678]

[232] Le manquement intervenu en l’espèce consiste dans l’omission d’Indalex de pallier véritablement les conflits d’intérêts qu’a fait naître la

CCAA proceedings. (The breach that arose with respect to the bankruptcy motion is irrelevant because that motion was not addressed and therefore could not have given rise to the assets.) The “assets” in issue here are the funds in the reserve fund which were retained from the proceeds of the sale of Indalex as a going concern. Indalex’s breach in this case did not give rise to the funds which were retained by the Monitor in the reserve fund.

[233] Where does the respondents’ claim of a procedural breach take them? Taking their position at its highest, it would be that the DIP approval proceedings and the sale would not have been approved. This position, however, is fatally flawed. Turning first to the DIP approval, there is no evidence to support the view that, had Indalex addressed its conflict in the DIP approval process, the DIP financing would have been rejected or granted on different terms. The CCAA judge, being fully aware of the pension situation, ruled that the DIP financing was “required”, that there was “no other alternative available to the Applicants for a going concern solution”, and that “the benefit to stakeholders and creditors of the DIP Financing outweighs any potential prejudice to unsecured creditors that may arise as a result of the granting of super-priority secured financing”: endorsement of *Morawetz J.*, April 8, 2009, at paras. 6 and 9. In effect, the respondents are claiming funds which arose only because of the process to which they now object. Taking into account that there was an absence of any evidence that more favourable financing terms were available, that the judge’s decision was made with full knowledge of the plan beneficiaries’ claims, and that he found that the DIP financing was necessary, the respondents’ contention is not only speculative, it also directly contradicts the conclusions of the CCAA judge.

[234] Turning next to the sale approval and the approval of the distribution of the assets, it is clear that the plan beneficiaries had independent representation but that this did not change the result.

procédure fondée la LACC. (Le manquement qui aurait découlé de la motion présentée en vue de faire faillite n’a pas à être considéré puisque la motion n’a été examinée et ne peut donc pas avoir permis l’entrée en possession de l’actif.) L’actif en cause correspond au fonds de réserve constitué par prélèvement sur le produit de la vente de l’entreprise en exploitation d’Indalex. Ce manquement d’Indalex n’est pas à l’origine des fonds que le contrôleur a conservés en constituant le fonds de réserve.

[233] Quelle peut être l’issue de l’allégation des intimés selon laquelle il y a eu manquement aux exigences de procédure? Suivant la plus favorable, ni le financement DE ni la vente n’auraient été approuvés. Or, cette thèse est irrémédiablement viciée. Premièrement, en ce qui concerne la procédure d’approbation du financement DE, aucun élément de preuve n’établit que si Indalex avait pallié ses conflits dans le cadre de cette procédure, le financement aurait été refusé ou autorisé à d’autres conditions. Parfaitement informé de la situation des régimes de retraite, le juge saisi sur le fondement de la LACC estime que le financement DE [TRADUCTION] « s’impose », que « les requérantes ne disposent d’aucune autre solution permettant la continuité de l’exploitation » et que « les avantages du financement DE pour les intéressés et les créanciers l’emportent sur tout préjudice que pourrait causer aux créanciers non garantis l’octroi d’un financement garanti par une superpriorité » (motifs du juge Morawetz, 8 avril 2009, par. 6 et 9). En fait, les intimés réclament des fonds qui ont été obtenus uniquement grâce à la procédure qu’ils contestent aujourd’hui. Vu l’absence d’éléments de preuve voulant que des modalités de financement plus avantageuses aient pu être obtenues, et comme le juge est bien conscient de l’existence des réclamations des bénéficiaires des régimes et qu’il conclut que le financement DE s’impose, la prétention des intimés est non seulement conjecturale, mais va aussi directement à l’encontre des conclusions du juge.

[234] En ce qui concerne l’approbation de la vente et de la répartition de l’actif, il est clair que les bénéficiaires des régimes ont été représentés de manière indépendante, mais que cette mesure n’a

Although, perhaps with little thanks to Indalex, the interests of both plans were fully and ably represented before Campbell J. at the sale approval and interim distribution motions in July of 2009.

[235] The executive plan retirees, through able counsel, objected to the sale on the basis that the liquidation values set out in the Monitor's seventh report would provide greater return for unsecured creditors. The motions judge dismissed this objection "on the basis that there was no clear evidence to support the proposition and in any event the transaction as approved did preserve value for suppliers, customers and preserve approximately 950 jobs": trial reasons of Campbell J., at para. 13 (emphasis added). Both the executive plan retirees and the USW, which represented some members of the salaried plan, objected to the proposed distribution of the sale proceeds. In response to this objection, it was agreed that those objections would be heard promptly and that the Monitor would retain sufficient funds to satisfy the pensioners' claims if they were upheld: trial reasons of Campbell J., at paras. 14-16.

[236] There is no evidence to support the contention that Indalex's breach of its fiduciary duty as pension administrator resulted in the assets retained in the reserve fund. I therefore conclude that the Court of Appeal erred in law in finding that the second condition for imposing a constructive trust — i.e. that the assets in the defendant's hands must be shown to have resulted from the defendant's breaches of duty to the plaintiff — had been established.

[237] I would add only two further comments with respect to the constructive trust. A major concern of the Court of Appeal was that unless a constructive trust were imposed, the reserve funds would end up in the hands of other Indalex entities which were not operating at arm's length from Indalex. The U.S. debtors claimed the reserve fund

rien changé au résultat. En juillet 2009, devant le juge Campbell, pendant toute l'audition des motions visant l'approbation de la vente et la répartition provisoire du produit de la vente, les intérêts des deux régimes ont bel et bien été défendus, même si Indalex n'y a peut-être pas été pour grand-chose.

[235] Par l'entremise d'un avocat compétent, les retraités du régime des cadres se sont opposés à la vente en arguant que, selon le septième rapport du contrôleur, les valeurs de liquidation permettaient aux créanciers chirographaires de recouvrer plus d'argent. Le juge saisi des motions a rejeté leur opposition [TRADUCTION] « au motif qu'aucun élément de preuve n'appuyait clairement cette prétention et que, de toute façon, l'opération approuvée garantissait la valeur de l'actif pour les fournisseurs et les clients, et préservait environ 950 emplois » (motifs du juge Campbell en première instance, par. 13 (je souligne)). Les retraités du régime des cadres et le Syndicat, qui représentait certains participants du régime des salariés, a contesté la répartition projetée du produit de la vente. Il a dès lors été convenu que le juge entendrait leurs arguments au plus tôt et que le contrôleur conserverait des fonds suffisants pour donner suite aux prétentions des retraités dans le cas où il y serait fait droit (motifs du juge Campbell en première instance, par. 14-16).

[236] Aucun élément de preuve n'appuie la prétention que l'actif constituant le fonds de réserve découle du manquement d'Indalex à son obligation fiduciaire en tant qu'administrateur de régime. Je suis donc d'avis que la Cour d'appel a tort de conclure que la deuxième condition à remplir pour qu'une fiducie par interprétation puisse être imposée — démontrer que la possession des biens par le défendeur résulte des manquements à ses obligations envers le demandeur — a été remplie.

[237] Voici deux autres remarques au sujet de la fiducie par interprétation. L'une des préoccupations principales de la Cour d'appel est que, à défaut d'une telle fiducie par interprétation, le fonds de réserve se retrouve en la possession de sociétés ayant un lien de dépendance avec Indalex. Les débitrices américaines ont réclamé l'octroi du fonds

because it had paid on its guarantee of the DIP loans and thereby stepped into the shoes of the DIP lender with respect to priority. Sun Indalex claims in the U.S. bankruptcy proceedings as a secured creditor of the U.S. debtors. The Court of Appeal put its concern this way: “To permit Sun Indalex to recover on behalf of [the U.S. debtors] would be to effectively permit the party who breached its fiduciary obligations to take the benefit of those breaches, to the detriment of those to whom the fiduciary obligations were owed”: para. 199.

[238] There are two difficulties with this approach, in my respectful view. The U.S. debtors paid real money to honour their guarantees. Moreover, unless there is a legal basis for ignoring the separate corporate personality of separate corporate entities, those separate corporate existences must be respected. Neither the parties nor the Court of Appeal advanced such a reason.

[239] Finally, I would note that imposing a constructive trust was wholly disproportionate to Indalex’s breach of fiduciary duty. Its breach — the failure to meaningfully address the conflicts of interest that arose during the CCAA process — had no adverse impact on the plan beneficiaries in the sale approval process which gave rise to the “asset” in issue. Their interests were fully represented and carefully considered before the sale was approved and the funds distributed. The sale was nonetheless judged to be in the best interests of the corporation, all things considered. In my respectful view, imposing a \$6.75 million penalty on the other creditors as a remedial response to this breach is so grossly disproportionate to the breach as to be unreasonable.

[240] A judicially ordered constructive trust, imposed long after the fact, is a remedy that tends to destabilize the certainty which is essential for

de réserve en faisant valoir les sommes versées en exécution de leur garantie des prêts DE et qu’elles étaient par conséquent subrogées aux droits des créanciers DE et bénéficiaient de la priorité accordée à ces derniers. Sun Indalex a présenté une réclamation dans le cadre de la procédure de faillite intentée aux É.-U. à titre de créancier garanti des débitrices américaines. La Cour d’appel formule sa réticence comme suit : [TRADUCTION] « Permettre à Sun Indalex de recouvrer des sommes pour le compte [des débitrices américaines] équivaldrait à autoriser le débiteur d’obligations fiduciaires à tirer profit de manquements à celles-ci, et ce, au détriment des créanciers de ces obligations » (par. 199).

[238] À mon humble avis, cette approche comporte deux failles. Les débitrices américaines ont dû véritablement déboursier de l’argent pour honorer leurs garanties. De plus, à moins qu’un fondement juridique permette de faire abstraction de la personnalité morale distincte de chacune des entreprises, leur existence distincte doit être respectée. Ni les parties ni la Cour d’appel n’ont avancé un tel fondement.

[239] Enfin, il convient de signaler que l’imposition d’une fiducie par interprétation est une mesure totalement disproportionnée au manquement d’Indalex à son obligation fiduciaire. Ce manquement — l’omission de pallier véritablement les conflits d’intérêts nés à l’occasion de la procédure fondée sur la LACC — n’a pas eu d’incidence défavorable sur les bénéficiaires des régimes par suite de la procédure d’approbation de la vente dont a résulté la possession des « biens » en cause. Les intérêts des régimes ont été dûment défendus avant que la vente ne soit approuvée et les fonds répartis. Tout compte fait, le tribunal a néanmoins estimé que la vente était dans le meilleur intérêt de l’entreprise. À mon humble avis, priver les autres créanciers de 6,75 millions de dollars pour réparer ce manquement est disproportionné au point d’être déraisonnable.

[240] L’imposition judiciaire d’une fiducie par interprétation longtemps après les faits à titre de réparation risque de nuire à la certitude qui est

commercial affairs and which is particularly important in financing a workout for an insolvent corporation. To impose a constructive trust in response to a breach of fiduciary duty to ensure for the plan beneficiaries some procedural protections that they in fact took advantage of in any case is an unjust response in all of the circumstances.

[241] I conclude that a constructive trust is not an appropriate remedy in this case and that the Court of Appeal erred in principle by imposing it.

C. *Third Issue: Did the Court of Appeal Err in Concluding That the Super Priority Granted in the CCAA Proceedings Did Not Have Priority by Virtue of the Doctrine of Federal Paramourty?*

[242] Although I disagree with my colleague Justice Deschamps with respect to the scope of the s. 57(4) deemed trust, I agree that if there was a deemed trust in this case, it would be superseded by the DIP loan because of the operation of the doctrine of federal paramourty: paras. 48-60.

D. *Fourth Issue: Did the Court of Appeal Err in its Cost Endorsement Respecting the USW?*

(1) Introduction

[243] The disposition of costs in the Court of Appeal was somewhat complex. Although the costs appeal relates only to the costs of the USW, it is necessary in order to understand their position to set out the costs order below in full.

[244] With respect to the costs of the appeal to the Court of Appeal, no order was made for or against the Monitor due to its prior agreement with the former executives and the USW. However, the court ordered that the former executives and the USW, as successful parties, were each entitled to

essentielle à l'activité commerciale et qui est particulièrement importante lorsqu'il s'agit de financer le sauvetage d'une entreprise insolvable. Imposer une fiducie par interprétation par suite du manquement à l'obligation fiduciaire de veiller à ce que les bénéficiaires des régimes de retraite jouissent de garanties procédurales, alors qu'ils en ont bénéficié dans les faits, se révèle inéquitable au vu de l'ensemble des circonstances.

[241] Je conclus que la fiducie par interprétation ne constitue pas une réparation appropriée en l'espèce et que la Cour d'appel a tort, sur le plan des principes, de l'imposer.

C. *Troisième question en litige : La Cour d'appel a-t-elle tort de conclure que la superpriorité accordée dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC ne confère pas de préséance par application de la prépondérance fédérale?*

[242] Bien que je ne sois pas d'accord avec ma collègue la juge Deschamps en ce qui concerne la portée de la fiducie réputée du par. 57(4), je conviens que si une fiducie est réputée exister en l'espèce, la créance DE prend rang avant elle en application de la doctrine de la prépondérance fédérale (par. 48-60).

D. *Quatrième question en litige : La décision de la Cour d'appel sur les dépens du Syndicat est-elle entachée d'une erreur?*

(1) Introduction

[243] L'adjudication des dépens en Cour d'appel s'est révélée assez complexe. Bien que le volet du présent pourvoi relatif aux dépens ne vise que ceux adjugés au Syndicat, il convient de revoir en détail l'ordonnance du tribunal inférieur sur les dépens afin de bien saisir les prétentions de cette partie.

[244] Pour ce qui concerne les dépens en Cour d'appel, il n'y a pas d'adjudication favorable ou défavorable au contrôleur étant donné l'entente préalable conclue avec les anciens cadres et le Syndicat. La Cour d'appel ordonne toutefois que les anciens cadres et le Syndicat, qui ont gain de



costs on a partial indemnity basis fixed at \$40,000 inclusive of taxes and disbursements from Sun Indalex and the U.S. Trustee, payable jointly and severally: costs endorsement, 2011 ONCA 578, 81 C.B.R. (5th) 165, at para. 7.

[245] Morneau Shepell Ltd., the Superintendent, and the former executives reached an agreement with respect to legal fees and disbursements and the Court of Appeal approved that agreement. The former executives received full indemnity legal fees and disbursements in the amount of \$269,913.78 to be paid from the executive plan attributable to each of the 14 former executives' accrued pension benefits, allocated among the 14 former executives in relation to their pension entitlement from the executive plan. In other words, the costs would not be borne by the other three members of the executive plan who did not participate in the proceedings: C.A. costs endorsement, at para. 2. The costs of the appeal payable by Sun Indalex and the U.S. Trustee were to be paid into the fund of the executive plan and allocated among the 14 former executives in relation to their pension entitlement from the executive plan.

[246] USW sought an order for payment of its costs from the fund of the salaried plan. However, the Court of Appeal declined to make such an order because the USW was in a "materially different position" than that of the former executives: costs endorsement, at para. 3. The latter were beneficiaries to the pension fund (14 of the 17 members of the plan), and they consented to the payment of costs from their individual benefit entitlements. Those who had not consented would not be affected by the payment. In contrast, the USW was the bargaining agent (not the beneficiary) for only 7 of the 169 beneficiaries of the salaried plan, none of whom was given notice of, or consented to, the payment of legal costs from the salaried plan. Moreover, the USW sought and seeks an order that its costs be paid out of the fund. This request is significantly different than the order made in favour of the former executives. The former executives explicitly ensured that their choice to pursue the litigation would not put at risk the pension benefits of those members who did not retain counsel even though of course those members would benefit in the

cause, se voient adjuger sur la base de l'indemnisation partielle des dépens de 40 000 \$, frais et débours compris, payables solidairement par Sun Indalex et le syndic américain (décision relative aux dépens, 2011 ONCA 578, 81 C.B.R. (5th) 165, par. 7).

[245] Le surintendant, Morneau Shepell Ltd., et les anciens cadres ont conclu une entente en ce qui concerne les honoraires et les débours, et la Cour d'appel l'a approuvée. Les anciens cadres ont obtenu, sur la base d'une indemnisation complète, la somme de 269 913,78 \$ pour les honoraires et les débours, payable par prélèvement sur la caisse de retraite des cadres correspondant aux prestations de retraite accumulées respectivement par les 14 anciens cadres, puis répartie entre ces derniers selon leurs droits respectifs à pension aux termes du régime. En d'autres termes, les dépens ne devaient pas être supportés par les trois membres du régime des cadres qui n'ont pas pris part à l'instance (décision de la C.A. relative aux dépens, par. 2). Les dépens de l'appel payables par Sun Indalex et le syndic américain devaient être versés à la caisse du régime des cadres puis répartis entre les 14 anciens cadres selon leurs droits à pension suivant leur régime.

[246] Le Syndicat a demandé le paiement de ses dépens à partir de la caisse du régime des salariés. La Cour d'appel a cependant rejeté la demande au motif que le Syndicat se trouvait dans une [TRADUCTION] « situation fondamentalement différente » de celle des anciens cadres (décision relative aux dépens, par. 3). Ces derniers étaient bénéficiaires de la caisse de retraite (14 des 17 participants au régime), ils avaient consenti au paiement des dépens à partir de leurs droits respectifs à des prestations et ceux qui n'avaient pas consenti à ce prélèvement n'étaient pas tenus à ce paiement. En revanche, le Syndicat était l'agent négociateur (et non le bénéficiaire) de seulement 7 des 169 participants du régime des salariés, dont aucun n'avait été avisé du paiement des frais de justice par prélèvement sur leur régime, ou y avait consenti. En outre, le Syndicat a demandé et demande toujours que ses dépens soient payés à partir de la caisse de retraite, ce qui diffère sensiblement de l'ordonnance rendue en faveur des anciens cadres. Ces derniers ont expressément fait en sorte que leur décision d'engager l'instance

event the litigation was successful. The USW is not proposing to insulate the 162 members whom it does not represent from the risk of litigation; it seeks an order requiring all members to share the risk of the litigation even though it represents only 7 of the 169. The proposition advanced by the USW was thus materially different from that advanced on behalf of the executive plan and approved by the court.

(2) Standard of Review

[247] In *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678, Rothstein J. held that “costs awards are quintessentially discretionary”: para. 126. Discretionary costs decisions should only be set aside on appeal if the court below “has made an error in principle or if the costs award is plainly wrong”: *Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 SCC 9, [2004] 1 S.C.R. 303, at para. 27.

(3) Analysis

[248] I do not see any basis to interfere with the Court of Appeal’s costs endorsement in this case. In my view, the USW’s submissions are largely based on an inaccurate reading of the Court of Appeal’s costs endorsement. Contrary to what the USW submits, the Court of Appeal did *not* require the consent of plan beneficiaries as a prerequisite to ordering payment of costs from the fund. Nor is it correct to suggest that the costs endorsement would “restrict recovery of beneficiary costs to instances when there is a surplus in the pension trust fund” or “preclude financing of beneficiary action when a fund is in deficit”: USW factum, at paras. 71 and 76. Nor would I read the Court of Appeal’s brief costs endorsement as laying down a rule that a union representing pension beneficiaries cannot recover costs from the fund because the union itself is not a beneficiary.

ne compromette pas les prestations de retraite des participants qui n’avaient pas retenu les services d’un avocat, même s’ils auraient évidemment tiré avantage d’un dénouement favorable au régime des cadres. Le Syndicat n’entend pas mettre les 162 participants qu’il ne représente pas à l’abri du risque lié à la poursuite. Il demande que tous les participants partagent ce risque même s’ils ne représentent que 7 d’entre eux. La démarche du Syndicat était donc substantiellement différente de celle des anciens cadres et que la cour a approuvée.

(2) Norme de contrôle

[247] Dans *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678, le juge Rothstein statue que « l’adjudication des dépens est un exemple typique d’une décision discrétionnaire » (par. 126). L’attribution discrétionnaire de dépens ne doit donc être annulée en appel que si le tribunal inférieur « a commis une erreur de principe ou si cette attribution est nettement erronée » (*Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 CSC 9, [2004] 1 R.C.S. 303, par. 27).

(3) Analyse

[248] Je ne vois en l’espèce aucune raison de revenir sur la décision de la Cour d’appel quant aux dépens. À mon avis, les prétentions du Syndicat reposent en grande partie sur une interprétation erronée de la décision de la Cour d’appel à cet égard. Contrairement à ce que fait valoir le Syndicat, la Cour d’appel *ne* tient *pas* le consentement des bénéficiaires du régime pour une condition préalable au paiement des dépens à partir de la caisse de retraite. Il est aussi erroné de laisser entendre que la décision relative aux dépens fait en sorte que [TRADUCTION] « les bénéficiaires ne peuvent être indemnisés des dépens que lorsqu’il existe un surplus dans la caisse de retraite en fiducie » ou qu’ils ne peuvent « financer l’exercice d’un recours lorsque la caisse est déficitaire » (mémoire du Syndicat, par. 71 et 76). Je ne considère pas non plus que, dans sa brève décision, la Cour d’appel établit la règle qu’un syndicat représentant les bénéficiaires d’une caisse de retraite ne peut être indemnisé de ses dépens par la caisse de retraite parce qu’il n’est pas lui-même bénéficiaire.

[249] The premise of the USW's appeal appears to be that it was entitled to costs because it met what it refers to in its submissions as the Costs Payment Test and that if the executive plan members got their costs out of their pension fund, the union should get its costs out of the salaried employees' pension fund. Respectfully, I do not accept the validity of either premise.

[250] The decision whether to award costs from the pension fund remains a discretionary matter. In *Nolan*, Rothstein J. surveyed the various factors that courts have taken into account when deciding whether to award a litigant its costs out of a pension trust. The first broad inquiry considered in *Nolan* was into whether the litigation concerned the due administration of the trust. In connection with this inquiry, courts have considered the following factors: (1) whether the litigation was primarily about the construction of the plan documents; (2) whether it clarified a problematic area of the law; (3) whether it was the only means of clarifying the parties' rights; (4) whether the claim alleged maladministration; and (5) whether the litigation had no effect on other beneficiaries of the trust fund: *Nolan*, at para. 126.

[251] The second broad inquiry discussed in *Nolan* was whether the litigation was ultimately adversarial: para. 127. The following factors have been considered: (1) whether the litigation included allegations by an unsuccessful party of a breach of fiduciary duty; (2) whether the litigation only benefited a class of members and would impose costs on other members if successful; and (3) whether the litigation had any merit.

[252] I do not think that it is correct to elevate these two inquiries (which constitute the Costs Payment Test articulated by the USW) to a test for entitlement to costs in the pension context. The factors set out in *Nolan* and other cases cited therein are best understood as highly relevant

[249] La thèse du Syndicat paraît avoir pour prémisses le droit qu'il aurait au paiement des dépens parce qu'il satisfait au critère qu'il formule à cet égard dans son mémoire et, puisque les participants du régime des cadres ont obtenu le paiement de leurs dépens à partir de leur caisse de retraite, le droit du Syndicat au paiement de ses dépens par prélèvement sur la caisse de retraite des salariés. J'estime néanmoins que ces prémisses ne sont pas valables.

[250] La décision d'ordonner le paiement de dépens à partir d'une caisse de retraite demeure discrétionnaire. Dans *Nolan*, le juge Rothstein considère les différentes questions que se posent les tribunaux pour décider d'adjuger ou non à une partie des dépens qui seront payés par prélèvement sur une fiducie de retraite. Dans *Nolan*, la première considération générale était celle de savoir si l'objet du litige est la bonne administration de la fiducie. Pour se prononcer, les tribunaux se sont posé les questions suivantes : (1) le litige concerne-t-il essentiellement l'interprétation des documents constitutifs du régime; (2) vise-t-il à clarifier un aspect problématique du droit applicable; (3) constitue-t-il le seul moyen de préciser les droits des parties; (4) la mauvaise administration est-elle alléguée; (5) y a-t-il absence d'incidence sur les autres bénéficiaires de la fiducie? (*Nolan*, par. 126).

[251] La deuxième considération générale examinée au par. 127 de l'arrêt *Nolan* est celle de savoir si le litige a été de nature contradictoire, ce qui soulève les questions suivantes : (1) la partie déboutée alléguait-elle le manquement à l'obligation fiduciaire; (2) le litige ne servait-il que les intérêts d'une catégorie de participants, et si les demandeurs avaient eu gain de cause, des dépens auraient-ils été imposés à d'autres participants; (3) le litige avait-il quelque fondement?

[252] Je ne crois pas qu'il convienne de faire des deux considérations retenues dans *Nolan* (lesquelles constituent le critère applicable au paiement des dépens que formule le Syndicat) le critère qui permet de déterminer le droit à l'adjudication des dépens dans le contexte des régimes de retraite.

considerations guiding the exercise of judicial discretion with respect to costs.

[253] The litigation undertaken here raised novel points of law with all of the uncertainty and risk inherent in such an undertaking. The Court of Appeal in essence decided that the USW, representing only 7 of 169 members of the plan, should not without consultation be able to in effect impose the risks of that litigation on all of the plan members, the vast majority of whom were not union members. Whatever arguments might be raised against the Court of Appeal's decision in light of the success of the litigation and the sharing by all plan members of the benefits, the failure of the litigation seems to me to leave no basis to impose the cost consequences of taking that risk on all of the plan members of an already underfunded plan.

[254] The second premise of the USW appeal appears to be that if the executive plan members have their costs paid out of the fund, so too should the salaried plan members. Respectfully, however, this is not an accurate statement of the order made with respect to the executive plan.

[255] The Court of Appeal's order with respect to the executive plan meant that only the pension fund attributable to those members of the plan who actually supported the litigation — the vast majority I would add — would contribute to the costs of the litigation even though all members of the plan would benefit in the case of success. As the Court of Appeal noted:

The individual represented Retirees, who comprise 14 of 17 members of the Executive Plan, have consented to the payment of costs from their individual benefit entitlements. Those who have not consented will not be affected by the payment. [Costs endorsement, at para. 3]

Il est préférable de voir dans les facteurs énoncés dans *Nolan* — et dans la jurisprudence qui y est citée — des considérations de grande importance qui orientent les tribunaux dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire en matière de dépens.

[253] Comme l'instance engagée en l'espèce portait sur des points de droit nouveaux, son issue était incertaine et les demandeurs couraient le risque d'être déboutés. La Cour d'appel opine essentiellement que le Syndicat, qui représentait seulement 7 des 169 participants du régime, ne devait pas être en mesure, dans les faits, d'imposer à tous les participants du régime, dont la plupart n'étaient pas membres du Syndicat, les risques inhérents au litige sans les consulter. Quels que puissent être les arguments invoqués à l'encontre de la décision de la Cour d'appel à la lumière de l'issue favorable du recours et du partage par tous les participants du régime des gains obtenus, l'échec du recours ne saurait justifier que tous les participants d'un régime déjà sous-capitalisé subissent les conséquences pécuniaires du risque couru.

[254] Suivant la seconde prémisse de la prétention du Syndicat, si les participants du régime des cadres obtiennent paiement de leurs dépens à partir de leur caisse de retraite, les participants du régime des salariés devraient l'obtenir également. Or, telle n'est pas la teneur exacte de l'ordonnance de la Cour d'appel relative au régime des cadres.

[255] Suivant cette ordonnance, seule la partie de la caisse de retraite attribuable aux participants qui ont pris part au recours — la grande majorité d'entre eux, faut-il le préciser — contribue au paiement des dépens même si tous les participants du régime tirent avantage du dénouement favorable. La Cour d'appel signale d'ailleurs ce qui suit :

[TRADUCTION] Les retraités représentés par avocat, soit 14 des 17 participants du régime des cadres, ont consenti au paiement des dépens à partir de leurs droits respectifs à des prestations, et ceux qui n'ont pas consenti à ce prélèvement ne seront pas tenus au paiement. [Décision relative aux dépens, par. 3]

[256] The Court of Appeal therefore approved an agreement as to costs which did not put at further risk the pension funds available to satisfy the pension entitlements of those who did not support the litigation. Thus, the Court of Appeal did not apply what the USW refers to as the Costs Payment Test to the executive plan because the costs order was the product of agreement and did not order payment of costs out of the fund as a whole.

[257] In the case of the USW request, there was no such agreement and no such limitation of risk to the supporters of the litigation.

[258] I see no error in principle in the Court of Appeal's refusal to order the USW costs to be paid out of the pension fund, particularly in light of the disposition of the appeal to this Court. I would dismiss the USW costs appeal but without costs.

#### IV. Disposition

[259] I would allow the Sun Indalex, FTI Consulting and George L. Miller appeals and, except as noted below, I would set aside the orders of the Ontario Court of Appeal and restore the February 18, 2010 orders of Campbell J.

[260] With respect to costs, I would set aside the Court of Appeal's orders with respect to the costs of the appeals before that court and order that all parties bear their own costs in the Court of Appeal and in this Court.

[261] I would not disturb paras. 9 and 10 of the order of the Court of Appeal in the former executives' appeal so that the full indemnity legal fees and disbursements of the former executives in the amount of \$269,913.78 shall be paid from the fund of the executive plan attributable to each of the 14 former executives' accrued pension benefits, and

[256] La Cour d'appel approuve donc un accord sur les dépens qui n'expose pas à un risque supplémentaire les fonds constituant les caisses de retraite et devant permettre le versement des prestations auxquelles ont droit ceux qui n'appuient pas l'exercice du recours. Par conséquent, elle n'applique pas au régime des cadres le critère qui, selon le Syndicat, vaudrait pour le paiement des dépens, car l'ordonnance relative aux dépens découle d'un accord et elle ne prévoit pas le paiement des dépens par prélèvement sur la caisse de retraite dans sa globalité.

[257] S'agissant de la demande du Syndicat, nul accord n'est intervenu au même effet, et ce n'était pas seulement les participants derrière le recours qui s'exposaient au risque lié à l'issue de celui-ci.

[258] Je ne vois aucune erreur de principe dans le refus de la Cour d'appel d'ordonner que les dépens du Syndicat soient payés à partir de la caisse de retraite, étant donné surtout l'issue du pourvoi devant notre Cour. Je suis d'avis de rejeter sans frais le pourvoi du Syndicat relatif aux dépens.

#### IV. Dispositif

[259] Je suis d'avis d'accueillir les pourvois de Sun Indalex, de FTI Consulting et de George L. Miller, d'annuler les ordonnances de la Cour d'appel de l'Ontario et de rétablir celles rendues par le juge Campbell le 18 février 2010, sauf dans la mesure précisée ci-après.

[260] En ce qui concerne les dépens, je suis d'avis d'annuler les ordonnances de la Cour d'appel sur les dépens afférents aux appels interjetés devant elle et d'ordonner que chacune des parties paie ses propres dépens devant la Cour d'appel et devant notre Cour.

[261] Je suis d'avis de ne pas modifier les par. 9 et 10 de l'ordonnance de la Cour d'appel rendue concernant l'appel des anciens cadres, de sorte que les débours et honoraires de ces derniers, établis sur la base de l'indemnisation complète, qui totalisent 269 913,78 \$, soient payés par prélèvement sur la partie de la caisse de retraite du régime des cadres

specifically such amounts shall be allocated among the 14 former executives in relation to their pension entitlement from the executive plan and will not be borne by the other three members of the executive plan.

[262] I would dismiss the USW costs appeal, but without costs.

The reasons of LeBel and Abella JJ. were delivered by

LEBEL J. (dissenting) —

### I. Introduction

[263] The members of two pension plans set up by Indalex Limited (“Indalex”) stand to lose half or more of their pension benefits as a consequence of the insolvency of their employer and of the arrangement approved by the Ontario Superior Court of Justice under the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“*CCAA*”). The Court of Appeal for Ontario found that the members were entitled to a remedy. For different and partly conflicting reasons, my colleagues Justices Deschamps and Cromwell would hold that no remedy is available to them. With all due respect for their opinions, I would conclude, like the Court of Appeal, that the remedy of a constructive trust is open to them and should be imposed in the circumstances of this case, for the following reasons.

[264] I do not intend to summarize the facts of this case, which were outlined by my colleagues. I will address these facts as needed in the course of my reasons. Before moving to my areas of disagreement with my colleagues, I will briefly indicate where and to what extent I agree with them on the relevant legal issues.

[265] Like my colleagues, I conclude that no deemed trust could arise under s. 57(4) of the *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8 (“*PBA*”), in the case of the Executive Plan because this plan had not been wound up when the *CCAA*

correspondant aux prestations de retraite accumulées respectivement par les 14 anciens cadres; plus particulièrement, les dépens seront répartis entre les 14 anciens cadres en fonction de leurs droits respectifs à pension aux termes du régime et ne seront pas supportés par les trois autres participants.

[262] Je suis d’avis de rejeter sans frais le pourvoi interjeté par le Syndicat relativement aux dépens.

Version française des motifs des juges LeBel et Abella rendus par

LE JUGE LEBEL (dissident) —

### I. Introduction

[263] Les participants à deux régimes de retraite établis par Indalex Limited (« Indalex ») risquent de perdre au moins la moitié de leurs prestations de retraite du fait de l’insolvabilité de leur employeur et de l’arrangement homologué par la Cour supérieure de justice de l’Ontario en application de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« *LACC* »). La Cour d’appel de l’Ontario a jugé que ces participants avaient droit à une réparation. Mes collègues, les juges Deschamps et Cromwell, arrivent à la conclusion contraire, pour des motifs différents et en partie contradictoires. Avec égard pour leur opinion, et à l’instar de la Cour d’appel, je suis d’avis que la fiducie par interprétation peut s’appliquer en l’espèce et devrait être imposée, pour les motifs qui suivent.

[264] Je ne résumerai pas les faits de l’affaire, mes collègues les ayant déjà exposés. Je m’y reporterai au besoin dans mes motifs. Cependant, avant d’expliquer mes divergences d’opinions avec mes collègues, j’indiquerai brièvement les questions de droit sur lesquelles je souscris, en totalité ou en partie, à leurs motifs.

[265] À l’instar de mes collègues, je conclus que le régime des cadres ne pouvait être protégé par aucune fiducie réputée résultant de l’application du par. 57(4) de la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8 (« *LRR* »), puisque ce régime

proceedings were initiated. In the case of the Salaried Employees Plan, I agree with Deschamps J. that a deemed trust arises in respect of the wind-up deficiency. But, like her, I accept that the debtor-in-possession (“DIP”) super priority prevails by reason of the application of the federal paramountcy doctrine. I also agree that the costs appeal of the United Steelworkers should be dismissed.

[266] But, with respect for the opinions of my colleagues, I take a different view of the nature and extent of the fiduciary duties of an employer who elects to act as administrator of a pension plan governed by the *PBA*. This dual status does not entitle the employer to greater leniency in the determination and exercise of its fiduciary duties or excuse wrongful actions. On the contrary, as we shall see below, I conclude that Indalex not only neglected its obligations towards the beneficiaries, but actually took a course of action that was actively inimical to their interests. The seriousness of these breaches amply justified the decision of the Court of Appeal to impose a constructive trust. To that extent, I propose to uphold the opinion of Gillese J.A. and the judgment of the Court of Appeal (2011 ONCA 265, 104 O.R. (3d) 641).

## II. The Employer as Administrator of a Pension Plan: Its Fiduciary Duties

[267] Before entering into an analysis of the obligations of an employer as administrator of a pension plan under the *PBA*, it is necessary to consider the position of the beneficiaries. Who are they? At what stage are they in their lives? What are their vulnerabilities? A fiduciary relationship is a relationship, grounded in fact and law, between a vulnerable beneficiary and a fiduciary who holds and may exercise power over the beneficiary in situations recognized by law. Any analysis of such a relationship requires careful consideration of the characteristics of the beneficiary. It ought not stop at the level of a theoretical and detached approach that fails to address how, very concretely,

n’avait pas été liquidé lorsque la procédure fondée sur la *LACC* a été enclenchée. Comme la juge Deschamps, je conclus à l’existence d’une fiducie réputée dans le cas du déficit de liquidation du régime des salariés. Je reconnais toutefois aussi que la priorité de la créance des prêteurs au débiteur-exploitant (« DE ») sur toutes les autres l’emporte, par application du principe de la prépondérance fédérale. Je conviens également qu’il faut rejeter l’appel interjeté par le Syndicat des Métallos sur la question des dépens.

[266] Toutefois, malgré le respect que je porte à mes collègues, je conçois différemment d’eux la nature et la portée des obligations fiduciaires de l’employeur qui choisit d’administrer un régime de retraite régi par la *LRR*. Sa double fonction n’autorise pas l’employeur à faire preuve de laxisme dans la définition et l’exercice de ses obligations fiduciaires, ni ne justifie ses actes répréhensibles. Au contraire, comme je l’expliquerai, j’estime qu’Indalex a non seulement manqué à ses obligations envers les bénéficiaires, mais adopté en fait une démarche qui allait à l’encontre de leurs intérêts. La gravité de ces manquements justifiait amplement la décision de la Cour d’appel d’imposer une fiducie par interprétation. Dans cette mesure, je suis d’avis de confirmer les motifs de la juge Gillese et le jugement de la Cour d’appel (2011 ONCA 265, 104 O.R. (3d) 641).

## II. Les obligations fiduciaires de l’employeur en sa qualité d’administrateur d’un régime de retraite

[267] Avant d’analyser les obligations de l’employeur à titre d’administrateur d’un régime de retraite visé par la *LRR*, il faut examiner la situation des bénéficiaires. Qui sont-ils? À quelle période de leur vie en sont-ils? En quoi consistent leurs points vulnérables? Une relation fiduciaire s’entend de la relation factuelle et juridique entre un bénéficiaire vulnérable et un fiduciaire qui détient et peut exercer un pouvoir sur le bénéficiaire dans les situations prévues par la loi. L’analyse d’une telle relation nécessite un examen attentif des caractéristiques du bénéficiaire. Il ne faut pas s’en tenir à une perspective théorique et détachée, en négligeant de voir, très concrètement, comment la

this relationship works or can be twisted, perverted or abused, as was the situation in this case.

[268] The beneficiaries were in a very vulnerable position relative to Indalex. They did not enjoy the protection that the existence of an independent administrator might have given them. They had no say and no input in the management of the plans. The information about the plans and their situation came from Indalex in its dual role as employer and manager of the plans. Their particular vulnerability arose from their relationship with Indalex, acting both as their employer and as the administrator of their retirement plans. Their vulnerability was substantially a consequence of that specific relationship (*Galambos v. Perez*, 2009 SCC 48, [2009] 3 S.C.R. 247, at para. 68, *per* Cromwell J.). The nature of this relationship had very practical consequences on their interests. For example, as Gillese J.A. noted in her reasons (at para. 40) the consequences of the decisions made in the course of management of the plan and during the CCAA proceedings signify that the members of the Executive Plan stand to lose one-half to two-thirds of their retirement benefits, unless additional money is somehow paid into the plan. These losses of benefits are, in all probability, permanent in the case of the beneficiaries who have already retired or who are close to retirement. They deeply affect their lives and expectations. For most of them, what is lost is lost for good. No arrangement will allow them to get a start on a new life. We should not view the situation of the beneficiaries as regrettable but unavoidable collateral damage arising out of the ebbs and tides of the economy. In my view, the law should give the members some protection, as the Court of Appeal intended when it imposed a constructive trust.

[269] Indalex was in a conflict of interest from the moment it started to contemplate putting itself under the protection of the CCAA and proposing an arrangement to its creditors. From the corporate perspective, one could hardly find fault with such a decision. It was a business decision. But the trouble is that at the same time, Indalex was a

relation fonctionne et comment il est possible de la fausser, de la faire dévier ou d'en abuser, comme ce fut le cas en l'espèce.

[268] Les bénéficiaires se trouvaient dans une position de grande vulnérabilité par rapport à Indalex. Ils ne jouissaient pas de la protection que l'existence d'un administrateur indépendant aurait pu leur assurer. Ils n'avaient pas la possibilité de donner leur avis ni de participer aux décisions à l'égard de la gestion des régimes. Toute l'information sur les régimes et sur leur situation leur provenait d'Indalex, à titre à la fois d'employeur et d'administrateur. Leur vulnérabilité particulière découlait essentiellement de leur relation avec Indalex, qui assumait cette double fonction (*Galambos c. Perez*, 2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247, par. 68, le juge Cromwell). La nature de cette relation a entraîné des conséquences très concrètes sur leurs intérêts. Par exemple, comme le signale la juge Gillese dans ses motifs (par. 40), les décisions prises au fil de la gestion du régime des cadres et pendant la procédure fondée sur la LACC risquent de faire perdre aux participants entre la moitié et les deux tiers de leurs prestations, à moins d'une injection de fonds. Dans le cas des bénéficiaires retraités ou en fin de carrière, il s'agit probablement de pertes permanentes. Leur vie et leurs attentes s'en trouvent profondément affectées. Pour la plupart d'entre eux, ces pertes sont irrémédiables; aucun arrangement ne leur permettra d'entamer une nouvelle étape de leur vie. Nous ne devons pas considérer la situation des bénéficiaires comme une conséquence indirecte regrettable, mais inévitable, des fluctuations de l'économie. À mon avis, la loi devrait offrir une certaine protection aux bénéficiaires, et c'est ce que la Cour d'appel a tenté de faire en imposant la fiducie par interprétation.

[269] Indalex se trouvait en situation de conflit d'intérêts dès qu'elle a envisagé de demander la protection de la LACC et de proposer un arrangement à ses créanciers. Du point de vue de l'entreprise, on ne pourrait guère trouver à redire à cette décision. Il s'agissait d'une décision d'affaires. Cependant, Indalex jouait en même temps le rôle de fiduciaire à



fiduciary in relation to the members and retirees of its pension plans. The “two hats” analogy offers no defence to Indalex. It could not switch off the fiduciary relationship at will when it conflicted with its business obligations or decisions. Throughout the arrangement process and until it was replaced by an independent administrator (Morneau Shepell Ltd.) it remained a fiduciary.

[270] It is true that the *PBA* allows an employer to act as an administrator of a pension plan in Ontario. In such cases, the legislature accepts that conflicts of interest may arise. But, in my opinion, nothing in the *PBA* allows that the employer *qua* administrator will be held to a lower standard or will be subject to duties and obligations that are less stringent than those of an independent administrator. The employer remains a fiduciary under the statute and at common law (*PBA*, s. 22(4)). The employer is under no obligation to assume the burdens of administering the pension plans that it has agreed to set up or that are the legacy of previous decisions. However, if it decides to do so, a fiduciary relationship is created with the expectation that the employer will be able to avoid or resolve the conflicts of interest that might arise. If this proves to be impossible, the employer is still “seized” with fiduciary duties, and cannot ignore them out of hand.

[271] Once Indalex had considered the *CCAA* process and decided to proceed in that manner, it should have been obvious that such a move would trigger conflicts of interest with the beneficiaries of the pension plans and that these conflicts would become untenable, as per the terms of s. 22(4) of the *PBA*. Given the nature of its obligations as administrator and fiduciary, it was impossible to wear the “two hats”. Indalex had to discharge its corporate duties, but at the same time it had to address its fiduciary obligations to the members and beneficiaries of the plans. I do not fault it for applying under the *CCAA*, but rather for not relinquishing its position as administrator of the plans at the time of the application. It even retained

l’égard des participants aux régimes et des retraités, et c’est là où le bât blesse. L’analogie avec les « deux chapeaux » ne constitue pas un moyen de défense pour Indalex. Elle ne pouvait pas mettre la relation fiduciaire de côté à sa guise lorsque cette relation entrainait en conflit avec ses obligations ou ses décisions d’affaires. Tout au long de la procédure intentée sous le régime de la *LACC* et jusqu’à la nomination d’un administrateur indépendant (Morneau Shepell Ltd.) qui s’est substitué à elle, elle demeurait une fiduciaire.

[270] Certes, la *LRR* autorise un employeur à agir à titre d’administrateur d’un régime de retraite en Ontario. Le législateur admet dans ces cas la possibilité d’un conflit d’intérêts. Néanmoins, à mon avis, rien dans la *LRR* ne permet de conclure que l’employeur, en sa qualité d’administrateur, serait assujéti à une norme moindre ou assumerait des fonctions et des obligations moins strictes qu’un administrateur indépendant. Il demeure un fiduciaire aux termes de la loi et en common law (*LRR*, par. 22(4)). L’employeur n’est pas tenu d’assumer le fardeau de l’administration des régimes de retraite qu’il a convenu d’établir ou qui sont le fruit de décisions antérieures. Par contre, s’il choisit de l’assumer, une relation fiduciaire prend naissance et l’on s’attend à ce que l’employeur soit capable d’éviter ou de régler les conflits d’intérêts susceptibles d’intervenir. Lorsque cela se révèle impossible, l’employeur demeure soumis à ses obligations fiduciaires et ne peut s’en débarrasser sommairement.

[271] Dès qu’Indalex a envisagé la possibilité d’engager une procédure fondée sur la *LACC* et a opté pour cette solution, il aurait dû lui paraître évident que sa décision engendrerait des conflits avec les intérêts des bénéficiaires des régimes de retraite, en contravention au par. 22(4) de la *LRR*, et que la situation deviendrait insoutenable. Compte tenu de la nature des obligations qui lui incombaient à titre d’administrateur et de fiduciaire, Indalex ne pouvait plus coiffer « deux chapeaux ». Indalex avait le devoir de protéger les intérêts de la société, mais elle devait aussi s’acquitter de ses obligations fiduciaires envers les participants et bénéficiaires des régimes. Je ne lui reproche pas d’avoir présenté une demande sous le régime de la

this position once it engaged in the arrangement process. Other conflicts and breaches of fiduciary duties and of fundamental rules of procedural equity in the Superior Court flowed from this first decision. Moreover, Indalex maintained a strongly adversarial attitude towards the interest of the beneficiaries throughout the arrangement process, while it was still, at least in form, the administrator of the plans.

[272] The option given to employers to act as administrators of pension plans under the *PBA* does not constitute a licence to breach the fiduciary duties that flow from this function. It should not be viewed as an invitation for the courts to white-wash the consequences of such breaches. The option is predicated on the ability of the employer-administrator to avoid the conflicts of interests that cause these breaches. An employer deciding to assume the position of administrator cannot claim to be in the same situation as the Crown when it discharges fiduciary obligations towards certain groups in society under the Constitution or the law. For those cases, the Crown assumes those duties because it is obligated to do so by virtue of its role, not because it chooses to do so. In such circumstances, the Crown must often balance conflicting interests and obligations to the broader society in the discharge of those fiduciary duties (*Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261, at paras. 37-38). If Indalex found itself in a situation where it had to balance conflicting interests and obligations, as it essentially argues, it could not retain the position of administrator that it had willingly assumed. The solution was not to place its function as administrator and its associated fiduciary duties in abeyance. Rather, it had to abandon this role and diligently transfer its function as manager to an independent administrator.

[273] Indalex could apply for protection under the *CCAA*. But, in so doing, it needed to make arrangements to avoid conflicts of interests. As nothing was done, the members of the plans were

*LACC*, mais plutôt de ne pas avoir alors renoncé à administrer les régimes. Elle a même continué à les administrer pendant la procédure en vue de conclure un arrangement. D'autres conflits d'intérêts et manquements à ses obligations fiduciaires ainsi qu'aux règles fondamentales d'équité procédurale devant la Cour supérieure ont découlé de cette décision initiale. Qui plus est, Indalex a conservé tout au long de cette procédure une attitude fortement contraire aux intérêts des bénéficiaires, malgré le fait qu'elle administrait toujours les régimes, à tout le moins théoriquement.

[272] Si la *LRR* offre à l'employeur le choix d'agir à titre d'administrateur d'un régime de retraite, elle ne l'autorise pas à manquer aux obligations fiduciaires qui découlent de cette fonction et il ne faudrait pas conclure qu'elle invite les tribunaux à escamoter les conséquences de tels manquements. Cette faculté de choisir présuppose la capacité de l'employeur-administrateur d'éviter les conflits d'intérêts qui entraînent de tels manquements. L'employeur qui choisit d'agir à titre d'administrateur ne saurait prétendre se trouver dans la même situation que l'État qui s'acquitte des obligations fiduciaires que lui impose la Constitution ou la loi à l'égard de certains groupes de la société. Ces obligations incombent à l'État, non pas par choix, mais en raison de son rôle. Dans ces circonstances, l'État est souvent appelé à concilier des intérêts opposés avec ses obligations envers la société en général (*Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261, par. 37-38) en s'acquittant de ses obligations fiduciaires. Si Indalex devait concilier des intérêts et des obligations contradictoires, comme elle le prétend, elle ne pouvait pas conserver la fonction d'administrateur qu'elle avait assumée de son plein gré. La solution consistait non pas à mettre en veilleuse sa fonction d'administrateur avec les obligations fiduciaires en découlant, mais à y renoncer et à la transférer avec diligence à un administrateur indépendant.

[273] Il était loisible à Indalex de demander la protection de la *LACC*. Toutefois, il lui fallait dans ce cas prendre des mesures pour éviter les conflits d'intérêts. Son inaction a forcé les

left to play catch up as best they could when the process that put in place the DIP financing and its super priority was initiated. The process had been launched in such a way that it took significant time before the beneficiaries could effectively participate in the process. In practice, the United Steelworkers union, which represented only a small group of the members of the Salaried Employees Plan, acted for them after the start of the procedures. The members of the Executive Plan hired counsel who appeared for them. But, throughout, there were problems with notices, delays and the ability to participate in the process. Indeed, during the CCAA proceedings, the Monitor and Indalex seemed to have been more concerned about keeping the members of the plans out of the process rather than ensuring that their voices could be heard. Two paragraphs of the submissions to this Court by Morneau Shepell Ltd., the subsequently appointed administrator of the plan, aptly sums up the behaviour of Indalex and the Monitor towards the beneficiaries, whose representations were always deemed to be either premature or late:

When counsel for the Retirees again appeared at a motion to approve the bidding procedure, his objections were considered premature:

In my view, the issues raised by the retirees do not have any impact on the Bidding Procedures. The issues can be raised by the retirees on any application to approve a transaction — but that is for another day.

Only when counsel appeared at the sale approval motion, as directed by the motions judge, were the concerns of the pension plan beneficiaries heard. At that time, the Appellants complain, the beneficiaries were too late and their motion constituted a collateral attack on the original DIP Order. However, it cannot be the case that stakeholder groups are too early, until they are too late. [R.F., at paras. 54-55]

[274] I must also mention the failed attempt to assign Indalex in bankruptcy once the sale of its

participants aux régimes à se débrouiller de leur mieux pour rattraper le train en marche une fois que le processus de financement DE assorti d'une priorité sur toutes les autres créances avait été mis en branle. Compte tenu de la manière dont ce processus a été engagé, un délai considérable s'est écoulé avant que les bénéficiaires puissent y participer réellement. Dans les faits, le Syndicat des Métallos, qui ne représentait qu'un petit nombre de bénéficiaires du régime des salariés, a agi en leur nom après le début du processus. Pour leur part, les participants au régime des cadres ont retenu les services d'un avocat. Cependant, du début à la fin, ils se sont heurtés à des difficultés concernant les avis, les délais et leur capacité de participer au processus. En effet, tout au long de la procédure intentée sous le régime de la LACC, le contrôleur et Indalex semblent s'être souciés davantage d'écarter les participants aux régimes que de veiller à ce qu'ils puissent être entendus. Le passage suivant des arguments présentés devant notre Cour par Morneau Shepell Ltd., l'administrateur ultérieur du régime, résume bien la conduite d'Indalex et du contrôleur à l'égard des bénéficiaires, dont les observations ne semblaient jamais tomber à point :

[TRADUCTION] Lorsque l'avocat représentant les retraités a comparu à nouveau à l'audience sur la motion en approbation du processus de vente par soumission, ses objections ont été considérées comme prématurées :

À mon avis, les questions soulevées par les retraités n'ont aucune incidence sur le processus de vente par soumission. Les retraités pourront soulever ces questions lorsqu'une motion en homologation d'une opération sera présentée — ce qui n'est pas le cas maintenant.

Ce n'est que lorsque l'avocat a comparu relativement à la motion en homologation de la vente, conformément aux directives du juge des requêtes, que les préoccupations des bénéficiaires du régime de retraite ont finalement été entendues. À ce moment-là, selon les appelants, l'intervention des bénéficiaires arrivait trop tard et constituait une contestation indirecte de l'ordonnance DE initiale. Or, il ne peut pas être toujours soit trop tôt soit trop tard pour les groupes intéressés. [m.i., par. 54-55]

[274] Je ne saurais passer sous silence la tentative ratée d'Indalex de faire cession de ses biens

business had been approved. One of the purposes of this action was essentially to harm the interests of the members of the plans. At the time, Indalex was still wearing its two hats, at least from a legal perspective. But its duties as a fiduciary were clearly not at the forefront of its concerns. There were constant conflicts of interest throughout the process. Indalex did not attempt to resolve them; it brushed them aside. In so acting, it breached its duties as a fiduciary and its statutory obligations under s. 22(4) *PBA*.

### III. Procedural Fairness in CCAA Proceedings

[275] The manner in which this matter was conducted in the Superior Court was, at least partially, the result of Indalex disregarding its fiduciary duties. The procedural issues that arose in that court did not assist in mitigating the consequences of these breaches. It is true that, in the end, the beneficiaries obtained, or were given, some information pertaining to the proceedings and that counsel appeared on their behalf at various stages of the proceedings. However, the basic problem is that the proceedings were not conducted according to the spirit and principles of the Canadian system of civil justice.

[276] I accept that those procedures are often urgent. The situation of a debtor requires quick and efficient action. The turtle-like pace of some civil litigation would not meet the needs of the application of the *CCAA*. However, the conduct of proceedings under this statute is not solely an administrative process. It is also a judicial process conducted according to the tenets of the adversarial system. The fundamentals of such a system must not be ignored. All interested parties are entitled to a fair procedure that allows their voices to be raised and heard. It is not an answer to these concerns to say that nothing else could be done, that no other solution would have been better, that, in substance, hearing the members would have been a waste of time. In all branches of procedure whether in administrative law, criminal law or civil action, the rights to be informed and to be heard in some

en faillite après l'homologation de la vente de l'entreprise. Cette manoeuvre visait entre autres à nuire aux intérêts des participants aux régimes. À l'époque, Indalex cumulait toujours ses deux fonctions, du moins sur le plan juridique. Cependant, ses obligations fiduciaires ne se trouvaient de toute évidence pas au centre de ses préoccupations. Les conflits d'intérêts se sont multipliés au cours de la procédure. Au lieu d'essayer de les régler, Indalex les a balayés du revers de la main. Elle a ainsi manqué à ses obligations fiduciaires et aux prescriptions du par. 22(4) de la *LRR*.

### III. L'équité procédurale dans une procédure intentée sous le régime de la LACC

[275] La manière dont l'instance s'est déroulée devant la Cour supérieure résultait, du moins en partie, du non-respect par Indalex de ses obligations fiduciaires. Les points de procédure soulevés devant la cour n'ont pas permis d'atténuer les conséquences de ces manquements. Certes, les bénéficiaires ont finalement obtenu ou reçu certains renseignements concernant la procédure et ils ont pu être représentés par un avocat à diverses étapes, mais l'esprit et les principes du système canadien de justice civile n'ont pas été respectés, et c'est là le problème fondamental.

[276] Je reconnais que, souvent, le temps presse dans ce genre de procédure. La situation d'un débiteur nécessite la prise de mesures rapides et efficaces. Un litige qui s'éternise, comme certaines actions civiles, ne saurait convenir pour l'application de la *LACC*. Toutefois, la procédure prévue par cette loi n'est pas de nature purement administrative. Il s'agit également d'un processus judiciaire, assujéti à ce titre aux principes du système contradictoire. Les règles fondamentales de ce système ne sauraient être bafouées. Toutes les parties intéressées ont droit à une procédure équitable qui leur permet d'exprimer leur point de vue et d'être entendues. Il ne suffit pas à cet égard de répondre que rien d'autre ne pouvait être tenté, qu'il n'existait pas de solution meilleure ou, essentiellement, qu'entendre les participants aurait constitué une perte de temps. Dans toute procédure,

way remain fundamental principles of justice. Those principles retain their place in the CCAA, as some authors and judges have emphasized (J. P. Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act* (2007), at pp. 55-56; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 7 C.B.R. (4th) 293 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), at para. 5, *per* Farley J.). This was not done in this case, as my colleagues admit, while they downplay the consequences of these procedural flaws and breaches.

#### IV. Imposing a Constructive Trust

[277] In this context, I see no error in the decision of the Court of Appeal to impose a constructive trust (paras. 200-207). It was a fair decision that met the requirements of justice, under the principles set out by our Court in *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534, and in *Soulos v. Korkontzilas*, [1997] 2 S.C.R. 217. The remedy of a constructive trust was justified in order to correct the wrong caused by Indalex (*Soulos*, at para. 36, *per* McLachlin J. (as she then was)). The facts of the situation met the four conditions that generally justify the imposition of a constructive trust (*Soulos*, at para. 45), as determined by Justice Gillese in her reasons, at paras. 203-4: (1) the defendant was under an equitable obligation in relation to the activities giving rise to the assets in his or her hands; (2) the assets in the hands of the defendant were shown to have resulted from deemed or actual agency activities of the defendant in breach of his or her equitable obligation to the plaintiff; (3) the plaintiff has shown a legitimate reason for seeking a proprietary remedy, either personal or related to the need to ensure that others like the defendants remain faithful to their duties; and (4) there are no factors which would render imposition of a constructive trust unjust in all the circumstances of the case, such as the protection of the interests of intervening creditors.

que ce soit en droit administratif, pénal ou civil, le droit d'être informé et celui d'être entendu d'une manière ou d'une autre demeurent des principes fondamentaux de la justice. Ils demeurent applicables sous le régime de la LACC, comme le font remarquer certains auteurs et juges (J. P. Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act* (2007), p. 55-56; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 7 C.B.R. (4th) 293 (C.J. Ont. (Div. gén.)), par. 5 (le juge Farley). Ces principes n'ont pas été respectés en l'espèce, et mes collègues le reconnaissent, mais minimisent les conséquences de tels manquements et vices de procédure.

#### IV. Imposition d'une fiducie par interprétation

[277] Dans les circonstances, la décision de la Cour d'appel d'imposer une fiducie par interprétation ne me paraît pas erronée (par. 200-207). Il s'agit d'une décision équitable conforme aux exigences de la justice, selon les principes énoncés par notre Cour dans les arrêts *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534, et *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217. Pareille réparation pour le tort causé par Indalex est fondée (*Soulos*, par. 36, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef)). Les faits de l'espèce respectent les quatre conditions qui justifient généralement l'imposition d'une fiducie par interprétation (*Soulos*, par. 45), comme le constate la juge Gillese aux par. 203-204 de ses motifs : (1) le défendeur était assujéti à une obligation en equity relativement aux actes qui ont conduit à la possession des biens; (2) il a été démontré que la possession des biens par le défendeur résultait des actes qu'il a ou est réputé avoir accomplis à titre de mandataire, en violation de l'obligation que l'equity lui imposait à l'égard du demandeur; (3) le demandeur a établi qu'il a un motif légitime de solliciter une réparation fondée sur la propriété, soit personnel soit lié à la nécessité de veiller à ce que d'autres personnes comme le défendeur s'acquittent de leurs obligations; (4) il n'existe pas de facteurs qui rendraient injuste l'imposition d'une fiducie par interprétation eu égard à l'ensemble des circonstances de l'affaire, comme la protection des intérêts des créanciers intervenants.

[278] In crafting such a remedy, the Court of Appeal was relying on the inherent powers of the courts to craft equitable remedies, not only in respect of procedural issues, but also of substantive questions. Section 9 of the CCAA is broadly drafted and does not deprive courts of their power to fill in gaps in the law when this is necessary in order to grant justice to the parties (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, at pp. 78-79).

[279] The imposition of the trust did not disregard the different corporate personalities of Indalex and Indalex U.S. It properly acknowledged the close relationship between the two companies, the second in effect controlling the first. This relationship could and needed to be taken into consideration in order to determine whether a constructive trust was a proper remedy.

[280] For these reasons, I would uphold the imposition of a constructive trust and I would dismiss the appeal with costs to the respondents.

## APPENDIX

*The Pension Benefits Amendment Act, 1973*, S.O. 1973, c. 113

6. The said Act is amended by adding thereto the following sections:

23a.—(1) Any sum received by an employer from an employee pursuant to an arrangement for the payment of such sum by the employer into a pension plan as the employee’s contribution thereto shall be deemed to be held by the employer in trust for payment of the same after his receipt thereof into the pension plan as the employee’s contribution thereto and the employer shall not appropriate or convert any part thereof to his own use or to any use not authorized by the trust.

[278] En imposant pareille réparation, la Cour d’appel a exercé la compétence inhérente des tribunaux de concevoir une réparation en equity en réponse non seulement à une question de procédure, mais également à une question de fond. L’article 9 de la LACC est formulé en termes généraux et n’a pas pour effet de priver le tribunal du pouvoir de combler au besoin les lacunes du droit pour rendre justice aux parties (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, p. 78-79).

[279] En imposant la fiducie, la Cour n’a pas négligé le fait qu’Indalex et Indalex É.-U. constituent des personnes morales distinctes. Elle a tenu compte à juste titre de leurs rapports étroits, la seconde contrôlant dans les faits la première. Il était possible, voire nécessaire, de prendre ces rapports en compte pour déterminer si la fiducie par interprétation constituait une réparation adéquate en l’espèce.

[280] Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis de confirmer la fiducie par interprétation et de rejeter l’appel avec dépens en faveur des intimés.

## ANNEXE

*The Pension Benefits Amendment Act, 1973*, S.O. 1973, ch. 113

[TRADUCTION]

6. La même loi est modifiée par l’adjonction de ce qui suit :

23a.—(1) Toute somme qu’un employeur reçoit d’un employé conformément à une entente relative à son versement par l’employeur à titre de cotisation salariale est réputée détenue en fiducie par l’employeur en vue de son versement, après qu’il l’a reçue, au régime de retraite à titre de cotisation salariale, et l’employeur ne peut s’en approprier quelque partie ni la transformer à son usage personnel ou à un autre usage non autorisé par la fiducie.

(2) For the purposes of subsection 1, any sum withheld by an employer, whether by payroll deduction or otherwise, from moneys payable to an employee shall be deemed to be a sum received by the employer from the employee.

(3) Any sum required to be paid into a pension plan by an employer as the employer's contribution to the plan shall, when due under the plan, be deemed to be held by the employer in trust for payment of the same into the plan in accordance with the plan and this Act and the regulations as the employer's contribution and the employer shall not appropriate or convert any part of the amount required to be paid to the fund to his own use or to any use not authorized by the terms of the pension plan.

*Pension Benefits Act*, R.S.O. 1980, c. 373

**21. . . .**

(2) Upon the termination or winding up of a pension plan filed for registration as required by section 17, the employer is liable to pay all amounts that would otherwise have been required to be paid to meet the tests for solvency prescribed by the regulations, up to the date of such termination or winding up, to the insurer, administrator or trustee of the pension plan.

**23.—(1)** Where a sum is received by an employer from an employee under an arrangement for the payment of the sum by the employer into a pension plan as the employee's contribution thereto, the employer shall be deemed to hold the sum in trust for the employee until the sum is paid into the pension plan whether or not the sum has in fact been kept separate and apart by the employer and the employee has a lien upon the assets of the employer for such amount that in the ordinary course of business would be entered in books of account whether so entered or not.

(3) Where an employer is required to make contributions to a pension plan, he shall be deemed to hold in trust for the members of the plan an amount calculated in accordance with subsection (4), whether or not,

(2) Pour les besoins du paragraphe 1, la somme qu'un employeur prélève sur une somme payable à l'employé, notamment par retenue salariale, est réputée constituer une somme que l'employeur reçoit de l'employé.

(3) Toute somme qu'un employeur doit verser à un régime de retraite à titre de cotisation patronale et qui est exigible aux termes du régime est réputée détenue en fiducie par l'employeur en vue de son versement au régime de retraite conformément à celui-ci, à la présente loi et au règlement, et l'employeur ne peut s'approprier ni transformer à son usage personnel ou à tout autre usage non autorisé par le régime quelque partie du montant qui doit être versé à la caisse.

*Pension Benefits Act*, R.S.O. 1980, ch. 373

[TRADUCTION]

**21. . . .**

(2) À la cessation ou à la liquidation d'un régime de retraite déposé en vue de son agrément en vertu de l'article 17, l'employeur est tenu de verser à l'assureur, à l'administrateur ou au fiduciaire du régime de retraite les sommes dont le versement aurait été par ailleurs exigible pour satisfaire aux critères de solvabilité, et ce, jusqu'à la date de la cessation ou de la liquidation du régime.

**23.—(1)** L'employeur qui reçoit une somme d'un employé conformément à une entente relative à son versement par l'employeur à un régime de retraite à titre de cotisation salariale est réputé la détenir en fiducie jusqu'à son versement au régime de retraite, et ce, qu'il l'ait conservée séparément ou non, et l'employé a un privilège sur l'actif de l'employeur à raison du montant qui, dans le cours normal des affaires, serait consigné dans les livres de compte, qu'il y soit consigné ou non.

(3) L'employeur qui est tenu de cotiser à un régime de retraite est réputé détenir en fiducie pour le compte des participants au régime une somme dont le montant est calculé conformément au paragraphe (4), et ce,

- (a) the employer contributions are payable into the plan under the terms of the plan or this Act; or
- (b) the amount has been kept separate and apart by the employer,

and the members have a lien upon the assets of the employer in such amount that in the ordinary course of business would be entered into the books of account whether so entered or not.

(4) For the purpose of determining the amount deemed to be held in trust under subsection (3) on a specific date, the calculation shall be made as if the plan had been wound up on that date.

**32.** In addition to any amounts the employer is liable to pay under subsection 21 (2), where a defined benefit pension plan is terminated or wound up or the plan is amended so that it is no longer a defined benefit pension plan, the employer is liable to the plan for the difference between,

- (a) the value of the assets of the plan; and
- (b) the value of pension benefits guaranteed under subsection 31 (1) and any other pension benefit vested under the terms of the plan,

and the employer shall make payments to the insurer, trustee or administrator of the pension plan to fund the amount owing in such manner as is prescribed by regulation.

*Pension Benefits Amendment Act, 1983, S.O. 1983, c. 2*

**2. Subsection 21 (2) of the said Act is repealed and the following substituted therefor:**

(2) Upon the termination or winding up of a registered pension plan, the employer of employees covered by the pension plan shall pay to the administrator, insurer or trustee of the pension plan,

- (a) an amount equal to,

- a) que la cotisation de l'employeur soit payable ou non aux termes du régime ou de la présente Loi et
- b) que l'employeur l'ait conservée séparément ou non,

et les participants ont un privilège sur l'actif de l'employeur à raison du montant qui, dans le cours normal des affaires, serait consigné dans des livres de compte, qu'il y soit consigné ou non.

(4) Aux fins de déterminer le montant qui est réputé détenu en fiducie en application du paragraphe (3) à une date précise, le calcul est effectué comme si le régime avait été liquidé à cette date.

**32.** En plus des sommes que l'employeur est tenu de payer en application du paragraphe 21 (2), lors de la cessation ou de la liquidation d'un régime de retraite à prestations déterminées ou lorsqu'une modification fait en sorte qu'un régime n'est plus un régime de retraite à prestations déterminées, l'employeur est tenu de combler la différence entre

- a) la valeur de l'actif du régime et
- b) la valeur des prestations de retraite garanties suivant le paragraphe 31 (1) et de toutes autres prestations de retraite auxquelles le droit est acquis aux termes du régime,

et l'employeur verse à l'assureur, au fiduciaire ou à l'administrateur du régime de retraite les sommes ainsi requises de la manière prévue par règlement.

*Pension Benefits Amendment Act, 1983, S.O. 1983, ch. 2*

[TRADUCTION]

**2. Le paragraphe 21 (2) de la même loi est abrogé et remplacé par ce qui suit :**

(2) Lors de la cessation ou de la liquidation d'un régime de retraite enregistré, l'employeur dont les employés bénéficient du régime verse à l'administrateur, à l'assureur ou au fiduciaire du régime

- a) une somme dont le montant est égal



- (i) the current service cost, and
- (ii) the special payments prescribed by the regulations,

that have accrued to and including the date of the termination or winding up but, under the terms of the pension plan or the regulations, are not due on that date; and

- (b) all other payments that, by the terms of the pension plan or the regulations, are due from the employer to the pension plan but have not been paid at the date of the termination or winding up.

(2a) For the purposes of clause (2) (a), the current service cost and special payments shall be deemed to accrue on a daily basis.

**3. Section 23 of the said Act is repealed and the following substituted therefor:**

**23.—**(1) Where an employer receives money from an employee under an arrangement that the employer will pay the money into a pension plan as the employee's contribution to the pension plan, the employer shall be deemed to hold the money in trust for the employee until the employer pays the money into the pension plan.

(2) For the purposes of subsection (1), money withheld by an employer, whether by payroll deduction or otherwise, from moneys payable to an employee shall be deemed to be money received by the employer from the employee.

(3) The administrator or trustee of the pension plan has a lien and charge upon the assets of the employer in an amount equal to the amount that is deemed to be held in trust under subsection (1).

(4) An employer who is required by a pension plan to contribute to the pension plan shall be deemed to hold in trust for the members of the pension plan an amount of money equal to the total of,

- (a) all moneys that the employer is required to pay into the pension plan to meet,
  - (i) the current service cost, and
  - (ii) the special payments prescribed by the regulations,

that are due under the pension plan or the regulations and have not been paid into the pension plan; and

- (i) au coût du service courant et
- (ii) aux paiements spéciaux prescrits par règlement,

qui sont accumulés à la date de la cessation ou de la liquidation, celle-ci comprise, mais qui, suivant les conditions du régime et le libellé du règlement, ne sont pas encore dus;

- b) toute autre somme qui, aux termes du régime de retraite ou du règlement, est due par l'employeur au régime de retraite, mais qui n'a pas été versée à la date de la cessation ou de la liquidation.

(2a) Pour les besoins de l'alinéa (2) a), le coût du service courant et les paiements spéciaux sont réputés s'accumuler sur une base quotidienne.

**3. L'article 23 de la même loi est abrogé et remplacé par ce qui suit :**

**23.—**(1) L'employeur qui reçoit de l'argent d'un employé en vertu d'un arrangement précisant que l'employeur versera cet argent à un régime de retraite en tant que cotisation de l'employé aux termes du régime de retraite est réputé détenir cet argent en fiducie pour l'employé jusqu'à ce que l'employeur verse cet argent au régime de retraite.

(2) Pour l'application du paragraphe (1), toute retenue à la source ou autre somme prélevée par l'employeur est réputée constituer de l'argent que l'employeur reçoit de l'employé.

(3) L'administrateur ou le fiduciaire du régime de retraite a un privilège sur l'actif de l'employeur à raison d'un montant égal à la somme réputée détenue en fiducie suivant le paragraphe (1).

(4) L'employeur qui, dans le cadre d'un régime de retraite, est tenu de cotiser à ce régime est réputé détenir en fiducie pour le compte des participants du régime une somme égale au total

- a) de toutes les sommes que l'employeur est tenu de verser au régime pour acquitter
  - (i) le coût du service courant et
  - (ii) les paiements spéciaux prescrits par règlement

qui sont dus aux termes du régime ou du règlement, et qui n'ont pas été versés;

(b) where the pension plan is terminated or wound up, any other money that the employer is liable to pay under clause 21 (2) (a).

(5) The administrator or trustee of the pension plan has a lien and charge upon the assets of the employer in an amount equal to the amount that is deemed to be held in trust under subsection (4).

(6) Subsections (1) and (4) apply whether or not the moneys mentioned in those subsections are kept separate and apart from other money.

**8. Sections 32 and 33 of the said Act are repealed and the following substituted therefor:**

**32.—**(1) The employer of employees who are members of a defined benefit pension plan that the employer is bound by or to which the employer is a party and that is partly or wholly wound up shall pay to the administrator, insurer or trustee of the plan an amount of money equal to the amount by which the value of the pension benefits guaranteed by section 31 plus the value of the pension benefits vested under the defined benefit pension plan exceeds the value of the assets of the plan allocated in accordance with the regulations for payment of pension benefits accrued with respect to service in Ontario.

(2) The amount that the employer is required to pay under subsection (1) is in addition to the amounts that the employer is liable to pay under subsection 21 (2).

(3) The employer shall pay the amount required under subsection (1) to the administrator, insurer or trustee of the defined benefit pension plan in the manner prescribed by the regulations.

*Pension Benefits Act, 1987, S.O. 1987, c. 35*

**58.—**(1) Where an employer receives money from an employee under an arrangement that the employer will pay the money into a pension fund as the employee's contribution under the pension plan, the employer shall be deemed to hold the money in trust for the employee until the employer pays the money into the pension fund.

b) lors de la cessation ou de la liquidation du régime, toute autre somme que l'employeur est tenu de payer en vertu de l'alinéa 21 (2) a).

(5) L'administrateur ou le fiduciaire du régime de retraite a un privilège sur l'actif de l'employeur à raison d'un montant égal à celui de la somme qui est réputée détenue en fiducie suivant le paragraphe (4).

(6) Les paragraphes (1) et (4) s'appliquent que les sommes mentionnées soient conservées séparément ou non.

**8. Les articles 32 et 33 de la même loi sont abrogés et remplacés par ce qui suit :**

**32.—**(1) L'employeur dont les employés participent à un régime de retraite à prestations déterminées par lequel il est lié ou auquel il est partie et qui fait l'objet d'une liquidation partielle ou totale est tenu de verser à l'administrateur, à l'assureur ou au fiduciaire du régime un montant égal à l'excédent de la valeur des prestations de retraite garanties par l'article 31 et de la valeur des prestations de retraite acquises suivant le régime de retraite à prestations déterminées sur la valeur de l'actif du régime établie conformément au règlement applicable au paiement des prestations de retraite accumulées eu égard aux états de services en Ontario.

(2) Le versement que l'employeur est tenu d'effectuer suivant le paragraphe (1) s'ajoute à celui exigé au paragraphe 21 (2).

(3) L'employeur verse à l'assureur, au fiduciaire ou à l'administrateur du régime de retraite à prestations déterminées, de la manière prescrite par règlement, toute somme dont le versement est exigé au paragraphe (1).

*Loi de 1987 sur les régimes de retraite, L.O. 1987, ch. 35*

**58.** (1) L'employeur qui reçoit de l'argent d'un employé en vertu d'un arrangement précisant que l'employeur versera cet argent à une caisse de retraite en tant que cotisation de l'employé aux termes du régime de retraite, est réputé détenir cet argent en fiducie pour l'employé jusqu'à ce que l'employeur verse cet argent à la caisse de retraite.

(3) An employer who is required to pay contributions to a pension fund shall be deemed to hold in trust for the beneficiaries of the pension plan an amount of money equal to the employer contributions due and not paid into the pension fund.

(4) Where a pension plan is wound up in whole or in part, an employer who is required to pay contributions to the pension fund shall be deemed to hold in trust for the beneficiaries of the pension plan an amount of money equal to employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations.

**59.**—(1) Money that an employer is required to pay into a pension fund accrues on a daily basis.

(2) Interest on contributions shall be calculated and credited at a rate not less than the prescribed rates and in accordance with prescribed requirements.

**75.**—(1) A member in Ontario of a pension plan whose combination of age plus years of continuous employment or membership in the pension plan equals at least fifty-five, at the effective date of the wind up of the pension plan in whole or in part, has the right to receive,

- (a) a pension in accordance with the terms of the pension plan, if, under the pension plan, the member is eligible for immediate payment of the pension benefit;
- (b) a pension in accordance with the terms of the pension plan, beginning at the earlier of,
  - (i) the normal retirement date under the pension plan, or
  - (ii) the date on which the member would be entitled to an unreduced pension under the pension plan if the pension plan were not wound up and if the member's membership continued to that date; or
- (c) a reduced pension in the amount payable under the terms of the pension plan beginning on the date on which the member would be entitled to

(3) L'employeur qui est tenu de cotiser à une caisse de retraite est réputé détenir en fiducie pour le compte des bénéficiaires du régime de retraite un montant égal aux cotisations de l'employeur qui sont dues et impayées à la caisse de retraite.

(4) Si un régime de retraite est liquidé en totalité ou en partie, l'employeur qui est tenu de cotiser à la caisse de retraite est réputé détenir en fiducie pour le compte des bénéficiaires du régime de retraite un montant égal aux cotisations de l'employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements.

**59.** (1) L'intérêt sur l'argent qu'un employeur est tenu de verser à une caisse de retraite s'accumule sur une base quotidienne.

(2) L'intérêt sur les cotisations est calculé et crédité à des taux qui ne sont pas inférieurs aux taux prescrits et conformément aux exigences prescrites.

**75.** (1) En Ontario, un participant à un régime de retraite dont le total de l'âge plus le nombre d'années d'emploi continu ou d'affiliation continue est d'au moins cinquante-cinq, à la date de prise d'effet de la liquidation totale ou partielle, a droit à l'une des pensions suivantes :

- a) une pension conforme aux conditions du régime de retraite si, aux termes du régime de retraite, le participant est admissible au paiement immédiat d'une prestation de retraite;
- b) une pension conforme aux conditions du régime de retraite, commençant à la plus antérieure des dates suivantes :
  - (i) la date normale de retraite prévue par le régime de retraite,
  - (ii) la date à laquelle le participant aurait droit à une pension non réduite aux termes du régime de retraite si celui-ci n'était pas liquidé et que l'affiliation du participant avait continué jusqu'à cette date;
- c) une pension réduite dont le montant correspond à celui à verser aux termes du régime de retraite commençant à la date à laquelle le participant

the reduced pension under the pension plan if the pension plan were not wound up and if the member's membership continued to that date.

aurait droit à la pension réduite en vertu du régime de retraite si celui-ci n'était pas liquidé et que l'affiliation du participant avait continué jusqu'à cette date.

**76.**—(1) Where a pension plan is wound up in whole or in part, the employer shall pay into the pension fund,

- (a) an amount equal to the total of all payments that, under this Act, the regulations and the pension plan, are due or that have accrued and that have not been paid into the pension fund; and
- (b) an amount equal to the amount by which,
  - (i) the value of the pension benefits under the pension plan that would be guaranteed by the Guarantee Fund under this Act and the regulations if the Commission declares that the Guarantee Fund applies to the pension plan,
  - (ii) the value of the pension benefits accrued with respect to employment in Ontario vested under the pension plan, and
  - (iii) the value of benefits accrued with respect to employment in Ontario resulting from the application of subsection 40 (3) (50 per cent rule) and section 75,

exceed the value of the assets of the pension fund allocated as prescribed for payment of pension benefits accrued with respect to employment in Ontario.

*Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8

**57.** (1) [Trust property] Where an employer receives money from an employee under an arrangement that the employer will pay the money into a pension fund as the employee's contribution under the pension plan, the employer shall be deemed to hold the money in trust for the employee until the employer pays the money into the pension fund.

(2) [Money withheld] For the purposes of subsection (1), money withheld by an employer, whether by payroll deduction or otherwise, from money payable to an employee shall be deemed to be money received by the employer from the employee.

**76.** (1) Si un régime de retraite est liquidé en totalité ou en partie, l'employeur verse à la caisse de retraite :

- a) d'une part, un montant égal au total de tous les paiements qui, en vertu de la présente loi, des règlements et du régime de retraite, sont dus ou accumulés, et qui n'ont pas été versés à la caisse de retraite;
- b) d'autre part, un montant égal au montant dont :
  - (i) la valeur des prestations de retraite aux termes du régime de retraite qui seraient garanties par le Fonds de garantie en vertu de la présente loi et des règlements si la Commission déclare que le Fonds de garantie s'applique au régime de retraite,
  - (ii) la valeur des prestations de retraite accumulées à l'égard de l'emploi en Ontario et acquises aux termes du régime de retraite,
  - (iii) la valeur des prestations accumulées à l'égard de l'emploi en Ontario et qui résultent de l'application du paragraphe 40 (3) (règle des 50 pour cent),

dépassent la valeur de l'actif de la caisse de retraite attribué, comme cela est prescrit, pour le paiement de prestations de retraite accumulées à l'égard de l'emploi en Ontario.

*Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8

**57.** (1) [Bien en fiducie] L'employeur qui reçoit de l'argent d'un employé en vertu d'un arrangement précisant que l'employeur versera cet argent à une caisse de retraite en tant que cotisation de l'employé aux termes du régime de retraite, est réputé détenir cet argent en fiducie pour l'employé jusqu'à ce que l'employeur verse cet argent à la caisse de retraite.

(2) [Sommes retenues] Pour l'application du paragraphe (1), l'argent retenu des sommes payables à l'employé par l'employeur, que ce soit par retenues salariales ou autrement, est réputé être de l'argent que l'employeur a reçu de l'employé.

(3) [Accrued contributions] An employer who is required to pay contributions to a pension fund shall be deemed to hold in trust for the beneficiaries of the pension plan an amount of money equal to the employer contributions due and not paid into the pension fund.

(4) [Wind up] Where a pension plan is wound up in whole or in part, an employer who is required to pay contributions to the pension fund shall be deemed to hold in trust for the beneficiaries of the pension plan an amount of money equal to employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations.

**58.** (1) [Accrual] Money that an employer is required to pay into a pension fund accrues on a daily basis.

(2) [Interest] Interest on contributions shall be calculated and credited at a rate not less than the prescribed rates and in accordance with prescribed requirements.

**74.** (1) [Activating events] This section applies if a person ceases to be a member of a pension plan on the effective date of one of the following activating events:

1. The wind up of a pension plan, if the effective date of the wind up is on or after April 1, 1987.
2. The employer's termination of the member's employment, if the effective date of the termination is on or after July 1, 2012. However, this paragraph does not apply if the termination occurs in any of the circumstances described in subsection (1.1).
3. The occurrence of such other events as may be prescribed in such circumstances as may be specified by regulation.

(1.1) [Same, termination of employment] Termination of employment is not an activating event if the termination is a result of wilful misconduct, disobedience or wilful neglect of duty by the member that is not trivial and has not been condoned by the employer or if the termination occurs in such other circumstances as may be prescribed.

(3) [Cotisations accumulées] L'employeur qui est tenu de cotiser à une caisse de retraite est réputé détenir en fiducie pour le compte des bénéficiaires du régime de retraite un montant égal aux cotisations de l'employeur qui sont dues et impayées à la caisse de retraite.

(4) [Liquidation] Si un régime de retraite est liquidé en totalité ou en partie, l'employeur qui est tenu de cotiser à la caisse de retraite est réputé détenir en fiducie pour le compte des bénéficiaires du régime de retraite un montant égal aux cotisations de l'employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements.

**58.** (1) [Accumulation] L'argent qu'un employeur est tenu de verser à une caisse de retraite s'accumule sur une base quotidienne.

(2) [Intérêt] L'intérêt sur les cotisations est calculé et crédité à des taux qui ne sont pas inférieurs aux taux prescrits et conformément aux exigences prescrites.

**74.** (1) [Événements déclencheurs] Le présent article s'applique si une personne cesse d'être un participant à la date de prise d'effet de l'un des événements déclencheurs suivants :

1. La liquidation du régime de retraite, si sa date de prise d'effet tombe le 1<sup>er</sup> avril 1987 ou après cette date.
2. La cessation, par l'employeur, de l'emploi d'un participant, si sa date de prise d'effet tombe le 1<sup>er</sup> juillet 2012 ou après cette date, la présente disposition ne s'appliquant toutefois pas si la cessation se produit dans les circonstances visées au paragraphe (1.1).
3. L'arrivée d'autres événements prescrits dans les circonstances prescrites par règlement.

(1.1) [Idem : cessation d'emploi] La cessation de l'emploi n'est pas un événement déclencheur si elle résulte d'un acte d'inconduite délibérée, d'indiscipline ou de négligence volontaire du participant qui n'est pas frivole et que l'employeur n'a pas toléré, ou qu'elle se produit dans les autres circonstances prescrites.

(1.2) [Exceptions, election by certain pension plans] This section does not apply with respect to a jointly sponsored pension plan or a multi-employer pension plan while an election made under section 74.1 for the plan and its members is in effect.

(1.3) [Benefit] A member in Ontario of a pension plan whose combination of age plus years of continuous employment or membership in the pension plan equals at least 55 on the effective date of the activating event has the right to receive,

- (a) a pension in accordance with the terms of the pension plan, if, under the pension plan, the member is eligible for immediate payment of the pension benefit;
- (b) a pension in accordance with the terms of the pension plan, beginning at the earlier of,
  - (i) the normal retirement date under the pension plan, or
  - (ii) the date on which the member would be entitled to an unreduced pension under the pension plan if the activating event had not occurred and if the member's membership continued to that date; or
- (c) a reduced pension in the amount payable under the terms of the pension plan beginning on the date on which the member would be entitled to the reduced pension under the pension plan if the activating event had not occurred and if the member's membership continued to that date.

(2) [Part year] In determining the combination of age plus employment or membership, one-twelfth credit shall be given for each month of age and for each month of continuous employment or membership on the effective date of the activating event.

(3) [Member for 10 years] Bridging benefits offered under the pension plan to which a member would be entitled if the activating event had not occurred and if his or her membership were continued shall be included in calculating the pension benefit under subsection (1.3) of a person who has at least 10 years of continuous employment with the employer or has been a member of the pension plan for at least 10 years.

(1.2) [Exceptions : choix fait par certains régimes de retraite] Le présent article ne s'applique pas à l'égard d'un régime de retraite conjoint ou d'un régime de retraite interentreprises tant qu'un choix fait en vertu de l'article 74.1 pour le régime et les participants est en vigueur.

(1.3) [Prestation] En Ontario, un participant à un régime de retraite dont le total de l'âge plus le nombre d'années d'emploi continu ou d'affiliation continue est d'au moins 55, à la date de prise d'effet de l'événement déclencheur, a droit à l'une des pensions suivantes :

- a) une pension conforme aux conditions du régime de retraite si, aux termes de celui-ci, il est admissible au paiement immédiat d'une prestation de retraite;
- b) une pension conforme aux conditions du régime de retraite, commençant à la première des dates suivantes :
  - (i) la date normale de retraite prévue par le régime de retraite,
  - (ii) la date à laquelle il aurait droit à une pension non réduite aux termes du régime de retraite si l'événement déclencheur ne s'était pas produit et que son affiliation avait continué jusqu'à cette date;
- c) une pension réduite dont le montant correspond à celui à verser aux termes du régime de retraite commençant à la date à laquelle il aurait droit à la pension réduite en vertu du régime de retraite si l'événement déclencheur ne s'était pas produit et que son affiliation avait continué jusqu'à cette date.

(2) [Partie d'année] Pour déterminer le total de l'âge plus l'emploi ou l'affiliation, un crédit d'un douzième est accordé pour chaque mois d'âge et pour chaque mois d'emploi ou d'affiliation continuus à la date de prise d'effet de l'événement déclencheur.

(3) [Participant pendant 10 ans] Les prestations de raccordement offertes aux termes du régime de retraite auxquelles un participant aurait droit si l'événement déclencheur ne s'était pas produit et que l'affiliation du participant continuait, sont incluses dans le calcul de la prestation de retraite prévue au paragraphe (1.3) dans le cas d'une personne qui a accumulé au moins 10 années d'emploi continu chez l'employeur ou qui est un participant depuis au moins 10 ans.

(4) [Prorated bridging benefit] For the purposes of subsection (3), if the bridging benefit offered under the pension plan is not related to periods of employment or membership in the pension plan, the bridging benefit shall be prorated by the ratio that the member's actual period of employment bears to the period of employment that the member would have to the earliest date on which the member would be entitled to payment of pension benefits and a full bridging benefit under the pension plan if the activating event had not occurred.

(5) [Notice of termination of employment] Membership in a pension plan that is wound up includes the period of notice of termination of employment required under Part XV of the *Employment Standards Act, 2000*.

(6) [Application of subs. (5)] Subsection (5) does not apply for the purpose of calculating the amount of a pension benefit of a member who is required to make contributions to the pension fund unless the member makes the contributions in respect of the period of notice of termination of employment.

(7) [Consent of employer] For the purposes of this section, where the consent of an employer is an eligibility requirement for entitlement to receive an ancillary benefit, the employer shall be deemed to have given the consent.

(7.1) [Consent of administrator, jointly sponsored pension plans] For the purposes of this section, where the consent of the administrator of a jointly sponsored pension plan is an eligibility requirement for entitlement to receive an ancillary benefit, the administrator shall be deemed to have given the consent.

(8) [Use in calculating pension benefit] A benefit described in clause (1.3) (a), (b) or (c) for which a member has met all eligibility requirements under this section shall be included in calculating the member's pension benefit or the commuted value of the pension benefit.

**75.** (1) [Liability of employer on wind up] Where a pension plan is wound up, the employer shall pay into the pension fund,

- (a) an amount equal to the total of all payments that, under this Act, the regulations and the pension

(4) [Prestation de raccordement distribuée proportionnellement] Pour l'application du paragraphe (3), si la prestation de raccordement offerte aux termes du régime de retraite ne se rapporte pas à des périodes d'emploi ou d'affiliation au régime de retraite, la prestation de raccordement est distribuée selon le rapport qui existe entre la période réelle d'emploi du participant à la période d'emploi que le participant aurait faite à la première date à laquelle le membre aurait droit au paiement de prestations de retraite et d'une pleine prestation de raccordement aux termes du régime de retraite si l'événement déclencheur ne s'était pas produit.

(5) [Avis de licenciement] L'affiliation à un régime de retraite qui est liquidé inclut la période de préavis de licenciement exigé en vertu de la partie XV de la *Loi de 2000 sur les normes d'emploi*.

(6) [Champ d'application du par. (5)] Le paragraphe (5) ne s'applique pas afin de calculer le montant de la prestation de retraite d'un participant qui est tenu de cotiser à la caisse de retraite, à moins que le participant verse les cotisations à l'égard de la période de préavis de licenciement.

(7) [Consentement de l'employeur] Pour l'application du présent article, si le consentement de l'employeur est une condition d'admissibilité au droit de recevoir une prestation accessoire, l'employeur est réputé avoir donné son consentement.

(7.1) [Consentement de l'administrateur : régimes de retraite conjoints] Pour l'application du présent article, si le consentement de l'administrateur d'un régime de retraite conjoint est une condition d'admissibilité au droit de recevoir une prestation accessoire, l'administrateur est réputé avoir donné son consentement.

(8) [Calcul de la prestation de retraite] La prestation mentionnée à l'alinéa (1.3) a), b) ou c) à l'égard de laquelle un participant a rempli toutes les conditions d'admissibilité prévues au présent article est incluse dans le calcul de la prestation de retraite du participant ou de sa valeur de rachat.

**75.** (1) [Responsabilité de l'employeur à la liquidation] Si un régime de retraite est liquidé, l'employeur verse à la caisse de retraite :

- a) d'une part, un montant égal au total de tous les paiements qui, en vertu de la présente loi, des

plan, are due or that have accrued and that have not been paid into the pension fund; and

- (b) an amount equal to the amount by which,
  - (i) the value of the pension benefits under the pension plan that would be guaranteed by the Guarantee Fund under this Act and the regulations if the Superintendent declares that the Guarantee Fund applies to the pension plan,
  - (ii) the value of the pension benefits accrued with respect to employment in Ontario vested under the pension plan, and
  - (iii) the value of benefits accrued with respect to employment in Ontario resulting from the application of subsection 39 (3) (50 per cent rule) and section 74,

exceed the value of the assets of the pension fund allocated as prescribed for payment of pension benefits accrued with respect to employment in Ontario.

*Appeals of Sun Indalex Finance, George L. Miller and FTI Consulting allowed, LEBEL and ABELLA JJ. dissenting. Appeal of USW dismissed.*

*Solicitors for the appellant Sun Indalex Finance, LLC: Goodmans, Toronto.*

*Solicitors for the appellant George L. Miller, the Chapter 7 Trustee of the Bankruptcy Estates of the U.S. Indalex Debtors: Chaitons, Toronto.*

*Solicitors for the appellant FTI Consulting Canada ULC, in its capacity as court-appointed monitor of Indalex Limited, on behalf of Indalex Limited: Stikeman Elliott, Toronto.*

*Solicitors for the appellant/respondent United Steelworkers: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Solicitors for the respondents Keith Carruthers, et al.: Koskie Minsky, Toronto.*

*Solicitors for the respondent Morneau Shepell Ltd. (formerly known as Morneau Sobeco Limited*

règlements et du régime de retraite, sont dus ou accumulés, et qui n'ont pas été versés à la caisse de retraite;

- b) d'autre part, un montant égal au montant dont :
  - (i) la valeur des prestations de retraite aux termes du régime de retraite qui seraient garanties par le Fonds de garantie en vertu de la présente loi et des règlements si le surintendant déclare que le Fonds de garantie s'applique au régime de retraite,
  - (ii) la valeur des prestations de retraite accumulées à l'égard de l'emploi en Ontario et acquises aux termes du régime de retraite,
  - (iii) la valeur des prestations accumulées à l'égard de l'emploi en Ontario et qui résultent de l'application du paragraphe 39 (3) (règle des 50 pour cent) et de l'article 74,

dépassent la valeur de l'actif de la caisse de retraite attribué, comme cela est prescrit, pour le paiement de prestations de retraite accumulées à l'égard de l'emploi en Ontario.

*Pourvois de Sun Indalex Finance, George L. Miller et FTI Consulting accueillis, les juges LEBEL et ABELLA sont dissidents. Pourvoi du Syndicat des Métallos rejeté.*

*Procureurs de l'appelante Sun Indalex Finance, LLC : Goodmans, Toronto.*

*Procureurs de l'appelant George L. Miller, syndic de faillite des débitrices Indalex É.-U., nommé en vertu du chapitre 7 : Chaitons, Toronto.*

*Procureurs de l'appelante FTI Consulting Canada ULC, en sa qualité de contrôleur d'Indalex Limited désigné par le tribunal, au nom d'Indalex Limited : Stikeman Elliott, Toronto.*

*Procureurs de l'appelant/intimé le Syndicat des Métallos : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Procureurs des intimés Keith Carruthers, et autres : Koskie Minsky, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée Morneau Shepell Ltd. (anciennement connue sous le nom de Morneau*



*Partnership): Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.*

*Solicitor for the respondent/intervener the Superintendent of Financial Services: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Insolvency Institute of Canada: Thornton Grout Finnigan, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Federation of Pensioners: Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals: McMillan, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Bankers Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Sobeco, société en commandite): Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.*

*Procureur de l'intimé/intervenant le Surintendant des services financiers : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant l'Institut d'insolvabilité du Canada : Thornton Grout Finnigan, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Fédération canadienne des retraités : Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation : McMillan, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des banquiers canadiens : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

# TAB 6



KeyCite Yellow Flag - Negative Treatment

Declined to Extend by In re Transbrasil S.A.Linhas Aereas, Bankr.S.D.Fla., April 25, 2014

473 B.R. 117

United States Bankruptcy Court,

N.D. Texas,

Dallas Division.

In re **VITRO, S.A.B. DE C.V.**, Debtor in a Foreign Proceeding.

**Vitro, S.A.B. de C.V.**, Plaintiff,

v.

ACP Master, Ltd.; AD Hoc Group of Vitro Noteholders; Aurelius Capital  
Master, Ltd.; Aurelius Convergence Master, Ltd.; **Elliott International  
L.P.**; The Liverpool Limited Partnership; and Does 1–1000, Defendants.

Bankruptcy No. 11–33335–HDH–15.

|  
Adversary No. 12–03027.

|  
June 13, 2012.

### Synopsis

**Background:** Foreign representatives in proceeding ancillary to foreign main case sought enforcement of judgment entered by Mexican court, which not only modified debts owed by foreign debtor but novated and extinguished guarantees of foreign debtor's indebtedness by its nondebtor subsidiaries.

The Bankruptcy Court, [Harlin Dewayne Hale, J.](#), held that judgment could not be enforced, so as to permanently enjoin suits in the United States against debtor's nondebtor subsidiaries, as manifestly contrary to United States public policy.

Motion denied.

### Attorneys and Law Firms

\***118** [Alan J. Stone](#), [Jeremy C. Hollebeak](#), [Michael Shepherd](#), [Patrick Marecki](#), [Risa M. Rosenberg](#), [Thomas J. Matz](#), Milbank, Tweed, Hadley & McCloy LLP, New York, NY, [Andrew M. Leblanc](#), [Nicholas A. Bassett](#), Milbank, Tweed, Hadley & McCloy LLP, Washington, DC, [Cassandra Ann Sepanik](#), [David M. Bennett](#), [Katharine Battaia Clark](#), Thompson & Knight, Dallas, \***119** TX, [Delilah Vinzon](#), [Samir Vora](#), Milbank, Tweed, Hadley and McCloy LLP, Los Angeles, CA, for Plaintiff.

[Jeff P. Prostok](#), Forshey & Prostok, LLP, Ft. Worth, TX, [Allan S. Brilliant](#), [Benjamin E. Rosenberg](#), [Craig P. Druehl](#), [Dennis H. Hranitzky](#), [James M. McGuire](#), Dechert, LLP, New York, NY, [Jay L. Westbrook](#), Austin, TX, for Defendants.

Does 1–1000, pro se.

### Memorandum Opinion

HARLIN DEWAYNE HALE, Bankruptcy Judge.

On March 2, 2012, Alejandro Francisco Sanchez–Mujica and Javier Arechavaleta Santos, acting as Foreign Representatives of the above-captioned debtor, Vitro, S.A.B. de C.V. (“Vitro SAB”), filed a *Motion of Foreign Representatives of Vitro S.A.B. de C.V. for an Order Pursuant to 11 U.S.C. §§ 105(a), 1507 and 1521 to (I) Enforce the Mexican Plan of Reorganization of Vitro S.A.B. de C.V., (II) Grant a Permanent Injunction, and (III) Grant Related Relief* (“Enforcement Motion”). Wilmington Trust, National Association (“Wilmington”), U.S. Bank National Association, as Indenture Trustee (“U.S. Bank”), and the Ad Hoc Group of Vitro Noteholders (“Ad Hoc Group”) (collectively, the “Objecting Parties”), who are claimants under various indentures issued by Vitro SAB in the United States and guaranteed by its subsidiaries, responded. On March 5, 2012, the Court heard the Enforcement Motion on an expedited basis.

In addition to the Enforcement Motion, on March 2, 2012, the Foreign Representatives filed, under seal, a *Motion for a Temporary Restraining Order and Preliminary Injunction* (“TRO Motion”), supported by 1) a *Verified Complaint for Temporary Restraining Order and Injunctive Relief*, 2) the Enforcement Motion and 3) Declarations of certain individuals. In response, the *Objection Of U.S. Bank National Association, As Indenture Trustee, To Foreign Representatives' Motion For A Temporary Restraining Order And Preliminary Injunction* and the *Ad Hoc Group of Vitro Noteholders' Objection to Motion for Temporary Restraining Order* were timely filed with the Court. On March 7, 2012, also on an expedited basis, the Court heard arguments for and against the TRO Motion. On March 12, 2012, the Court entered an *Order Granting Limited Temporary Restraining Order to Maintain Status Quo* (“TRO”). The TRO was extended by the parties' agreement.

On May 25, 2012, the Objecting Parties each timely filed with the Court an objection (“Ad Hoc Noteholders Objection,” “Wilmington Trust Objection,” and “U.S. Bank Objection” respectively) to the Enforcement Motion. Beginning June 4, 2012, this Court held a four day trial on the Enforcement Motion, on a schedule agreed to by the parties. Vitro SAB and the Objecting Parties put on a number of witnesses and introduced hundreds of exhibits. The Court took the matter under advisement.

#### I. Background Facts

The events leading to the Debtor's commencement of this Chapter 15 case are generally described in this Court's memorandum opinion of June 24, 2011, denying the request of the foreign representatives of Vitro SAB to enjoin lawsuits filed against its non-debtor guarantors in New York state court.<sup>1</sup> As explained therein, at that time the proceedings in Mexico were in an early stage, and it was unclear \*120 whether they would be successful.<sup>2</sup> This Court determined that the pre-recognition injunction should be granted in favor of Vitro SAB only, and did not find that the litigation by the noteholders against the subsidiary guarantors of Vitro SAB should be enjoined when the subsidiaries were not in an insolvency proceeding.

Thereafter, in August 2011, a group of noteholders filed suit against Vitro SAB's subsidiaries in New York state court, seeking a money judgment on certain guarantees and declaratory relief. *Wilmington TRUST N.A. v. Vitro AUTOMOTRIZ S.A. De C.V.*, No. 652303–2011 (N.Y. Sup.Ct. filed Aug. 17, 2011). Specifically, in addition to a judgment on their guarantees, the noteholders wanted a declaratory judgment stating that Vitro SAB's reorganization attempts would not impact their guaranties from Vitro SAB's nondebtor subsidiaries. *Id.* In December 2011, the New York state court ruled in favor of the noteholders, finding that the indentures prevent non-consensual modification of the subsidiaries' guaranties. *Wilmington TRUST N.A. v. Vitro AUTOMOTRIZ S.A. De C.V.*, No. 652303–2011 (N.Y. Sup.Ct. Dec. 5, 2011).

In its decision, the New York state court noted that the subsidiaries had waived their rights under Mexican law. *Id.* On December 18, 2011, the noteholders obtained a temporary restraining order from the New York state court that enjoined the subsidiaries from giving their consent to the *Concurso* plan. *Wilmington Trust N.A. v. Vitro Automotriz S.A. de C.V.*, No. 653459–2011 (N.Y.

Sup.Ct. filed Dec. 14, 2011). However, upon Vitro SAB's request, this Court, finding that the lockup agreement between Vitro SAB and its subsidiaries was an asset of Vitro SAB's estate, entered an order enforcing the automatic stay and enjoining the Noteholders' seeking injunctive relief in the New York State Court. Despite an appeal by the noteholders,<sup>3</sup> that order remained in effect and the subsidiaries were permitted to vote on the *Concurso* plan. The subsidiaries voted in favor of the plan and though they were insiders, their votes were counted to win approval of the plan.

On February 3, 2012, the Federal District Court for Civil and Labor Matters for the State of Nuevo León, the United Mexican States (the "District Court of Nuevo León") issued a *Concurso* Approval Order under the *Ley de Concursos Mercantiles* (the "LCM") in Vitro SAB's voluntary judicial reorganization proceeding (the "Mexican Proceeding"). After the issuance of the *Concurso* Approval Order, the objecting Noteholders continued to take actions against Vitro SAB's non-debtor subsidiaries, attempting to collect debts owed to them under various guarantees to indentures issued by Vitro SAB.<sup>4</sup> In response, Vitro SAB filed the Enforcement Motion and sought the TRO and permanent injunction, which led to the trial upon which this opinion is rendered.

The *Concurso* Approval Order not only modifies the debts owed by Vitro SAB to the noteholders under various indentures, it also novates and extinguishes the guarantees, effectively discharging the obligations of Vitro SAB's non-debtor subsidiary guarantors to the noteholders.

In the Enforcement Motion, the Foreign Representatives ask the Court to enforce the *Concurso* Approval Order, which approves Vitro SAB's *Concurso* Plan. Specifically, the Enforcement Motion asks the \*121 Court to 1) give "full force and effect in the United States to the *Concurso* Approval Order," 2) "grant a permanent injunction prohibiting certain actions in the United States against Vitro SAB," as well as its non-debtor subsidiaries and 3) "grant certain related relief," all pursuant to §§ 105(a), 1507, and 1521 of Title 11 of the United States Bankruptcy Code.

## II. Issues

There are two main issues that must be addressed in order to determine whether the Enforcement Motion should be granted: (1) whether the provisions of the *Concurso* Approval Order that grant a permanent injunction prohibiting certain actions in the United States against Vitro SAB's non-debtor subsidiaries may be extended to creditors in the United States by this Court through §§ 1521 or 1507 consistent with the principles of comity; and (2) if so, does the § 1506 public policy exception, which limits the extension of comity where it would be "manifestly contrary" to the public policy of this country, prevent enforcement of the *Concurso* Approval Order.

## III. Analysis

The Court has jurisdiction pursuant to 28 U.S.C. § 1334. The proceeding is core, pursuant to 28 U.S.C. § 157(b)(2)(P).

Beyond the mandatory effects of recognition of a foreign main proceeding<sup>5</sup> found in 11 U.S.C. § 1520, additional relief "may" be granted to protect the assets of the debtor or the interests of creditors pursuant to § 1521, as well as additional assistance that may be provided to a foreign representative of the debtor consistent with the principles of comity, pursuant to § 1507.

Under § 1521, a bankruptcy court may "grant any appropriate relief" in order to "effectuate the purpose of this chapter and to protect the assets of the debtors or the interests of the creditors." 11 U.S.C. § 1521(a). This includes, at the request of the foreign representative, entrusting "the distribution of all or part of the debtor's assets located in the United States to the foreign representative or another person, including an examiner, authorized by the court, provided that the court is satisfied that the interests of creditors in the United States are sufficiently protected." 11 U.S.C. § 1521(b).

Section 1522(b) permits the court to impose conditions on any discretionary relief that it grants either pre- or post-recognition, which permits the court to achieve an appropriate balance between the interests of creditors and other interested entities, including the debtor. See *In re Tri-Continental Exchange Ltd.*, 349 B.R. 627, 637 (Bankr.E.D.Cal.2006); 11 U.S.C. § 1522(b).

In addition to the relief enumerated in § 1521, § 1507(a) of the Bankruptcy Code provides that “the court, if recognition is granted, may provide additional assistance to a foreign representative.” 11 U.S.C. § 1507(a). In determining whether to provide such additional assistance, courts must look to § 1507(b) for guidance, which provides that:

(b) In determining whether to provide additional assistance under this title or under other laws of the United States, the court shall consider whether such additional assistance, consistent with principles of comity, will reasonably assure:

- \*122 1) just treatment of all holders of claims against or interests in the debtor's property;
- 2) protection of claim holders in the United States against prejudice and inconvenience in the processing of claims in such foreign proceeding;
- 3) prevention of preferential or fraudulent dispositions of property of the debtor;
- 4) distribution of proceeds of the debtor's property substantially in accordance with the order prescribed by this title; and
- 5) if appropriate, the provision of an opportunity for a fresh start for the individual that such foreign proceeding concerns.

11 U.S.C. § 1507(b). Comity should be the Court's primary consideration when applying § 1507(b). See *In re Petition of Garcia Avila*, 296 B.R. 95, 108 n. 14 (Bankr.S.D.N.Y.2003). Comity has been defined as the “recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protections of its laws.” *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113, 163–64, 16 S.Ct. 139, 40 L.Ed. 95 (1895). Granting comity to judgments in foreign bankruptcy proceedings is appropriate as long as U.S. parties are provided the same fundamental protections that litigants in the United States would receive. See *id.* at 202–03, 16 S.Ct. at 158–59.

Vitro SAB urges the Court to defer in favor of the Enforcement Motion in the interests of comity. However, “The principle of comity has never meant categorical deference to foreign proceedings. It is implicit in the concept that deference should be withheld where appropriate to avoid the violation of the laws, public policies, or rights of the citizens of the United States.” *In re Treco*, 240 F.3d 148, 157 (2d Cir.2001); see also, *Overseas Inns S.A., P.A. v. United States*, 911 F.2d 1146 (5th Cir.1990) (comity was not accorded to Luxembourg bankruptcy plan that treated IRS as general, rather than priority, creditor); *In re Schimmelpenninck*, 183 F.3d 347, 365 (5th Cir.1999) (“foreign laws ... must not be repugnant to our laws and policies”).

#### *Public Policy Exception—§ 1506*

If the Court finds that the *Concurso* Approval Order should be enforced, pursuant to § 1507, then the Chapter 15 of the Bankruptcy Code provides a final hurdle for Vitro SAB to overcome in the public policy exception found in § 1506. Specifically, § 1506 provides that “[n]othing in this chapter prevents the court from refusing to take an action governed by this chapter if the action would be manifestly contrary to the public policy of the United States.” 11 U.S.C. § 1506.

The parties spent much of their time on this issue. Unfortunately, the Bankruptcy Code does not define what should be considered “manifestly contrary to the public policy of the United States.” Therefore, this Court must look to the legislative history and to relevant case law for guidance.

Although few published opinions discuss the scope of section 1506, “it appears well settled that the exception is to be construed narrowly.” *In re British Am. Isle of Venice, Ltd.*, 441 B.R. 713, 717 (Bankr.S.D.Fla.2010) (citing *In re Qimonda AG Bankr. Litig.*, 433 B.R. 547, 567–70 (E.D.Va.2010)). Further, it should be “invoked only under exceptional circumstances concerning matters

of fundamental importance for the United States.” *In re Ran*, 607 F.3d 1017, 1021 (5th Cir.2010) (citing \*123 *In re Iida*, 377 B.R. 243 (9th Cir. BAP 2007)); *In re Atlas Shipping A/S*, 404 B.R. 726 (Bankr.S.D.N.Y.2009); *In re Ernst and Young, Inc.*, 383 B.R. 773, 781 (Bankr.D.Colo.2008)). “The word ‘manifestly’ in international usage restricts the public policy exception to the most fundamental policies of the United States.” *In re Ephedra Prods. Liability Litig.*, 349 B.R. 333, 336 (S.D.N.Y.2006) (citing H.R. REP. NO. 109–31(I), at 109, as reprinted in 2005 U.S.C.C.A.N. 88, 172).

Despite § 1506’s limited scope, the statute has also been described as a “safety valve”<sup>6</sup> that offers “specific protections”<sup>7</sup> to creditors in Chapter 15 proceedings. When determining whether to apply § 1506,

courts have focused on two factors: (1) whether the foreign proceeding was procedurally unfair; and (2) whether the application of foreign law or the recognition of a foreign main proceeding under Chapter 15 would ‘severely impinge the value and import’ of a U.S. statutory or constitutional right, such that granting comity would ‘severely hinder United States bankruptcy courts’ abilities to carry out ... the most fundamental policies and purposes’ of these rights.

*Id.* (quoting *In re Qimonda AG Bankr. Litig.*, 433 B.R. at 568–69) (citations omitted).

Although not much case law exists, several courts have recently considered the § 1506 public policy exception. Because Chapter 15 of the Bankruptcy Code was not enacted until 2005, the scope of § 1506 has not yet been clearly defined. Therefore, a review of some of the more recent cases is helpful.

In *In re Ephedra Prods. Liability Litig.*, the bankruptcy court had to determine whether granting an order recognizing and enforcing an order of the Canadian insolvency tribunal would violate § 1506. 349 B.R. 333 (S.D.N.Y.2006). The Canadian order at issue approved a claims resolution procedure that provided for mandatory mediation, which could result in the liquidation of claims by creditors who never approved of the plan. *Id.* at 335. Some of the claimants argued that the foreign “procedure was manifestly contrary to U.S. policy because it deprived them of due process and a jury trial.” *Id.* The bankruptcy court looked to the legislative history and found that the word “manifestly” is restrictive so that the public policy exception should be “narrowly interpreted.” *Id.* at 336. Looking at an 1895 Supreme Court decision, *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113, 16 S.Ct. 139, 40 L.Ed. 95 (1895), the *Ephedra* court added that foreign judgments should be recognized and enforced when the foreign “ ‘proceedings are according to the course of a civilized jurisprudence,’ *i.e.*, fair and impartial.” *In re Ephedra Prods. Liability Litig.*, 349 B.R. at 336 (quoting *Hilton*, 159 U.S. at 205–06, 16 S.Ct. 139).

With respect to the claimants’ due process argument, the court acknowledged that there was at least some merit to the objection because the Claims Officer had originally refused to receive evidence and to liquidate claims without granting interested parties an opportunity to be heard. *Id.* at 335. However, the bankruptcy court ultimately rejected the due process argument because the Ontario Court adopted amendments to the Canadian order that cured the due process problems. *Id.* With respect to the claimants’ second argument, based on deprivation of their right to a jury trial, the court held that “neither § 1506 nor any other law prevents a United \*124 States court from giving recognition and enforcement ... simply because the procedure alone does not include a right to jury.” *Id.* at 335–36. Although the bankruptcy court recognized that the constitutional right to a jury trial is important to the American legal system, it did not find that a jury trial is absolutely necessary in order to have a fair and impartial verdict. *Id.* at 337 (citing *Evangelical Alliance Mission*, 930 F.2d 764, 768 (9th Cir.1991); *In re Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster at Bhopal*, 809 F.2d 195, 199, 202 (2d Cir.1987)). Because the court found that the claimants’ real complaint had to do with the loss of leverage during settlement negotiations, the court rejected the argument. *Id.* It explained that “[d]eprivation of such bargaining advantage hardly rises to the level of imposing on plaintiffs some fundamental unfairness.” *Id.*

In *In re Qimonda AG Bankr. Litig.*, the United States District Court discussed the § 1506 public policy exception at length. 433 B.R. 547, 567–71 (E.D.Va.2010). Qimonda, a German company and producer of computer chips, claimed to hold approximately 12,000 patents, including at least 4,000 U.S. patents and over 1,000 pending U.S. patent applications. *Id.* at 552. Before the commencement of insolvency proceedings in Germany, Qimonda entered into various joint venture and patent cross-licensing agreements with international electronic companies. *Id.* In the foreign insolvency proceeding, Qimonda sought to terminate



these patent cross-licensing agreements. The attorney appointed as Insolvency Administrator of Qimonda's estate filed a petition for recognition of the German insolvency proceeding in the U.S. Bankruptcy Court. *Id.*

The bankruptcy court below in *In re Qimonda AG*, had a hearing and issued two orders. *Id.* at 552 (discussing *In re Qimonda AG*, 2009 WL 4060083 (Bankr.E.D.Va.2009) (No. 09–14766–RGM), *aff'd in part, remanded in part sub nom. In re Qimonda AG Bankr. Litig.*, 433 B.R. 547 (E.D.Va.2010)). According to the United States District Court, “[t]he first order correctly recognized the insolvency proceeding as a ‘foreign main proceeding.’ ” *Id.* (citing 11 U.S.C. § 1517). The second order granted discretionary relief to Qimonda and the Insolvency Administrator, including a paragraph that made particular “provisions of the Bankruptcy Code applicable to Qimonda's Chapter 15 proceeding.” *Id.* at 552–53. After the bankruptcy court issued the orders, the Insolvency Administrator sent letters to some of the international electronic companies in order to elect nonperformance of their patent cross-licensing agreements pursuant to German Insolvency Code Section 103. *Id.* at 553. In response to these letters sent on behalf of Qimonda, certain international electronic companies argued that election of these agreements was impermissible under § 365(n) of the U.S. Bankruptcy Code, which was made applicable by the bankruptcy court's second order. *Id.* In order to resolve the dispute, the Insolvency Administrator filed a motion with the bankruptcy court seeking to amend the second order. *Id.* The bankruptcy court granted the motion and issued a new order, stating that:

[t]he application of section 365 to the instant proceeding shall not in any way limit or restrict (i) the right of the Administrator to elect performance or nonperformance of agreements under § 103 German Insolvency Code or such other applicable rule of law in the Foreign Proceeding, or (ii) the legal consequence of such election; provided, however, if upon a motion by the Administrator under Section 365 of the Bankruptcy Code, the Court enters an Order providing for the assumption or rejection of an executory contract, then Section 365 shall apply \*125 without limitation solely with respect to the contracts subject to such motion.

*In re Qimonda AG Bankr. Litig.*, at 553–54 (citation omitted). The bankruptcy court also revised the second order. Specifically, it added the following language to the paragraph making certain provisions of the U.S. Bankruptcy Code applicable: “provided, however, Section 365(n) applies only if the Foreign Representative rejects an executory contract pursuant to Section 365 (rather than simply exercising the rights granted to the Foreign Representative pursuant to the German Insolvency Code).” *Id.* at 554 (citation omitted).

On appeal, the international electronic companies argued that “the Bankruptcy Court erred in conditioning the applicability of § 365(n) on the Foreign Representative's formal rejection of the parties' cross-licensing agreements under the Bankruptcy Code.” *Id.* at 554. The district court focused on “whether § 365(n) embodies the fundamental public policy of the United States, such that subordinating [it] to German Insolvency Code § 103 is an action ‘manifestly contrary to the public policy of the United States.’ ” *Id.* at 565 (citing 11 U.S.C. § 1506). The district court reviewed applicable case law and found three guiding principles for analyzing whether an action taken in a Chapter 15 proceeding is manifestly contrary to the public policy of the United States:

- 1) The mere fact of conflict between foreign law and U.S. law, absent other considerations, is insufficient to support the invocation of the public policy exception.
- 2) Deference to a foreign proceeding should not be afforded in a Chapter 15 proceeding where the procedural fairness of the foreign proceeding is in doubt or cannot be cured by the adoption of additional protections.
- 3) An action should not be taken in a Chapter 15 proceeding where taking such action would frustrate a U.S. court's ability to administer the Chapter 15 proceeding and/or would impinge severely a U.S. constitutional or statutory right, particularly if a party continues to enjoy the benefits of the Chapter 15 proceeding.

*Id.* at 570. The district court found that, based on the record, it was unclear whether the three principles were applied to “the Bankruptcy Court's decision to condition the applicability of § 365(n) on the formal rejection of an executory contract under the Bankruptcy Code.” *Id.* Instead, the bankruptcy court merely held that U.S. courts administering Chapter 15 proceedings must “cooperate on an international basis and ... give precedence to the [foreign] main proceeding.” *Id.* at 570–71 (citing *In re Qimonda AG*, 2009 WL 4060083, at \*2). Therefore, the district court remanded the case to the bankruptcy court so that it could be determined whether there had been a violation of fundamental U.S. public policies under § 1506. *Id.* at 571.



Upon remand, the bankruptcy court held that deferring to German law, to the extent that it would allow for the cancellation of U.S. patent licenses, would be manifestly contrary to U.S. public policy. *In re Qimonda AG*, 462 B.R. 165, 185 (Bankr.E.D.Va.2011). Although the bankruptcy court acknowledged that terminating the licenses would result in greater value to the debtor's estate, it found that interest to be outweighed by the risk to substantial investments by the licensees in research and manufacturing facilities in reliance on the design freedom provided by cross-licensing agreements. *Id.* at 182–83 (considering § 1522(a) of the U.S. Bankruptcy Code). With respect to the § 1506 analysis, procedural fairness was not the issue. *Id.* at 183. In fact, the objecting parties \*126 never argued that the German proceedings or German insolvency laws were procedurally unfair. *Id.* Instead, the analysis hinged on whether the application of German insolvency law would impinge on a “U.S. statutory or constitutional right such that deferring to German law would defeat the most fundamental policies and purposes of such rights.” *Id.* at 184. The bankruptcy court expressed concern that terminating the licenses would result in uncertainty, which would lead to a slower pace of innovation to the detriment of the U.S. economy. *Id.* at 185. Specifically, the objecting parties argued that the uncertainty would discourage investments in research and development, as well as “construction of manufacturing facilities that are required in the ... industry.” *Id.* In furtherance of that argument, all but one of the objecting parties offered Professor Jerry A. Hausman as an expert witness. *Id.* at 176, n. 9. He testified that eliminating the protection § 365(n) provides to licensees if the licensor files bankruptcy would impair innovation by creating uncertainty, which would ultimately impact investment decisions. *Id.* at 176. In fact, Professor Hausman posited that if § 365(n) was inapplicable then many innovative products, such as the iPhone, might have reached the market later. *Id.* at 185. Despite conflicting evidence, the bankruptcy court was persuaded by Professor Hausman's position. *Id.* According to the bankruptcy court, failing to apply § 365(n) to the facts of this case would result in uncertainty, which would ultimately impinge on the important statutory protection provided to licensees of U.S. patents. *Id.* Therefore, a separate order was entered “denying the foreign administrator's motion to amend the Supplemental Order and confirming that § 365(n) applies.” *Id.*

In *In re Gold & Honey, Ltd.*, a bankruptcy court applied § 1506 and determined that recognition of an Israeli receivership proceeding as a foreign proceeding would be manifestly contrary to the public policy of the United States. 410 B.R. 357, 371 (Bankr.E.D.N.Y.2009). Gold & Honey, Ltd. (“GH Ltd.”) and Gold & Honey (1995) L.P. (“GH LP”) were debtors in non-consolidated Chapter 15 cases, as well as in administratively consolidated Chapter 11 proceedings, which were pending with the bankruptcy court before the Chapter 15 cases were filed. *Id.* at 360. In fact, the debtors filed their petitions for the Chapter 11 cases on September 23, 2008,<sup>8</sup> at which time § 362 of the Bankruptcy Code automatically stayed all litigation against GH Ltd. and GH LP.<sup>9</sup> Despite the filing of the Chapter 11 cases, First International Bank of Israel (“FIBI”) continued to pursue its pending application for the appointment of a temporary receiver before an Israeli Court.<sup>10</sup> Ultimately, this fact led to the bankruptcy court's finding that § 1506 applied and that recognition of the foreign proceeding would be manifestly contrary to the public policy of the United States. Specifically, the bankruptcy court refused to recognize the foreign proceeding “because such recognition would reward \*127 and legitimize FIBI's violation of both the automatic stay and [its] Orders regarding the stay.” *Id.* at 371.

In *In re Gold & Honey, Ltd.*, the debtors applied to the U.S. bankruptcy court for an order stating that the automatic stay applied to the debtors' “property wherever located and by whomever held” on October 3, 2008. *Id.* at 363. Agreeing with the debtors, on October 6, 2008, the bankruptcy court entered an Order stating the same. *Id.* Furthermore, the bankruptcy court “advised FIBI that if it proceeded before the Israeli Court in the Israeli Receivership Proceeding, it did so at its own peril.” *Id.* (citation omitted). Nevertheless, FIBI continued its actions in the Israeli Receivership Proceeding. *Id.* at 364. Thereafter, the U.S. bankruptcy court's Order and the record of the October 6 Hearing were presented to the Israeli Court. *Id.* In the Israeli Court's decision, dated October 30, 2008, it determined that neither the automatic stay nor the U.S. bankruptcy court's Order should be given effect and that the Israeli Receivership Proceeding could continue irrespective of the debtors' chapter 11 cases. *Id.* On November 30, 2008, pursuant to FIBI's application in the Israeli Receivership Proceeding, the Israeli Court appointed receivers for GH Ltd. and GH LP. *Id.* The receivers filed petitions, in the Chapter 15 cases, for recognition of the Israeli Receivership Proceeding as foreign main proceedings of GH Ltd. and GH LP. *Id.* at 365.

The bankruptcy court denied the receivers' petitions for recognition of the Israeli Receivership Proceeding as a foreign proceeding, based on the public policy exception in § 1506. *Id.* at 371–73. First, it recognized, as does this Court, that “the legislative history of Section 1506 demonstrates that this exception should be applied narrowly” so that it is “invoked only when fundamental policies of the United States are at risk.” *Id.* at 372 (citing *In re Iida*, 377 B.R. 243 (9th Cir. BAP 2007); *In re Atlas Shipping A/S*, 404 B.R. 726 (Bankr.S.D.N.Y.2009); *In re Ernst & Young, Inc.*, 383 B.R. 773, 781 (Bankr.D.Colo.2008) (citing H.R.REP. NO. 109–31(I) at 109 (2005), reprinted in U.S.C.C.A.N. 88, 172)). Next, it examined the cases relied upon by the receivers seeking recognition and distinguished them from the facts in *In re Gold & Honey, Ltd.* *Id.* For example, the bankruptcy court discussed *In re Ephedra Prods. Liab. Litig.*, and pointed out that the “United States District Court only approved the Ontario claims resolution procedure after the Ontario court adopted certain procedural changes requested by the United States court ‘to assure greater clarity and procedural fairness.’ ” *In re Gold & Honey, Ltd.*, 410 B.R. at 371 (quoting *In re Ephedra Prods. Liab. Litig.*, 349 B.R. 333, 334 (S.D.N.Y.2006)). Also, the *Gold & Honey* court noted that “jury trials in bankruptcy courts are quite rare and not typically invoked in a claims allowance process” whereas “allowing the offensive use of an automatic stay violation ... would severely impinge the value and import of the automatic stay.” *Id.* The bankruptcy court reasoned that recognition of a “foreign seizure of a debtor's assets post-petition would severely hinder [our] bankruptcy courts' abilities to carry out two of the most fundamental policies and purposes of the automatic stay.” *Id.* Additionally, “condoning FIBI's conduct ... would limit a federal court's jurisdiction over all of the debtors' property ... as any future creditor could follow FIBI's lead and violate the stay in order to procure assets that were outside the United States, yet still under the United States court's jurisdiction.” *Id.* (citing 28 U.S.C. § 1334(e)).

\*128 *In re Toft* is another published opinion where relief sought is denied based on the public policy exception in § 1506. 453 B.R. 186, 189 (Bankr.S.D.N.Y.2011). In *Toft* the bankruptcy court refused to recognize and enforce foreign orders, which would have permitted the foreign representative to access the debtor's email accounts stored on servers within the United States. *Id.* at 188–89. In the foreign proceeding, the foreign representative was granted a “Mail Interception Order”<sup>11</sup> in a German Court, and that order was later recognized and enforced by an *ex parte* order issued in an English Court. *Id.* at 188. The foreign representative argued that the U.S. bankruptcy court should “grant comity” based on §§ 1521, 1507 and 1519(a) of the Bankruptcy Code. Reviewing these statutes, among others,<sup>12</sup> the bankruptcy court found that “there is no doubt that the relief available under Chapter 15 ... should be consistent with the principle of comity.” *Id.* at 189–90 (citing *In re Metcalfe & Mansfield Alt. Invs.*, 421 B.R. 685, 697 (Bankr.S.D.N.Y.2010)). In fact, it added that § 1507 expressly provides so “with respect to ‘additional assistance,’ and more broadly, § 1509(b)(3) directs that once a foreign representative obtains recognition, ‘a court in the United States shall grant comity or cooperation to the foreign representative.’ ” *Id.* at 190. However, the bankruptcy court also found that “all relief under Chapter 15 is subject to the caveat in § 1506, providing the court with authority to deny the relief requested where such relief would be ‘manifestly contrary to the public policy of the United States.’ ” *Id.* at 191 (citing 11 U.S.C. § 1506; *In re Ephedra Prods. Liability Litig.*, 349 B.R. 333 (S.D.N.Y.2006)). In other words, the foreign representative could not force the bankruptcy court to apply foreign laws in the U.S. proceeding by merely “making an impassioned appeal to comity.” *Id.*

In the *Toft* opinion, Judge Gropper provides a detailed discussion of the applicable case law before concluding that an order of recognition as requested would violate § 1506, including the cases discussed previously in this opinion.<sup>13</sup> Additionally, Judge Gropper analyzed *In re Metcalfe & Mansfield Alt. Invs.*, 421 B.R. 685, 697 (Bankr.S.D.N.Y.2010), in which a bankruptcy court determined that § 1506 did not bar enforcement of third-party releases that were part of a Canadian plan. *In re Toft*, 453 B.R. at 193–95. As does this Court, Judge Gropper recognized that “those courts that have considered the public policy exception codified in § 1506 have uniformly read it narrowly and applied it sparingly.” *Id.* at 195. And that “foreign law need not be identical to U.S. law” in order to avoid violating § 1506, so it was not dispositive that U.S. law differed from German law. *Id.* at 198 (citations omitted). Ultimately, however, the court determined that “this is one of the rare cases that calls for its application” because “any *ex parte* recognition and enforcement of the Mail Interception Order would directly contravene the U.S. laws and public policies.” *Id.* at 196. According to Judge Gropper, the question to be asked was \*129 “whether the German procedures [were] in accord with U.S. public policy,” addressing:

- i. the manner in which an order of recognition would be entered—without notice to the debtor—and

- ii. the relief sought—that German procedures be given effect in this country regardless of the fact that they exceed traditional limits on the powers of a trustee in bankruptcy under U.S. law and constitute relief that is banned by statute in this country and might subject those who carried it out to criminal prosecution.

*Id.* Judge Gropper rejected the foreign representative's arguments because providing the relief sought “would directly compromise privacy rights subject to a comprehensive scheme of statutory protection, available to aliens, built on constitutional safeguards incorporated in the Fourth Amendment as well as the constitutions of many States.” *Id.* Said differently, these particular German procedures were not in accordance with U.S. public policy; therefore, such relief “would impinge severely a U.S. constitutional or statutory right.” *Id.* at 198 (citing *In re Qimonda AG Bankr. Litig.*, 433 B.R. at 570).

### *Objecting Parties' Arguments*

The Objecting Parties have raised multiple objections to Vitro SAB's Enforcement Motion. The Objecting Parties contend the *Concurso* plan should not be enforced in the United States because (1) Vitro cannot meet its burden under [section 1507\(b\)](#); (2) enforcing the plan would violate the manifest public policy of the United States; and (3) Vitro has not met the requirements for issuing an injunction.

#### *Section 1507(b)*

The Objecting Parties assert that Vitro SAB cannot meet any of the [section 1507\(b\)](#) requirements to enforce the plan. The Objecting Parties contend the plan violates: (1) subsection (b)(1) by discriminating between foreign and non-foreign creditors; (2) subsection (b)(2) by protecting creditors from the inconvenience in the processing of claims in the foreign proceeding; (3) subsection (b)(3) by failing to reasonably assure the prevention of fraudulent transfers; and (4) violates subsection 1507(b)(4) by failing to distribute the proceeds of the estate in substantial accordance with the Bankruptcy Code.

Specifically, the Objecting Parties assert that the *Concurso* plan discriminates between foreign and non-foreign creditors by giving creditors with guaranties the same treatment as other unsecured creditors, by the “death trap” provision of the plan which penalizes the Objecting Parties, and by the allocation of value to creditors' claims in accordance with the face amount, not the total amount, of their claim. The Objecting Parties assert that the *Concurso* plan violates subsection 1507(b)(2) by treating the nondebtor guarantors as debtors, and by not providing an opportunity for creditors of the non-debtor guarantors to vote. The Objecting Parties also assert that the *Concurso* plan encourages fraudulent transfers; and that the *Concurso* plan does not distribute proceeds of the estate in accordance with [Title 11](#) because the plan fails to follow the absolute priority rule under [11 U.S.C. § 1129](#), and because it grants equity interests substantially more than they would likely receive in a Chapter 11 bankruptcy.

In addition, the Objecting Parties urge the Court to invoke the [§ 1506](#) “public policy exception” by refusing to grant any action that is manifestly contrary to the public policy of the United States. The Objecting Parties contend enforcing the *Concurso* plan violates the public policies of (1) the absolute priority rule; (2) discharging **\*130** non-debtor debts; (3) good faith dealing; (4) enforcement of negotiated instruments; (5) the prohibition of vote buying; and (6) violated many, if not all, of the protections afforded creditors under [Title 11](#).

As part of their public policy argument, the Objecting Parties assert that enforcing the *Concurso* plan will erode the status of the United States as a financial center, harming the United States and other nations. The Objecting Parties argue refusing to protect creditors bargained for protections from foreign courts will signal to bond markets U.S. law does not protect creditor rights, harming banks. Finally, the Objecting Parties contend the plan will harm the Mexican economy by raising interest rates on Mexican companies.

The Objecting Parties further argue the Mexican process violated United States notions of an impartial and disinterested tribunal, based on the *Conciliador's* alleged financial interest and the *Conciliador's* accounting firm's relationship with Vitro SAB. The

Objecting Parties also believe a lack of transparency in the Mexican Proceeding violated due process. Additionally, the Objecting Parties contend several standing issues prevented them from receiving due process. The Objecting Parties allege the systemic corruption of the Mexican judiciary undermines confidence in the judiciary as a whole. In support of this corruption argument, the Objecting Parties cite reports by, among others, the U.S. State Department, United Nations, World Bank, Transparency International.

#### *Conclusions by the Court*

Having reviewed the evidence and considered the testimony of witnesses over four days, this Court believes that a portion of the *Concurso* plan should not be enforced as presented. However, the Court will first address certain of the Objecting Parties' arguments that must be overruled.

#### *Overruled Objections*

##### *Corruption Argument*

The Objecting Parties have argued that the judicial system in Mexico is corrupt and its rulings should not be respected by this Court. Their expert, Dr. Stephen D. Morris, who testified for the Objecting Parties on this point appeared to be a knowledgeable and qualified witness on corruption in Mexico generally, but the application of his studies to the Vitro proceedings was not persuasive. Further, the Objecting Parties' own Mexican counsel testified that in his forty years of practice he had not bribed an official. To date, this Court has not seen evidence that the Mexican Proceeding is the product of corruption, or that the LCM itself is a corrupt process.

##### *Impact on the Credit Markets*

The Objecting Parties offered the expert testimony of Dr. Elaine Buckberg, a former economist at the International Monetary Fund, who testified that confirmation of the *Concurso* plan will have an adverse impact on the financial markets in the United States. She testified credibly that approval of the *Concurso* plan in the United States will adversely impact the attractiveness of the United States to foreign issuers. Although Dr. Buckberg was a good witness and credible, she was unable to quantify the effect. For example, she could not testify as to the amount of any increase in rates for indentures for Mexican companies if the *Concurso* plan was enforced. For these reasons, the Court is unable to conclude that approval would have an adverse impact on credit markets.

##### *Unfairness Argument*

A number of the objections raised by the Objecting Parties fall under the \*131 category of general unfairness. For example, they emphasize that Vitro SAB had many *ex parte* meetings with the presiding judges. *Ex parte* contact with judges is apparently common in Mexico; in fact, the Objecting Parties' counsel had *ex parte* meetings of their own. And they say that the Mexican courts did not consider their objections. However, the changes made to the *Concurso* plan suggest that at least some of their concerns were addressed. In any event, such a complaint is better raised in Mexico in the appeal that has been filed. Finally, they complain that the *Conciliador* was not disinterested. Such argument is for the Mexican court system.

On the whole, this Court cannot conclude that the *Concurso* proceeding was unfair to the Objecting Parties.

##### *Violations of Mexican Law and Process*

The Objecting Parties have raised a number of objections concerning the process in Mexico. Those issues of Mexican law will have to be decided by the Mexican courts.

### *Meritorious Objections—Arguments That Preclude Enforcement*

#### *Third Party Releases*

For the past year, this Court has expressed concerns regarding the most problematical part of the Mexican Proceeding, the extinguishment of claims held by the Objecting Parties against non-debtor subsidiaries, entities which did not avail themselves of protection in the Mexican Proceeding. *In re Vitro S.A.B. de C.V.*, 455 B.R. 571 (Bankr.N.D.Tex.2011). This Court expressed its views at that time that it had grave concerns about any plan in Mexico that would protect non-filing subsidiaries that guaranteed United States indentures. However, Vitro SAB proceeded with such a plan anyway.

Generally speaking, the policy of the United States is against discharge of claims for entities other than a debtor in an insolvency proceeding, absent extraordinary circumstances not present in this case. Such policy was expressed by Congress in [Bankruptcy Code Section 524](#), and in numerous cases in this circuit. *See, e.g., Matter of Zale Corp.*, 62 F.3d 746 (5th Cir.1995). This protection of third party claims is described both in terms of jurisdiction and also as a policy. *See id.* at p. 102, n. 28.

The Fifth Circuit has largely foreclosed non-consensual non-debtor releases and permanent injunctions outside of the context of mass tort claims being channeled toward a specific pool of assets. *See In re Pacific Lumber Co.*, 584 F.3d 229, 252 (5th Cir.2009), rev'd on other grounds, *RadLAX Gateway Hotel, LLC v. Amalgamated Bank*, 566 U.S. —, 132 S.Ct. 2065, 182 L.Ed.2d 967 (2012).

In its argument, Vitro SAB points to the *Metcalfe & Mansfield Alt. Invs.*, decision discussed above that enforced a Canadian Order that allowed for a limited third party release. 421 B.R. 685, 688. However, in *Metcalfe*, there was no question that the Canadian Proceedings should be recognized as a foreign main proceeding. Instead, the issue arose in enforcement of the Canadian Orders which contained a third-party nondebtor release and an injunction. *Id.*

The facts in *Metcalfe* differ from the facts in the present case. In *Metcalfe*, there was near unanimous approval of the plan by the creditors, who were not insiders of the debtor. Also, the plan was negotiated between the parties and there appears not to have been a timely objection to the order. Finally, the language of the opinion indicates that the release was not complete like the one in the present case.

**\*132** For three reasons the Enforcement Motion must be denied.

#### *Section 1507*

The *Concurso* Approval Order does not provide for the distribution of proceeds of the debtor's property substantially in accordance with the order prescribed by [Title 11](#). *See* 11 U.S.C. § 1507(b)(4). Under a Chapter 11 plan, the noteholders would receive their distribution from the debtor and would be free to pursue their other obligors, in this case the non-debtor guarantors. The *Concurso* plan provides drastically different treatment in that the noteholders receive a fraction of the amounts owed under the indentures from Vitro SAB and their rights against the other obligors are cut off.

#### *Section 1521*

Second, the *Concurso* Approval Order neither sufficiently protects the interests of creditors in the United States, nor does it provide an appropriate balance between the interests of creditors and Vitro SAB and its non-debtor subsidiaries. One could argue that Vitro SAB, as a holding company, is trying to achieve, through its *Concurso* plan, an entrustment of the distribution of the assets of its non-debtor U.S. subsidiaries without sufficiently protecting the Objecting Creditors, pursuant to §§ 1521(b) and 1522(a).

#### *Public Policy*



The expression by Congress in § 524, paired with the case law in this Circuit, lead this Court to conclude that the protection of third party claims in a bankruptcy case is a fundamental policy of the United States. The *Concurso* Approval Order does not simply modify such claims against non-debtors, they are extinguished. As the *Concurso* plan does not recognize and protect such rights, the *Concurso* plan is manifestly contrary to such policy of the United States and cannot be enforced here.

#### *Possible Meritorious Objections*

As noted above, this Court sustains the Objecting Parties' primary objection, that the *Concurso* plan improperly released claims against non-debtors in violation of § 1507, 1521 and the public policy of the United States. However, there are two other strong objections that this Court notes for the appellate court, but does not reach, because the Court has sustained the objection to the release of the third party claims against the nondebtor subsidiaries.

#### *Voting Irregularities*

The noteholders have raised and submitted evidence of at least suspect voting on the *Concurso* plan. The Mexican court allowed insiders to vote and counted such votes, which swamped the noteholders' votes. *See* Testimony of Mr. Claudio del Valle. In fact, it is undisputed that Vitro issued bonds to insiders as a defense shortly before the *Concurso* plan was filed, and such votes were cast and counted. *Id.* Allowing insiders to vote, including the subsidiaries who voted to extinguish their own guarantees to the Objecting Parties, gives the Court pause. This argument, however, may be one of Mexican law, which should be decided by a court in Mexico.

#### *Absolute Priority Rule*

Under the *Concurso* plan, equity retains a value of approximately \$500 million. Creditors, such as the Objecting Parties, are not paid in full. Such a plan would violate the absolute priority rule in the United States. By allowing the retention of equity, and, at the same time, not paying the Objecting Parties in full, the *Concurso* plan arguably runs afoul of § 1507 because the result is demonstrably different than would occur in Chapter 11.

The wide variance in return to creditors from what would be expected in a Chapter \*133 11 plan in this country was the subject of testimony by Dr. Joseph W. Doherty, an expert put forth by the Objecting Creditors. His testimony was credible.

#### **IV. Conclusion**

Accordingly, this Court concludes that the *Concurso* plan approved in this instance, which extinguishes the guarantee claims of the Objecting Creditors that were given under an indenture issued in the United States against non-debtor entities that are subsidiaries of Vitro, should not be accorded comity to the extent it provides for the extinguishment of the non-debtor guarantees of the indentures. Such order manifestly contravenes the public policy of the United States and is also precluded from enforcement under §§ 1507, 1521 and 1522 of the Bankruptcy Code.

Generally, reorganization pursuant to the LCM is found to be a fair process, worthy of respect. In other and subsequent cases this Court would expect that *Concurso* decisions would be enforced in this country. However, if approved for enforcement, the present order would create precedent without any seeming bounds. The *Concurso* plan presently before the Court discharges the unsecured debt of non-debtor subsidiaries. What is to prevent this type of plan from eventually giving non-consensual releases to discharge the liabilities of officers, directors, and any other person?

Because of the importance of this case to the financial and legal community, the Court will stay its decision until June 29, 2012, at 5:00 p.m. Central Daylight Time, and will maintain the TRO for fourteen days to allow Vitro time to appeal and to seek a stay on appeal. Any further stay or extension of the TRO should be sought from the district court or court of appeals.

The Objecting Parties shall submit an order consistent with this decision within ten days from the date of entry of this opinion.

### All Citations

473 B.R. 117, 56 Bankr.Ct.Dec. 183

### Footnotes

- 1 *In re Vitro S.A.B. de C.V.*, 455 B.R. 571 (Bankr.N.D.Tex. June 24, 2011).
- 2 *Id.* at 583.
- 3 *See In re Vitro S.A.B. de C.V.*, No. 11–CV–3554–F (N.D. Tex. filed Dec. 23, 2011).
- 4 *See In re Vitro S.A.B. de C.V.*, 455 B.R. at 575–76.
- 5 A “foreign main proceeding” is defined as “a foreign proceeding pending in the country where the debtor has the center of its main interests.” 11 U.S.C. § 1502(4).
- 6 *In re Basis Yield Alpha Fund (Master)*, 381 B.R. 37, 45 n. 27 (Bankr.S.D.N.Y.2008).
- 7 *In re Tri–Cont’l Exch. Ltd.*, 349 B.R. 627, 638 (Bankr.E.D.Cal.2006).
- 8 *In re Gold & Honey, Ltd.*, 410 B.R. 357, 363 (Bankr.E.D.N.Y.2009).
- 9 This Court, like the bankruptcy court in *In re Qimonda AG Bankr. Litig.*, acknowledges that courts and commentators have disagreed about whether the § 362 automatic stay may be applied extraterritorially, but finds, nevertheless, that resolution of this question would not impact the import of *In re Gold & Honey* to the facts of *In re Qimonda AG Bankr. Litig.* *See* 433 B.R. 547, 570 n. 43 (Bankr.E.D.Va.2010) (citing *French v. Liebmann (In re French)*, 320 B.R. 78, 81–83 (E.D.Va.2004)).
- 10 “In late July 2008, FIBI seized substantially all of GH Ltd. and GH LP’s assets and accounts, and commenced the Israeli Receivership Proceeding.” *In re Gold & Honey, Ltd.*, 410 B.R. at 362.
- 11 The Mail Interception Order permitted the foreign representative and administrator of the German estate, Prager, to intercept Toft’s postal and electronic mail. *In re Toft*, 453 B.R. at 188.
- 12 The Court addressed the Wiretap Act and the Stored Communications Act, which are both subparts of the Electronic Communications Privacy Act (the “Privacy Act”). 18 U.S.C. § 2511, *et seq.*
- 13 *In re Qimonda AG Bankr. Litig.*, 433 B.R. 547 (E.D.Va.2010); *In re Ephedra Prods. Liability Litig.*, 349 B.R. 333 (S.D.N.Y.2006); *In re Gold & Honey, Ltd.*, 410 B.R. 357 (Bankr.E.D.N.Y.2009).

# TAB 7





KeyCite Yellow Flag - Negative Treatment

Distinguished by [In re Manley Toys Limited](#), D.N.J., March 12, 2019

453 B.R. 186  
United States Bankruptcy Court,  
S.D. New York.

In re Dr. Jürgen TOFT, Debtor in a Foreign Proceeding.

No. 11–11049 (ALG).

|  
July 22, 2011.

**Synopsis**

**Background:** Foreign representative of debtor who was the subject of insolvency proceedings in Germany moved for order allowing him access to existing e-mails of debtor which were stored on servers of two internet service providers (ISPs) located in the United States, and for order in effect granting him a wire tap on debtor's future e-mails.

**Holdings:** The Bankruptcy Court, [Allan L. Gropper, J.](#), held that:

court had jurisdiction to consider foreign representative's request, notwithstanding that debtor had no tangible property or place of business located in the United States, but

request had to be denied as “manifestly contrary” to public policy of the United States.

Motion denied.

**Attorneys and Law Firms**

\*188 Haynes and Boone, LLP, By: [Judith Elkin, Esq.](#), New York, NY, for Dr. Martin Prager, Insolvency Administrator in Germany for Dr. Jürgen Toft.

[Tracy Hope Davis](#), By: [Elizabetta Gasparini, Esq.](#), New York, NY, for United States Trustee.

**MEMORANDUM OF OPINION**

[ALLAN L. GROPPER](#), Bankruptcy Judge.

**INTRODUCTION**

The applicant, Dr. Martin Prager (“Prager” or the “Foreign Representative”), is the insolvency administrator in a proceeding in Germany regarding Dr. Jürgen Toft (“Toft” or “the Debtor”), an orthopedic surgeon who assertedly has debts exceeding 5.6 million euros (\$7.6 million) owed to approximately 110 creditors. Prager initiated this chapter 15 proceeding for the purpose of gaining access to Toft's e-mail accounts stored on the servers of two internet service providers (“ISPs”) located in the United

States. The Verified Petition states that the Debtor otherwise has no assets in the United States, is not a party to any lawsuits pending in the United States, and is not believed to be currently residing in the United States. Verified Petition at ¶ 8.

The German proceeding was initiated before the Munich District Insolvency Court (the “German Court”) on June 10, 2010. It is represented that Toft refused to cooperate with the administrator and has in fact secreted his assets and relocated to an unknown country outside of Europe, possibly the Philippines. On July 8, 2010, in accordance with what is alleged to be common German practice, the German Court entered a “Mail Interception Order” authorizing Prager, as administrator of the German estate, to intercept Toft’s postal and electronic mail.<sup>1</sup> Having received information that Toft might have relocated to London, Prager initiated a proceeding on January 28, 2011 in England. The English High Court of Justice issued an *ex parte* order (the “English Order”) on February 16, 2011, which granted recognition and enforcement to the German Mail Interception Order.<sup>2</sup>

**\*189** The present motion has been filed publicly but requests *ex parte* relief in accordance with what is said to be German (and English) practice. No notice was provided to the Debtor, and it is requested no notice be required if relief is granted so that the Foreign Representative can continue to investigate the affairs of a debtor whose intransigence, obstructionism, and evasive tactics have allegedly thwarted the German insolvency proceeding. Prager requests that the Court recognize and “grant comity” to the orders of the German and English Courts and enter an order enforcing the Mail Interception Order in the United States by compelling the ISPs, AOL, Inc. and 1 & 1 Mail & Media, Inc., to disclose to Prager all of the Debtor’s e-mails currently stored on their servers and to deliver to Prager copies of all e-mails received by the Debtor in the future. Prager contends that this relief is available after recognition of the German main proceeding under §§ 1521 and 1507 of the Bankruptcy Code, and that relief is also available prior to recognition under § 1519(a) of the Bankruptcy Code or alternatively under the power of the Court to recognize orders entered in a foreign proceeding.

A hearing was held on the motion on April 5, 2011, at the request of the Court, with the U.S. Trustee present and opposing the motion. Counsel for the Foreign Representative stated at the hearing that notice had been provided to the ISPs, but neither ISP was represented. In deciding this motion, it is assumed that the foreign proceedings are in conformity with German and English law in all relevant respects. There is also no question that German and English insolvency proceedings are ordinarily entitled to recognition in this country, and that Prager is an experienced and accomplished insolvency administrator. However, through this proceeding, Prager seeks in effect the undisclosed production of past e-mails as well as what can only be described as a wiretap of Toft’s future e-mail correspondence.

A bankruptcy trustee would not be entitled to such relief under United States law, and a chapter 15 proceeding cannot ordinarily be pursued without notice to the debtor. The relief requested would also contravene the protection against disclosure of e-mails by internet service providers contained in the Electronic Communications Privacy Act, 18 U.S.C. §§ 2701, *et seq.*, (“Privacy Act” or “Stored Communications Act”), and would appear to constitute an unlawful interception of electronic communications in transit under the Wiretap Act, 18 U.S.C. § 2511, *et seq.* Effectuation of the relief sought might subject the Foreign Representative, or his U.S. agents and possibly an ISP disclosing the debtor’s e-mails, to U.S. criminal liability. For the reasons stated hereafter, this is one of the rare cases in which the relief sought by the Foreign Representative must be denied under § 1506 of the Bankruptcy Code as manifestly contrary to the public policy of the United States.

## DISCUSSION

Chapter 15 of the Bankruptcy Code, which adopted the substance and most of the text of the United Nations Commission on International Trade Law (“UNCITRAL”) Model Law on Cross–Border Insolvency (“Model Law”), provides a comprehensive scheme for recognizing and giving effect to foreign insolvency proceedings. Chapter 15 contemplates a short and (in most cases) fairly simple petition **\*190** for recognition. 11 U.S.C. § 1515. Where the foreign case is recognized as a foreign main proceeding,<sup>3</sup> certain relief goes into effect automatically. 11 U.S.C. § 1520. The Court thereafter has discretion to grant a foreign representative relief as provided in § 1521, which includes “the examination of witnesses, the taking of evidence or the delivery

of information concerning the debtor's assets, affairs, rights, obligations, or liabilities.” 11 U.S.C. § 1521(a)(4). In addition to relief available after an order for recognition has been entered, the foreign representative may request preliminary relief under § 1519, in order to “protect the assets of the debtor or the interests of the creditors” pending the order of recognition. 11 U.S.C. § 1519(a). Section 1519(a)(3) specifically references § 1521(a)(4) as a form of relief available on a preliminary, emergency basis.

Section 1507 further provides that the Court is authorized to grant any “additional assistance” available under the Bankruptcy Code or under “other laws of the United States,” provided that such assistance is consistent with the principles of comity and satisfies the fairness considerations set out in the statute.<sup>4</sup> The relationship between § 1507 and § 1521 is not entirely clear; one court has stated that such post-recognition assistance is “largely discretionary and turns on subjective factors that embody principles of comity.” *In re Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd.*, 389 B.R. 325, 333 (S.D.N.Y.2008), *aff'g* 374 B.R. 122 (Bankr.S.D.N.Y.2007). In any event, there is no doubt that the relief available under chapter 15, and particularly additional assistance granted pursuant to § 1507, should be consistent with the principle of comity. See *In re Metcalfe & Mansfield Alt. Invs.*, 421 B.R. 685, 697 (Bankr.S.D.N.Y.2010). Section 1507 specifically so provides with respect to “additional assistance,” and more broadly, § 1509(b)(3) directs that once a foreign representative obtains recognition, “a court in the United States shall grant comity or cooperation to the foreign representative.”

Notwithstanding the direction that a U.S. court grant comity or cooperation to a recognized foreign representative in insolvency matters, it is also beyond question that, “The principle of comity has never meant categorical deference to foreign proceedings. It is implicit in the concept that deference should be withheld \*191 where appropriate to avoid the violation of the laws, public policies, or rights of the citizens of the United States.” *In re Treco*, 240 F.3d 148, 157 (2d Cir.2001); see also *Pravin Banker Assocs., Ltd. v. Banco Popular Del Peru*, 109 F.3d 850, 854 (2d Cir.1997); *Victrix S.S. Co., S.A. v. Salen Dry Cargo A.B.*, 825 F.2d 709, 713 (2d Cir.1987); *Cunard S.S. Co. Ltd. v. Salen Reefer Servs. AB*, 773 F.2d 452, 457 (2d Cir.1985). Consistent with the traditional limits of comity, all relief under chapter 15 is subject to the caveat in § 1506, providing the court with authority to deny the relief requested where such relief would be “manifestly contrary to the public policy of the United States.” 11 U.S.C. § 1506; *In re Ephedra Prods. Liability Litig.*, 349 B.R. 333 (S.D.N.Y.2006). The principal issue in this proceeding is whether the relief Prager seeks would be manifestly contrary to U.S. public policy.

The Foreign Representative states that the recognition of the German Mail Interception Order would not be contrary to U.S. public policy. He urges that it be given global effect and ratified in the United States based principally on the fairness of the German procedures and the principle of comity. There is authority that relief granted in a foreign insolvency case can be recognized and given effect in this country. See *In re Artimm, S.r.l.*, 278 B.R. 832, 843 (Bankr.C.D.Cal.2002). But Prager cannot cause this Court to apply the laws of Germany—or England—in proceedings in this country simply by making an impassioned appeal to comity. For one thing, foreign procedures are not routinely imported into U.S. law—disclosure here proceeds in accordance with U.S. practices and principles, and discovery is conducted in U.S. courts under our rules of civil procedure even when foreign litigants are involved. See *Societe Nat. Ind. Aerospatiale v. U.S. Dist. Court for S.D. Iowa*, 482 U.S. 522, 546, 107 S.Ct. 2542, 96 L.Ed.2d 461 (1987).<sup>5</sup> More generally, courts have a compelling interest in applying the procedural rules of the forum regarding how proceedings are conducted. *Texaco Inc. v. Pennzoil Co.*, 784 F.2d 1133, 1156 (2d Cir.1986), *rev'd on other grounds*, 481 U.S. 1, 107 S.Ct. 1519, 95 L.Ed.2d 1 (1987); *Adelphia Recovery Trust v. Bank of Am., N.A.*, 624 F.Supp.2d 292, 307 (S.D.N.Y.2009); *Restatement (Second), Conflict of Laws*, § 122 (comment a) (1971). Certainly, there are limits to the assistance that can be rendered to foreign proceedings, as recognized by the English courts despite their generous extension of comity in insolvency matters. As Lord Hoffmann stated in *Cambridge Gas Trans. Corp. v. Official Comm. Of Unsecured Creditors of Navigator Holdings plc*, [2006] UKPC 26 at ¶ 22 (Privy Council 2006), “it is doubtful whether assistance could take the form of applying provisions of the foreign insolvency law which form no part of the domestic system.” The sweeping relief requested by the Foreign Representative is not incorporated into U.S. law merely because of the principle of comity and because it is available in his home jurisdiction.

In any event, consistent with the traditional limits of comity, there must be a sufficient basis for the exercise by a court \*192 of its jurisdiction, and the relief requested must not only be cognizable under U.S. law but not manifestly contrary to U.S. public

policy. For the reasons set forth hereafter, this Court has jurisdiction respecting the relief Prager seeks, but the relief must be denied, on public policy grounds.

### I. Jurisdiction

The Bankruptcy Court has subject matter jurisdiction over matters that arise under chapter 15 as core proceedings under 28 U.S.C. §§ 1334 and 157(b)(2)(P). The German court has jurisdiction over Toft as a German citizen with assets and creditors there, and the English court understood Toft to have been physically present in England and/or in possession of assets there at the time it granted relief. The petition indicates that Toft's only connection with the United States is the apparently fortuitous storage of his e-mails on servers operated by ISPs located in this country. The petition seemingly concedes that Toft does not have contacts with the United States sufficient to allow the exercise of *in personam* jurisdiction, *see Int'l Shoe Co. v. State of Wash.*, 326 U.S. 310, 66 S.Ct. 154, 90 L.Ed. 95 (1945), and he has no tangible property in the United States over which this Court could exercise traditional *in rem* jurisdiction. The Foreign Representative admits that the foreign debtor does not have a place of business or assets in the United States or a lawsuit pending against him in a federal or state court, but he nonetheless argues that jurisdiction exists to consider this proceeding, particularly as it is “consistent with the interests of justice and convenience of the parties” in the United States, namely the ISPs. Verified Petition, ¶ 7, Dkt. No. 2.

The absence of tangible property or a place of business of a debtor in the United States is not fatal to a case under chapter 15, designed as it is to provide assistance to a foreign proceeding. *See* 11 U.S.C. § 1501(b)(1). Chapter 15 cases begin as ancillary proceedings, in which recognition is sought under § 1504, even when a plenary proceeding may later be brought under a different chapter through § 1511. Section 1528 specifically provides that the foreign debtor must have assets in the United States in order for a plenary case under another chapter to be initiated, leading to the conclusion that the statute contemplates the commencement of a chapter 15 case even where there are no assets of the debtor in the United States.

Prior to the adoption of chapter 15, it was also held that the bankruptcy courts had jurisdiction under § 304 of the Bankruptcy Code to order the examination of witnesses for the purpose of investigating the affairs of a foreign debtor, even where the foreign debtor had no business or assets in the United States.<sup>6</sup> In *In re Gee*, 53 B.R. 891 (Bankr.S.D.N.Y.1985), the receiver in a Cayman Islands insolvency proceeding brought a petition under § 304 to obtain discovery in the United States regarding the affairs of a business debtor that admittedly held no property in the United States. The Court granted the relief requested, reasoning that although the traditional basis for bankruptcy jurisdiction is *in rem*, jurisdiction also exists under the Bankruptcy Code over debtors who have no property at all. The broad statutory authority to grant “other appropriate relief” as assistance to a foreign proceeding under § 304(b)(2) was held to be a sufficient basis for the court's exercise of jurisdiction. *Id.* at 899; *see also* \*193 *Cunard S.S. Co. v. Salen Reefer Servs. AB*, 773 F.2d at 455, citing *Angulo v. Kedzep, Ltd.*, 29 B.R. 417, 419 (S.D.Tex.1983); *In re Hughes*, 281 B.R. 224 (Bankr.S.D.N.Y.2002); *In re Petition of Brierley*, 145 B.R. 151, 170 (Bankr.S.D.N.Y.1992).

Chapter 15 is more explicit than § 304 in that it specifically provides that a foreign representative can request discovery in aid of a foreign proceeding. *See* 11 U.S.C. § 1521(a)(4), authorizing discovery after entry of an order of recognition, and § 1519(a)(3), which provides for such relief on an interim, emergency basis pending an order of recognition. The eligibility standards in § 109 for filings under the various chapters of the Bankruptcy Code do not require that a debtor in a foreign proceeding have a place of business or property in the United States. *See also* § 1502(1), defining debtor in a chapter 15 case as “the subject of a foreign proceeding.” There is no authority that the adoption of chapter 15 was intended to abrogate the availability of the tools of discovery to foreign representatives, whether or not the foreign debtor has assets in the United States. Based on the plain text of the statute, this Court has jurisdiction over this application for disclosure in connection with Prager's investigation of the Debtor's affairs.

### II. Public Policy Exception of Section 1506

Although chapter 15 creates a process for obtaining discovery in the United States in aid of a foreign insolvency proceeding and promotes the extension of comity to recognized foreign proceedings, relief is not granted if it would be “manifestly contrary” to the public policy of this country. As noted above, public policy is an integral limitation on a court's authority to grant comity

to foreign courts and foreign proceedings, and it is codified in § 1506 of the Bankruptcy Code, which provides that “Nothing in this chapter prevents the court from refusing to take an action governed by this chapter if the action would be manifestly contrary to the public policy of the United States.”

The public policy exception is clearly drafted in narrow terms, as the action must be “manifestly contrary” to the public policy of the United States. The few reported cases that have analyzed § 1506 at length recognize that it is to be applied sparingly, and they merit extended analysis. In the first such case, *In re Ephedra Prods. Liability Litig.*, 349 B.R. 333 (S.D.N.Y.2006), the representative of a foreign main proceeding in Canada sought enforcement of a Canadian Claims Resolution Procedure included in a reorganization scheme in an insolvency case pending in Canada under the Companies' Creditors Arrangement Act. The U.S. District Court had earlier expressed concern about the Canadian procedures, in that the claims officer had been entitled to refuse to receive evidence and provide parties with an opportunity to be heard. These due process deficiencies had, however, been cured, and the *Ephedra* decision considered only whether the Canadian procedures were contrary to U.S. public policy because they denied claimants the right to a jury trial.

The *Ephedra* court looked to the words of the statute as well as the UNCITRAL Guide to Enactment to the Model Law. United Nations General Assembly, Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency (“the Guide to Enactment”), U.N. Doc A/CN.9/442 (1997).<sup>7</sup> Guide to Enactment ¶¶ 86–89. The Guide recognizes that public policy differs from nation to nation and thus that—as applicable to this case—the public policy of the United States may differ from that of Germany. The Guide to Enactment further recognizes that in some nations “the expression ‘public policy’ may be given a broad meaning in that it might relate in principle to any mandatory rule of national law.” However, it continues by observing that in many states the public policy exception “is construed as being restricted to fundamental principles of law, in particular constitutional guarantees,” and it notes that the purpose of the use of the word “manifestly” is “to emphasize that public policy exceptions should be interpreted restrictively and that article 6 is only to be invoked under exceptional circumstances concerning matters of fundamental importance for the enacting State.” *Id.*

Quoting this language, the *Ephedra* court held that the term “manifestly contrary to public policy” was to be invoked only under “exceptional circumstances concerning matters of fundamental importance.” It found that foreign judgments are generally granted comity as long as the proceedings in the foreign court “are according to the course of a civilized jurisprudence, *i.e.* fair and impartial.” *Ephedra* at 336, citing and quoting the seminal case on comity, *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113, 16 S.Ct. 139, 40 L.Ed. 95 (1895). The *Ephedra* court also relied on *Ackermann v. Levine*, 788 F.2d 830 (2d Cir.1986), where “the Second Circuit expressly reaffirmed ‘[t]he narrowness of the public policy exception to enforcement [of foreign judgments].’ ” The Court in *Ephedra* concluded that because U.S. courts have generally enforced foreign judgments without regard to whether a jury was available, abrogation of the right to a jury trial connection with the liquidation of claims in a foreign insolvency proceeding does not provide a basis to refuse enforcement of a foreign claims procedure under § 1506.

In *In re Metcalfe & Mansfield Alt. Invs.*, 421 B.R. 685 (Bankr.S.D.N.Y.2010), the Court again reached the § 1506 public policy exception in deciding whether to grant comity to a Canadian plan of arrangement that included third-party releases that arguably could not be granted in a U.S. bankruptcy proceeding. It held, “The key determination required by this Court is whether the procedures used in Canada meet our fundamental standards of fairness,” and it concluded that § 1506 did not bar enforcement of the third-party releases because the Canadian court had statutory authority to grant such relief, the question of the Canadian court's jurisdiction had been fully litigated and carefully considered in Canada, including on appeal, and “the procedures used in Canada meet our fundamental standards of fairness.” *Id.* at 697.

In the case of *In re Gold & Honey, Ltd.*, 410 B.R. 357, 371 (Bankr.E.D.N.Y.2009), the public policy exception of § 1506 was not at issue in connection with an application for enforcement of a foreign plan or scheme of reorganization—arguably when a request for comity is particularly compelling. It arose in connection with a chapter 15 petition for recognition brought by receivers who were appointed in Israel after the commencement of a U.S. chapter 11 case involving the same debtor. The creditor who commenced the receivership in Israel had appeared in the U.S. case and continued to prosecute its application in Israel despite a finding by the U.S. court that the automatic stay of § 362 of the Bankruptcy Code prohibited such action without an



order granting relief from the stay. *Id.* at 364. The U.S. court refused to recognize the foreign proceeding on several grounds, including the public policy exception of § 1506, holding that recognition \*195 of the Israeli proceeding would amount to a reward for an end-run around the automatic stay.<sup>8</sup>

In the final case in which § 1506 has been subjected to extensive analysis, *In re Qimonda AG Bankr. Litig.*, 433 B.R. 547 (E.D.Va.2010), the District Court reviewed the cases discussed above and adopted a three-point test for analyzing the public policy exception. It stated, first, that the public policy exception is only implicated in cases where there is a conflict between foreign law and U.S. law or where there is procedural unfairness in the foreign proceeding. *Id.* at 568. If § 1506 is implicated by a conflict of laws, the court should examine whether the foreign proceeding provided adequate protection to the procedural rights of the parties. *Id.* at 570. If a conflict of laws exists but the procedural fairness of the foreign proceeding is not at issue, then the Court should examine the extent to which taking the requested action under chapter 15 “would frustrate a U.S. court's ability to administer the Chapter 15 proceeding and/or would impinge severely a U.S. constitutional or statutory right, particularly if a party continues to enjoy the benefits of the Chapter 15 proceeding.” *Id.*<sup>9</sup>

Based on the foregoing cases, those courts that have considered the public policy exception codified in § 1506 have uniformly read it narrowly and applied it sparingly, consistent with the statutory command that the action in question be “manifestly” contrary to U.S. public policy.<sup>10</sup> Sparing application of the provision would also indicate that the public policy exception should ordinarily be resorted to only if another, more specific provision of chapter 15 does not govern the dispute, consistent with the principle that more specific statutory provisions usually prevail \*196 over general provisions. See *Long Island Care at Home, Ltd. v. Coke*, 551 U.S. 158, 170, 127 S.Ct. 2339, 168 L.Ed.2d 54 (2007); *Morales v. Trans World Airlines, Inc.*, 504 U.S. 374, 384–85, 112 S.Ct. 2031, 119 L.Ed.2d 157 (1992). For example, a court can grant discretionary relief in a chapter 15 case “only if the interests of the creditors and other interested entities, including the debtor, are sufficiently protected.” 11 U.S.C. § 1522(a).<sup>11</sup> Similarly, under 11 U.S.C. § 1521(b), U.S. assets may be entrusted to a foreign representative for administration in the foreign case only if the court is satisfied that “the interests of creditors in the United States are sufficiently protected.” In many cases, these provisions would appear adequate to resolve a dispute arising from a conflict between U.S. and foreign law, and the public policy exception would not have to be invoked. It also appears patent that relief should not be granted or denied in a cross-border case where there is a conflict between U.S. and foreign law without a conflict of law analysis—*i.e.*, should U.S. or foreign law be applied to a particular issue based on familiar choice of law principles coupled with (where appropriate) due regard for the principle of comity. See *In re Maxwell Comm'n Corp.*, 93 F.3d 1036, 1047 (2d. Cir.1996).

Notwithstanding that § 1506 is to be narrowly construed and should be applied only where another, more specific limitation in the statute does not govern, this is one of the rare cases that calls for its application. In this case, the issue is not one of fashioning relief in a manner that “sufficiently protects” all interested parties, as any *ex parte* recognition and enforcement of the Mail Interception Order would directly contravene the U.S. laws and public policies analyzed herein. Similarly, it cannot simply be concluded on application of traditional conflict of law principles that Germany would have the primary interest in the resolution of the present matter, as the question is whether the German procedures are in accord with U.S. public policy. The public policy issue must be squarely faced with respect to (i) the manner in which an order of recognition would be entered—without notice to the Debtor—and (ii) the relief sought—that German procedures be given effect in this country regardless of the fact that they exceed traditional limits on the powers of a trustee in bankruptcy under U.S. law and constitute relief that is banned by statute in this country and might subject those who carried it out to criminal prosecution. In anticipation of the problematic nature of the relief sought, the Court requested that the Foreign Representative submit supplemental briefing on the availability of an order similar to the Mail Interception Order under U.S. law. Finding the Foreign Representative's arguments unavailing, the Court denies the relief as manifestly contrary to U.S. public policy. We start with U.S. privacy legislation.

a. *Electronic Communications Privacy in the United States*

Electronic communications privacy is subject to comprehensive statutory protection \*197 in the United States under (i) the Wiretap Act, 18 U.S.C. § 2511, *et seq.*, and (ii) the Privacy Act, 18 U.S.C. § 2701, *et seq.* Under the Wiretap Act, civil and criminal penalties can be imposed on any person who “intentionally intercepts ... any wire, oral, or electronic communication.”

18 U.S.C. § 2511(1)(a). A warrant issued in the course of a criminal investigation upon a heightened showing of necessity is required in order to conduct a wiretap lawfully without the consent of one of the parties to the communication. 18 U.S.C. § 2518. Courts that have applied the provisions of the Wiretap Act to e-mails have held that the clandestine interception of e-mails of an individual, occurring contemporaneously with delivery, constitutes an illegal wiretap. See *United States v. Councilman*, 418 F.3d 67, 80 (1st Cir.2005) (holding that for purposes of the Wiretap Act, e-mails can be considered “electronic communications,” and the secret redirection of e-mails interception); see also *Pure Power Boot Camp v. Warrior Fitness Boot Camp*, 587 F.Supp.2d 548 (S.D.N.Y.2008). The Foreign Representative argues that the inspection of e-mails is not a wiretap because the e-mails are inspected after their delivery and not while in transit, but no authority has been provided to support this narrow construction of the Wiretap Act.

In any event, once an e-mail has been delivered, unauthorized access to the contents of the communication is governed by the Stored Communications Act, 18 U.S.C. § 2701, *et seq.*, which is part of the Electronic Communications Privacy Act (“Privacy Act”). See *Pure Power Boot Camp*, 587 F.Supp.2d at 555. The Privacy Act, which is intended to prevent third parties from “obtaining, altering, or destroying certain stored electronic communications,” imposes criminal and civil penalties when a person “accesses an electronic communication service, or obtains an electronic communication while it is still in storage, without authorization.” *Id.* at 555. The contents of e-mail communications may be released by an ISP only under the specifically enumerated exceptions found in §§ 2702 and 2703 of the Privacy Act. Those exceptions require a search warrant issued under the Federal Rules of Criminal Procedure or a subpoena issued in the course of a criminal investigation.<sup>12</sup> *In re Subpoena Duces Tecum to AOL, LLC*, 550 F.Supp.2d 606, 611 (E.D.Va.2008), citing *F.T.C. v. Netscape Comm'n Corp.*, 196 F.R.D. 559 (N.D.Cal.2000) (discovery of e-mails from ISP not available under Fed.R.Civ.P. 45). Indeed, one court has held that the disclosure procedures under the Privacy Act are unconstitutional to the extent they permit warrantless searches of e-mails, because a reasonable expectation of privacy exists and e-mails are subject to the Fourth Amendment's protection from warrantless searches and seizures. See *United States v. Warshak*, 631 F.3d 266, 288 (6th Cir.2010). In this case, the Court does not reach any Fourth Amendment issue—among other things, it is unclear whether the Debtor, a foreign national not located in the United States, would be entitled to claim the protections of the \*198 Fourth Amendment. See *United States v. Verdugo-Urquidez*, 494 U.S. 259, 110 S.Ct. 1056, 108 L.Ed.2d 222 (1990). Nevertheless, without regard to the Debtor's constitutional rights under the Fourth Amendment, the Privacy Act has been held to apply irrespective of the foreign nationality of the account holder. See *In re § 2703(d) Order*, 2011 WL 900120, at \*7 (E.D.Va. March 11, 2011) (application of 18 U.S.C. § 2703(d) to foreign users involved in WikiLeaks investigation not an extraterritorial application of U.S. law because statute governs disclosure by the American service provider).

The fact that U.S. law differs from German law with respect to the disclosure of e-mail communications does by itself not mean that the relief sought by the Foreign Representative is manifestly contrary to U.S. public policy. As many cases have held, foreign law need not be identical to U.S. law. See, e.g. *In re Treco*, 240 F.3d at 158; *Ephedra*, 349 B.R. at 336–37; *In re Metcalfe & Mansfield*, 421 B.R. at 698–99; cf. *In re Garcia Avila*, 296 B.R. 95, 109 (Bankr.S.D.N.Y.2003); *In re Board of Directors of Multicanal S.A.*, 307 B.R. 384, 391 (Bankr.S.D.N.Y.2004). Here, however, the relief sought by the Foreign Representative is banned under U.S. law, and it would seemingly result in criminal liability under the Wiretap Act and the Privacy Act for those who carried it out. The relief sought would directly compromise privacy rights subject to a comprehensive scheme of statutory protection, available to aliens, built on constitutional safeguards incorporated in the Fourth Amendment as well as the constitutions of many States.<sup>13</sup> Such relief “would impinge severely a U.S. constitutional or statutory right.” *Qimonda*, 433 B.R. at 570.

Moreover, as discussed below, the powers that the Foreign Representative is seeking to exercise in this country go far beyond the powers that have traditionally been afforded to a U.S. estate representative.

#### b. Power of an Estate Representative Under U.S. Law

The Foreign Representative argues that the Mail Interception Order can be approved, as not manifestly contrary to public policy, because the relief requested would be within the usual powers of a U.S. estate administrator, resembling an examination under

Bankruptcy Rule 2004 or a mail redirection order of a type that has been authorized in bankruptcy cases. However, there is no basis to conclude that a U.S. bankruptcy trustee could use the procedures available under the Privacy Act; a trustee in bankruptcy is not entitled to a search warrant under the Federal Rules of Criminal Procedure because he is “neither a federal ‘law enforcement officer’ nor an ‘attorney for the government’ ” as required by Fed.R.Crim.P. 41(a). *Application of Trustee in Bankruptcy for a Search Warrant*, 173 B.R. 341 (N.D. Ohio 1994). Nor is there any authority for the proposition that a trustee in bankruptcy can conduct a criminal investigation.

The Foreign Representative is correct that an examination under Bankruptcy Rule 2004 may be commenced by an *ex parte* motion. See e.g. *In re Riverside–Linden Inv. Co.*, 99 B.R. 439 (9th Cir.BAP 1989); *In re Metiom, Inc.*, 318 B.R. 263, 268 (S.D.N.Y.2004). However, once an order is entered authorizing a Rule 2004 examination, the proceeding does not remain secret, as the debtor has \*199 knowledge that a bankruptcy case is pending and access to the public docket. Moreover, civil discovery proceeds by way of the examination of witnesses and production of documents through typical discovery devices, which require notice. See *Federal Rules of Bankruptcy Procedure 2002*, 7026–7037, 9014, 9016.

In any event, as stated above, the civil discovery available in the course of a Rule 2004 examination, such as a subpoena *duces tecum* from this Court, could not compel an ISP to produce a subscriber's e-mails. See *In re Subpoena Duces Tecum to AOL, LLC*, 550 F.Supp.2d at 611. Moreover, there is authority that any subpoena issued to obtain production of e-mail correspondence would properly be directed at Toft, rather than the ISPs alone. See *Flagg v. City of Detroit*, 252 F.R.D. 346, 366 (E.D.Mich.2008) (third-party subpoena against internet service provider problematic in light of the restrictions imposed by the Privacy Act, 18 U.S.C. § 2702(a); proper request for documents should be directed at the party whose consent would be required for lawful disclosure under the statute).

In asking the Court to issue an order compelling disclosure of e-mails based solely on its equitable powers and the alleged intransigence of the Debtor, the Foreign Representative contends that some courts have issued *ex parte* orders providing for a trustee to perform an inspection of the debtor's residence. There appear to be only two reported cases which have granted this relief under the Bankruptcy Code, and in both cases the debtor or a family member was aware of the proceedings and present at the time of the inspection. *In re Bursztyn*, 366 B.R. 353 (Bankr.D.N.J.2007); *In re Barman*, 252 B.R. 403 (Bankr.E.D.Mich.2000).<sup>14</sup> By contrast, the Foreign Representative has requested access to the Debtor's e-mails under conditions of total secrecy and by way of a wiretap that is prohibited by statute. In any event, inspection orders have been criticized for their impact on privacy rights and the protections of the Fourth Amendment to the U.S. Constitution. A. Mechele Dickerson, *Using Criminal Law Remedies to Unearth Hidden Assets*, 10 J. Bankr.L. & Prac. 541 (2001).

Nor does the requested relief resemble an order permitting the redirection of the mail of an individual debtor engaged in business. Bankruptcy trustees have been authorized to intercept the mail of a debtor engaged in business so that they can operate the business and investigate the debtor's financial affairs, but the reported cases under the Bankruptcy Code require notice and measures to protect postal secrecy with respect to debtors who are individuals. For example, *In re Benny*, 29 B.R. 754 (N.D.Cal.1983), was a Chapter 7 case in which the debtor objected after discovering that the trustee had induced the post office to redirect all mail from his business and his residence without notice to him and without prior court approval. *Id.* at 757. The Court held that the trustee's action was inappropriate in light of \*200 the intrusion into personal and possibly privileged communications, and said that although the trustee's powers under 11 U.S.C. § 704 include authority to seize and control business-related mail of the debtor, the trustee did not have the authority to redirect the mail of an individual debtor, whether business or personal, without notice to the debtor and an opportunity to object. *Id.* at 760–62. Similarly, in *In re Crabtree*, 37 B.R. 426, 427 (Bankr.E.D.Tenn.1984), an involuntary case, the trustee sought an order redirecting mail addressed to the individual debtor after the debtor refused to disclose his assets and liabilities. After an objection from the debtor, the *Crabtree* court ordered that a neutral third party maintain a record of the mail received and provide the debtor any mail that appeared to be personal or privileged. *Id.* at 429.<sup>15</sup>

In both *Benny* and *Crabtree*, the courts imposed limits upon the trustee's authority to redirect a debtor's mail, especially with respect to privileged or private communications unrelated to the bankruptcy proceeding, and they recognized the debtor's right



to have notice of the proceedings and an opportunity to object. By contrast, the relief sought by the Foreign Representative goes much further and requests unfettered access to all communications received by the Debtor at the specified e-mail addresses, both past and future. The Foreign Representative admits that the Debtor may receive privileged communications that would need to be screened, and he states that “nothing contained in such mail will be used to support any motions before any court.” Motion at ¶ 32. Although procedures could potentially be put in place to protect against disclosure of privileged communications, these procedures would not be sufficient to justify the relief sought herein.

*c. Notice*

In addition to requesting authorization to secretly intercept Toft's e-mails, the Foreign Representative asks that the Court refrain from providing the foreign debtor any notice of this chapter 15 proceeding, to keep confidential the investigation of the Debtor's affairs and preserve the possibility of collecting useful information from the Debtor's ongoing use of the e-mail addresses in question. This relief, too, would be contrary to U.S. law. Under Bankruptcy Rule 2002(q)(1) the Court is directed to provide notice of a petition for recognition under chapter 15 to the debtor, parties against whom provisional relief is sought under § 1519, and other parties in interest. Although the Debtor's whereabouts are unknown at this time, it would appear that a first step in providing notice would be to send an e-mail to the addresses that are to be investigated.

As discussed above, every substantive rule of U.S. law need not be followed in a chapter 15 ancillary proceeding. However, since Bankruptcy Rule 2002(q) was specifically designed for use in chapter 15 cases, it would presumably be a rare case in which its requirements could be disregarded—if they ever could be. In light of the conclusions set forth above that the relief sought by the Foreign Representative is manifestly contrary to U.S. public policy, this is not such a case.

## \*201 CONCLUSION

This is one of the rare cases in which an order of recognition on the terms requested would be manifestly contrary to U.S. public policy, reflected in rights that are based on fundamental principles of protecting the secrecy of electronic communications, limiting the powers of an estate representative, and providing notice to parties whose rights are affected by a court order. The motion of the Foreign Representative for *ex parte* relief is therefore denied. This is without prejudice to the right of the Foreign Representative to seek recognition of the German proceeding as a foreign main proceeding after providing notice pursuant to Bankruptcy Rule 2002(q) and without prejudice to the grant of other appropriate relief consistent with U.S. public policy thereafter.

IT IS SO ORDERED.

## All Citations

453 B.R. 186, 66 Collier Bankr.Cas.2d 323, 55 Bankr.Ct.Dec. 61

## Footnotes


- 1 Declaration of Foreign Representative, Ex. A and Ex. A–12, Dkt. No. 3. According to Prager, an application to extend the effect of the Mail Interception Order was granted on July 21, 2010, and an application by Toft to set aside the Mail Interception Order was rejected by the German Court. *Id.*
- 2 Supplemental Brief of the Foreign Representative, Ex. A, Dkt. No. 6. It appears that the English court held that the relief granted in Germany did not violate English public policy because, under § 371 of the English Insolvency Act of 1986, the Court could enter a mail redirection order similar to the one entered in Germany. *See* Supp. Brief of the Foreign Representative, ¶¶ 8–12 and Ex. A; English Order at ¶ 20–23, *citing* Case C–444/07, *MG Probud Gdynia sp. z o.o.*, ¶ 30–34, 2010 E.C.R. 00. The English court also held that there should be no concern about lack of procedural fairness in granting *ex parte* relief, because the Debtor had been able to oppose the Mail Interception Order in the German proceeding, and his challenge was rejected by the German Court.

- 3 A “foreign main proceeding” is defined as “a foreign proceeding pending in the country where the debtor has the center of its main interests.” 11 U.S.C. § 1502(4). The Foreign Representative asserts that as to Toft, the proceeding in Germany is a foreign main proceeding and the proceeding in England is a foreign nonmain proceeding. The statute defines a “foreign nonmain proceeding” as “a foreign proceeding, other than a foreign main proceeding, pending in a country where the debtor has an establishment.” 11 U.S.C. § 1502(5).
- 4 Section 1507(b) sets forth several factors for the Court to consider: “whether such additional assistance, consistent with the principles of comity, will reasonably assure—(1) just treatment of all holders of claims against or interests in the debtor’s property; (2) protection of claim holders in the United States against prejudice and inconvenience in the processing of claims in such foreign proceeding; (3) prevention of preferential or fraudulent dispositions of property of the debtor; (4) distribution of proceeds of the debtor’s property substantially in accordance with the order prescribed by this title; and (5) if appropriate, the provision of an opportunity for a fresh start for the individual that such foreign proceeding concerns.” These are five of the six factors that a court was directed to consider in determining whether to grant relief under former § 304 of the Bankruptcy Code, which was repealed when chapter 15 was adopted. The sixth factor was comity.
- 5 Discovery in aid of foreign litigation is also available in accordance with U.S. practice pursuant to 28 U.S.C. § 1782(a), which provides, in part “[t]he district court of the district in which a person resides or is found may order him to give his testimony or statement or to produce a document or other thing for use in a proceeding in a foreign or international tribunal, including criminal investigations conducted before formal accusation.” 28 U.S.C. § 1782(a). Section 1782 has been used in connection with insolvency cases. See *Lancaster Factoring Co. Ltd. v. Mangone*, 90 F.3d 38, 39–43 (2d Cir.1996) (discovery at request of foreign trustee for use in Italian bankruptcy case).
- 6 Section 304, which was repealed when chapter 15 was adopted in 2005, also provided for ancillary proceedings to recognize and give effect to a foreign insolvency proceeding.
- 7 Article 6 of the UNCITRAL Model Law is virtually identical to 11 U.S.C. § 1506 and served as its model.
- 8 Interestingly, the Court nevertheless did grant the secured creditor, on whose behalf the Israeli receivers were acting, prospective relief from the automatic stay, and it held that it would abstain from hearing any issues relating to the U.S. debtor’s property in Israel. 410 B.R. at 373. The Court accordingly afforded the Israeli receivers much of the relief to which they would have been entitled after recognition. See 11 U.S.C. § 1528.
- 9 There are several additional cases in which the courts have refused to find that certain requested relief would constitute action manifestly contrary to U.S. public policy but in which the provision was not analyzed extensively. See e.g. *In re Fairfield Sentry Ltd.*, 2011 WL 1998374 (Bankr.S.D.N.Y. May 23, 2011); *In re British Am. Isle of Venice (BVI), Ltd.*, 441 B.R. 713 (Bankr.S.D.Fla.2010).
- 10 It has also been given a narrow reading in the construction of the cross-border insolvency laws of other countries. (Under § 1508 of the Bankruptcy Code, the provisions of chapter 15 are to be interpreted in a manner that promotes consistency with foreign application of similar laws. 11 U.S.C. § 1508.) Although there does not appear to be any extensive analysis of Article 6 of the Model Law, English courts have recognized that the enactment in that country of the Cross–Border Insolvency Regulations, 2006, included the adoption of the public policy exception of Article 6. *Samsun Logix Corp. v. DEF*, [2009] EWCH 576(Ch) at ¶ 4. In addition, the European Insolvency Regulation, which served in some respects as a model for the UNCITRAL Model Law, see *In re Tri–Continental Exchange Ltd.*, 349 B.R. 627, 633–34 (Bankr.E.D.Cal.2006), has a similar public policy exception that permits a member state to refuse to enforce a judgment in an insolvency proceeding if “enforcement would be manifestly contrary to that state’s public policy, in particular its fundamental principles or the constitutional rights and liberties of the individual.” Council Regulation (EC) 1346/2000 of 29 May 2000 on Insolvency Proceedings, Art. 25(3) and 26, 2000 O.J. (L 160) 1; see Case C–444/07, *MG Probud Gdynia sp. z o.o.*, ¶ 30–34, 2010 E.C.R. 00; see also Case C341/04, *Eurofood IFSC* [2006] E.C.R. I–3813, ¶ 28. In both cases under the European Insolvency Regulation, the public policy exception was sparingly applied, with the decision emphasizing the narrow scope of the statutory exclusion.
- 11 The term “sufficiently protected”, which appears in § 1522, is not defined by the statute but has been construed by one court to mean that a court should tailor relief balancing the interests of the foreign representative and those affected by the relief. *In re Tri–Continental Exchange Ltd.*, 349 B.R. 627, 637 (Bankr.E.D.Cal.2006). Chapter 15 uses the term, “sufficiently protected” instead of the term used in the Model law, “adequately protected,” and the U.S. legislative history makes clear that the change was made so as “to avoid confusion with a very specialized legal term in United States bankruptcy, ‘adequate protection.’ ” H.R. Rep. No. 109–31, Pt. 1, 109th Cong., 1st Sess. 116 (2005), U.S. Code Cong. & Admin.News 2005, pp. 88, 178.
- 12 E-mails which are less than 180 days old may only be disclosed to a governmental entity pursuant to a valid warrant issued pursuant to the Federal Rules of Criminal Procedure. 18 U.S.C. § 2703(a). A warrant is also required in all instances when the contents of electronic communications are requested without notice to the subscriber. 18 U.S.C. § 2703(b)(1)(A). After notice to the subscriber, a court order under § 2703(d) may be used to compel disclosure, but such an order “shall issue only if ... the records ... are relevant

and material to an ongoing criminal investigation.” 18 U.S.C. § 2703(d). A subscriber may challenge disclosure under 18 U.S.C. § 2704(b) within fourteen days of receiving notice.

- 13 For a list of states with constitutional provisions specifically protecting the right to privacy, *see* Privacy Protections in State Constitutions, National Conference of State Legislatures, <http://www.ncsl.org/default.aspx?tabid=13467>.
- 14 The Court in *In re Bursztyn* issued an order granting the bankruptcy trustee *ex parte* relief by authorizing entry into and inspection of the debtor's residence to search, seize, and appraise estate property. *In re Bursztyn*, 366 B.R. at 361–62. However, the trustee personally served the order upon the debtor at her residence. *Id.* at 361. The Court in *In re Barman* also issued an order to allow the bankruptcy trustee to inspect the debtor's property without prior disclosure to the debtor, who had a history of violating court orders and obstructing the litigation process, so that a full and candid disclosure of assets could be made. *In re Barman*, 252 B.R. at 410. However, the debtor's attorney was notified by fax on the morning of the search, and the debtor's wife consented to the search after consulting with her attorney. *Id.* at 411.
- 15 It is also worth noting that one of the reasons the *Crabtree* court authorized the mail redirection was that the business correspondence of a debtor usually contains checks in payment of the accounts receivable of the business, which are property of the estate. There is no such issue in this case, as the e-mails are sought solely for the purpose of obtaining information on Toft's assets and whereabouts, not in order to intercept payments that he might wrongfully convert.

# TAB 8

 KeyCite Yellow Flag - Negative Treatment  
Distinguished by [In re Toft](#), Bankr.S.D.N.Y., July 22, 2011

349 B.R. 333  
United States District Court,  
S.D. New York.

In re EPHEDRA PRODUCTS LIABILITY LITIGATION.  
In re Muscletech Research and Development Inc.,  
et al.; Foreign Applicants in Foreign Proceedings.  
In re RSM Richter Inc., as Foreign Representative of Muscletech  
Research and Development Inc. and Its Subsidiaries, Plaintiff,  
v.  
Sharon Aguilar, an individual; et al., Defendants.

Nos. 04 MD 1598(JSR), 06 Civ. 538(JSR), 06 Civ. 539(JSR).

|  
Aug. 11, 2006.

#### Synopsis

**Background:** In multi-district products liability litigation brought by consumers of products that contained ephedra, monitor appointed in insolvency proceeding in Canadian court for Canadian company that marketed products containing ephedra in the United States moved for recognition and enforcement of Canadian court's order, which approved claims resolution procedure designed to speedily assess and value all claims of Canadian company's creditors, including the consumers.

**Holding:** The District Court, [Rakoff](#), J., held that Canadian court's order was entitled to recognition and enforcement.

Motion granted.

#### Attorneys and Law Firms

\***333** [Daniel Joseph Guyder](#), Allen & Overy, LLP, New York, NY, for Muscletech Research and Development, Inc.

[Ken Coleman](#), Allen & Overy LLP, New York, NY, [Daniel Joseph Guyder](#), Allen & Overy, LLP, New York, NY, [Barry Edward Newman](#), Spohrer Wilner, Maxwell, \***334** and [Matthews](#), Jacksonville, FL, for Plaintiffs.

[John D. Goldsmith](#), Tampa, FL, [Angela L. Milch](#), Smith Mazure, New York City, NY, for Defendants.

#### OPINION AND ORDER

[RAKOFF](#), District Judge.

Before the substance known as ephedra was banned by the U.S. Food and Drug Administration in 2004, a Canadian-based company named Muscletech Research and Development, Inc. (here referred to, along with its subsidiaries, as “Muscletech”)

marketed products containing ephedra in the United States. Some of the consumers suffered severe injuries, such as [heart attacks](#) and [strokes](#), and eventually more than thirty civil actions for personal injuries and wrongful deaths allegedly caused by ephedra were filed against Muscletech in state and federal courts in the United States. As part of the *In re Ephedra Products Liability Litigation*, the federal cases were subsequently transferred to this Court.

Early in 2006, Muscletech commenced an insolvency proceeding in Ontario Superior Court pursuant to Canada's Companies' Creditors Arrangement Act. The Ontario Court appointed RSM Richter, Inc. as Monitor, and the Monitor, in turn, appeared in this Court as the designated foreign representative of the Ontario Court. Acting pursuant to the recently enacted Chapter 15 of the Bankruptcy Code, [11 U.S.C. §§ 1501 et seq.](#),<sup>1</sup> this Court eventually granted, following several hearings, the Monitor's motion for an order recognizing the Canadian proceeding as a "foreign main proceeding," *i.e.*, "a foreign proceeding pending in the country where the debtor has the center of its main interests." [11 U.S.C. § 1502](#); *see* Order, Mar. 2, 2006. Thereafter, the state cases against Muscletech were transferred to this Court pursuant to [28 U.S.C. § 157\(b\)\(5\)](#) and consolidated with the previously transferred federal cases. *See* Case Management Order No. 25 ¶ 4, May 22, 2006.

Meanwhile, in Canada, the Monitor and other interested parties negotiated a Claims Resolution Procedure (the "Procedure") designed to speedily assess and value all creditor claims, including the claims of the plaintiffs in the Muscletech actions in the United States, who by this time had filed claims and otherwise appeared in the Ontario insolvency proceeding. The Procedure was approved by the Ontario Court, with the consent of the vast majority of claimants, on June 8, 2006 (the "June 8 Order"). On June 16, 2006, the Monitor moved pursuant to [11 U.S.C. §§ 105\(a\)](#) and [1521](#) for an order recognizing and enforcing the June 8 Order within the United States. Four claimants filed papers in opposition. On July 12, 2006, after briefing and oral argument, the Court granted the Monitor's motion, contingent on the Ontario Court's approving certain amendments to the Procedure designed to assure greater clarity and procedural fairness. The Ontario Court approved these amendments on August 1, 2006 (the "August 1 Order"). Accordingly, this Court now grants the Monitor's motion to recognize and enforce in the United States the August 1 Order approving the amended Procedure. The reasons for this ruling are as follows:

[Section 1521\(a\) of the Bankruptcy Code](#) permits this Court, "[u]pon the recognition \*335 of a foreign proceeding," to grant, at the foreign representative's request, "any appropriate relief" "necessary to effectuate the purpose of this chapter and to protect the assets of the debtor or the interests of the creditors." [11 U.S.C. § 1521\(a\)](#). [Section 105\(a\) of the Bankruptcy Code](#) similarly provides, in relevant part, that "[t]he court may issue any order, process, or judgment that is necessary or appropriate to carry out the provisions of this title." *Id.* [§ 105\(a\)](#). In the instant application, the Monitor asks the Court to recognize and enforce a foreign procedure that implements a claims resolution process that easily falls within the purview of [§§ 105\(a\)](#) and [1521\(a\)](#).

[Section 1506 of the Bankruptcy Code](#) provides, however, that "[n]othing in this chapter prevents the court from refusing to take an action governed by this chapter if the action would be manifestly contrary to the public policy of the United States." The June 8 Order and the August 1 Order embodying the amended Procedure provide for mandatory mediation and, if the mediation results in a plan approved by specified majorities of creditors, for the estimation and liquidation of the remaining claims by a Claims Officer appointed by the Ontario Court. *See* Notice of Motion, Jun. 16, 2006, Exh. B (the June 8 Order); Notice of Entry, Aug. 1, 2006, Exh. A (the August 1 Order). Primarily on the basis of [§ 1506](#), the four objectors ask this Court to refuse to recognize and enforce the Procedure, arguing that it is manifestly contrary to the public policy of the United States in that it deprives the objectors of due process and trial by jury.

As to due process, while most of the objectors' objections are frivolous, there were various paragraphs of the June 8 Order that conceivably could have been read as permitting the Claims Officer to refuse to receive evidence and to liquidate claims without granting interested parties an opportunity to be heard. At this Court's initiative, the Monitor proposed amendments to the June 8 Order that entirely cured these problems. The Ontario Court promptly adopted these amendments in its August 1 Order, and it is only as a result that this Court now gives its approval to recognition and enforcement of the Procedure.

As for the objection that enforcement of the Procedure effectively denies the objecting plaintiffs the right to jury trial that they would have retained if their cases went to trial in the United States, it may well be the case, as the Monitor argues, that the

objectors waived this objection when they filed their claims in the Ontario Court and appeared there to argue the same objections they here make.<sup>2</sup> See Reply Mem. of Law of RSM Richter Inc. 7; Tr. 7/6/2006, at 54, 57–58. But the Court does not reach the waiver issue because it finds that, in any event, neither § 1506 nor any other law<sup>3</sup> prevents a United States \*336 court from giving recognition and enforcement to a foreign insolvency procedure for liquidating claims simply because the procedure alone does not include a right to jury.

In adopting Chapter 15, Congress instructed the courts that the exception provided therein for refusing to take actions “manifestly contrary to the public policy of the United States” should be “narrowly interpreted,” as “[t]he word ‘manifestly’ in international usage restricts the public policy exception to the most fundamental policies of the United States.” H.R.Rep. No. 109–31(I), at 109, *as reprinted in* 2005 U.S.C.C.A.N. 88, 172. This is the standard meaning accorded the word “manifestly” in international law when it refers to a nation’s public policy. Indeed, the official Guide to the Enactment of the Model Law on Cross–Border Insolvency (from which Chapter 15 derives) expressly states that

[t]he purpose of the expression “manifestly,” used also in many other international legal texts as a qualifier of the expression “public policy,” is to emphasize that public policy exceptions should be interpreted restrictively and that article 6<sup>4</sup> is only intended to be invoked under exceptional circumstances concerning matters of fundamental importance for the enacting State.

United Nations General Assembly, Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Cross–Border Insolvency, ¶ 89, U.N. Doc A/CN.9/442 (1997). This takes on even added relevance when one recognizes that the House Judiciary Committee, in enacting Chapter 15, specifically indicated that the Guide “should be consulted for guidance as to the meaning and purpose of [Chapter 15’s] provisions.” H.R.Rep. No. 109–31(I), at 106 n. 101, *as reprinted in* 2005 U.S.C.C.A.N. 169 n. 101.

Determining what foreign procedures are “manifestly contrary to the public policy of the United States” is, moreover, familiar territory to federal courts, who have long had to confront similar issues when determining whether or not to enforce foreign judgments rendered on the basis of foreign proceedings that were plainly fair but that did not include some commonplace of American practice. As early as 1895, in the leading case of *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113, 16 S.Ct. 139, 40 L.Ed. 95 (1895), the Supreme Court determined that a foreign judgment should generally be accorded comity if “its proceedings are according to the course of a civilized jurisprudence,” *i.e.*, fair and impartial. *Hilton*, 159 U.S. at 205–06, 16 S.Ct. 139. More recently, in *Ackermann v. Levine*, 788 F.2d 830 (2d Cir.1986), the Second Circuit expressly reaffirmed “[t]he narrowness of the public policy exception to enforcement [of foreign judgments],” adding that, “[a]s Judge Cardozo so lucidly observed: ‘We are not so provincial as to say that every solution of a problem is wrong because we deal with it otherwise at home.’” *Ackermann*, 788 F.2d at 842 (quoting *Loucks v. Standard Oil Co.*, 224 N.Y. 99, 110–11, 120 N.E. 198 (1918) (Cardozo, J.)).

Accordingly, federal courts have enforced against U.S. citizens foreign judgments rendered by foreign courts for whom the very idea of a jury trial is foreign. Only last year, for example, the district court for the Northern District of Ohio granted summary judgment to a plaintiff seeking to enforce against a U.S. company a foreign judgment given by the Supreme Court of the Republic of Korea. \*337 See *Samyang Food Co. v. Pneumatic Scale Corp.*, No. 05 Civ. 636, 2005 WL 2711526 (N.D. Ohio Oct. 21, 2005). Against defendant’s argument that the Korean judgment should not be recognized because South Korea did not afford defendant a jury trial, the district court held that all that was required was a fair and impartial hearing and that, despite the absence of jury trial, the Korean procedure was eminently fair. *Samyang Food*, 2005 WL 2711526, at \*6–\*7. As the district court noted, “[t]he Korean judicial system provides substantially the same substantive and procedural due process protections as those afforded by Ohio,” *viz.*, “notice, the right to ... legal counsel, the right to present evidence and witnesses and to examine evidence offered against them, and a right to appeal to a higher court.” *Samyang Food*, 2005 WL 2711526, at \*6. All these protections are likewise present in the Ontario Court.

Similarly, federal courts, in the Second Circuit and elsewhere, have regularly dismissed U.S. cases in favor of foreign forums despite the objection that the foreign forum provides no trial by jury. See, *e.g.*, *Lockman Found. v. Evangelical Alliance Mission*, 930 F.2d 764, 768 (9th Cir.1991) (finding, in affirming forum non conveniens dismissal, that fact that Japan would not conduct jury trial to resolve dispute “does not render Japanese courts an inadequate forum”); *In re Union Carbide Corp. Gas Plant*



*Disaster at Bhopal*, 809 F.2d 195, 199, 202 (2d Cir.1987) (affirming district court's forum non conveniens dismissal based on finding that Indian courts were adequate forum despite, *inter alia*, absence of juries).

Obviously, the constitutional right to a jury trial is an important component of our legal system, and § 1411 stresses its importance in the context of personal injury cases. But the notion that a fair and impartial verdict cannot be rendered in the absence of a jury trial defies the experience of most of the civilized world. Indeed, England, where the jury concept originated, has long since limited jury trials in civil proceedings to only those cases involving allegations of libel, slander, malicious prosecutions, fraud, and false imprisonment. See Richard L. Marcus, *Putting American Procedural Exceptionalism Into a Globalized Context*, 53 Am. J. Comp. L. 709, 712–13 (2005) (internal quotation omitted). The historic function of the jury to stand as a bulwark against government abuse plainly has limited application in the civil arena, and it is difficult to detect what unfairness a plaintiff suffers from having a civil case decided by a judge rather than a jury. Here, the objectors' primary claim of “prejudice” from the absence of a right to jury trial is simply that it will give them less of a bargaining position in negotiating a settlement of their claims than they would have if a jury—which, unlike the Claims Officer, would have no knowledge of competing claims—were asked to value their claims. See Tr., 7/6/2006, at 37, 40. Deprivation of such bargaining advantage hardly rises to the level of imposing on plaintiffs some fundamental unfairness.

In any event, the Procedure here in issue, as amended, plainly affords claimants a fair and impartial proceeding. Nothing more is required by § 1506 or any other law.

Accordingly, for the foregoing reasons, the Court hereby recognizes and enforces the Claims Resolution Procedure initially promulgated by the Ontario Superior Court on June 8, 2006 and amended and adopted by the Ontario Superior Court on August 1, 2006.

#### All Citations

349 B.R. 333, 56 Collier Bankr.Cas.2d 734

#### Footnotes

- 1 Chapter 15, which took effect in October 2005, was derived from the Model Law on Cross–Border Insolvency drafted by the United Nations Commission on International Trade Law (“UNCITRAL”).
- 2 Although it might also be argued that the objection to the denial of a jury trial is premature because, at this stage, the Claims Officer has not begun the liquidation process, the Court agrees with the objectors that denial of a jury trial impacts their bargaining position at every stage of the implementation of the Procedure.
- 3 The objectors also purport to rely on 11 U.S.C. § 1507, which, however, adds nothing to the arguments made under § 1506. Although none of the objectors relied on, or even cited, 28 U.S.C. § 1411—which provides that, except in the case of involuntary bankruptcies, “this chapter and *title 11* do not affect any right to trial by jury that an individual has under applicable nonbankruptcy law with regard to a personal injury or wrongful death tort claim,” 28 U.S.C. § 1411(a) (emphasis added)—nevertheless, the Court, *sua sponte*, raised § 1411 at the time of oral argument and gave the objectors ample opportunity to address its relevance. See Tr., 7/6/2006, at 9–75.
- 4 “Article 6” refers to Article 6 of the Model Law, from which section 1506 is taken virtually verbatim.



# TAB 9

359 B.R. 54  
United States Bankruptcy Court,  
S.D. New York.

In re ADELPHIA COMMUNICATIONS CORP., et al., Debtors.

No. 02-41729 (REG).

|  
Dec. 11, 2006.

**Synopsis**

**Background:** Bondholders filed motion to “designate” certain creditors and disallow votes that they had filed in favor of proposed Chapter 11 plan.

**Holdings:** The Bankruptcy Court, [Robert E. Gerber, J.](#), held that:

mere fact that creditors, in exchange for voting in favor of proposed plan, may have obtained special consideration in form of releases, exculpation and reimbursement of fees, which other members of same class that voted against plan did not obtain, was not sufficient basis for draconian sanction of disallowing creditors' votes; and

creditors' ownership, in multi-debtor Chapter 11 case, of claims in several debtors did not, by itself, rise to level of “bad faith,” and did not afford sufficient basis on which to disqualify votes filed by these creditors in favor of proposed plan.

Motion denied.

**Attorneys and Law Firms**

\*55 Weil, Gotshal & Manges LLP by [Martin J. Bienenstock, Esq.](#), [Brian S. Rosen, Esq.](#), [Melanie Gray, Esq.](#), [Sylvia Ann Mayer, Esq.](#), New York, NY, for the ACC Bondholders Group.

Stutman, Treister & Glatt by [Isaac M. Pachulski, Esq.](#), [Stephan M. Ray, Esq.](#), Los Angeles, CA, Special Conflicts Counsel for the ACC Bondholders Group.

Fried, Frank, Harris, Shriver & Jacobson LLP by [Bonnie Steingart, Esq.](#), [Gary Kaplan, Esq.](#), New York, NY, for W.R. Huff Asset Management Co., L.L.C.

Pachulski, Stang, Ziehl, Young, Jones & Weintraub P.C. LLP by [Dean A. Ziehl, Esq.](#), New York, NY, by [Richard Pachulski, Esq.](#), [Dean A. Ziehl, Esq.](#), [Jeremy V. Richards, Esq.](#), Los Angeles, CA, for the ACC II Committee.

White & Case LLP by [J. Christopher Shore, Esq.](#), [Gerard Uzzi, Esq.](#), New York, NY, by [Thomas E. Lauria, Esq.](#), [Richard S. Kebrdle, Esq.](#), Miami, FL, for the Ad Hoc Committee of Arahova Noteholders.

Kasowitz, Benson, Torres & Friedman LLP by [David M. Friedman, Esq.](#), [Adam L. Shiff, Esq.](#), New York, NY, for the Official Committee of Unsecured Creditors.

BENCH DECISION<sup>1</sup> ON MOTION TO DESIGNATE VOTES OF CERTAIN CREDITORS IN THE CLASS OF ACC SENIOR NOTES

ROBERT E. GERBER, Bankruptcy Judge.

In this contested matter in the chapter 11 cases of Adelpia Communications Corporation and its subsidiaries (the “Debtors”), I have before me the motion of a \*56 group of holders of ACC Senior Notes (the “ACC Bondholders Group”) to designate<sup>2</sup> the votes in the class of ACC Senior Notes of three creditor groups that voted to support the Plan now before me for confirmation:<sup>3</sup>

(1) the members of a “crossover committee” of holders of both ACC Senior Notes and notes of Arahova Communications Corp., an indirect ACC subsidiary (the “ACC II Committee”);

(2) accounts maintained or managed by W.R. Huff Asset Management Co., some or all of which are likewise holders of notes of each of ACC and Arahova (referred to, for simplicity, simply as “Huff”); and

(3) those members of the Arahova Noteholders Committee who also hold ACC Senior Notes.

The three of them (the “Targeted Creditors”), joined by the Creditors Committee, oppose the motion, arguing, among other things, that even if the underlying factual contentions are true, there is no basis for disqualifying their votes.

The antagonists on both sides of the issue are predominantly or exclusively investors in distressed debt. And in this and now-withdrawn litigation going in the other direction—where similar efforts to designate were aimed at members of the ACC Bondholders Group—many expressed concerns as to the confidentiality of distressed debt trader investments, trading positions, and trading practices. At various times in these cases, I ruled that as a general matter, there is no absolute rule prohibiting discovery of distressed debt investors' debt trading activities, but that I'd limit discovery of these activities to situations where such was sufficiently relevant.<sup>4</sup> Accordingly, I said I'd initiate consideration of the issues presented under this motion by demurrer—*i.e.*, by 12(b)(6) motions—with discovery (and, if necessary, an evidentiary hearing) to follow if such should be necessary.<sup>5</sup>

As described more fully below, motions to designate are within the discretion of the court. Here I conclude that even if all of the factual allegations asserted by the ACC Bondholders Committee were true, I would not disqualify the Targeted Creditors' votes. The ability to vote on a reorganization plan is one of the most sacred entitlements that a creditor has in a chapter 11 case. And in my view, it should not be denied except for highly egregious conduct—principally, seeking to advance \*57 interests apart from recovery under the Plan, or seeking to extract plan treatment that is not available for others in the same class.

While creditor tactics, activities or requests (or plan provisions that result from them) may be objectionable, the Code provides for other ways to address concerns that arise from such (such as upholding objections to confirmation), without the draconian measure of denying one's franchise to vote.<sup>6</sup> And while I assume it to be true that creditors of different debtors in a multi-debtor chapter 11 case have interests contrary to each other (and that the different debtors themselves do as well), that is a fact of life in most, if not all, large chapter 11 cases.<sup>7</sup> If, under section 1126(e) (which now is silent on the matter) or otherwise, creditors who hold claims of multiple debtors are to be denied the right to vote all of their claims, in all of the debtors in which they hold debt—even assuming, once again, that the individual debtors have interests contrary to each other, and that the recoveries of one debtor come at the expense of another—that is a matter for Congress to decide.

Thus the motion is denied. Findings of Fact, Conclusions of Law and bases for the exercise of my discretion in this regard follow.

*Facts*

For the purposes of this demurrer, the relevant facts are undisputed.<sup>8</sup>

*The Plan*

On October 17, 2006, I approved a supplement to the disclosure statement and authorized solicitation of votes on what is now the present Plan. A central feature of the Plan is the settlement of disputes relating to the intercompany relationships among the Debtors. Settling parties include Huff, the ACC II Committee, the Creditors' Committee, the ACC Settling Parties, the Arahova Noteholders Committee and certain other ad hoc committees of unsecured creditors. The Plan includes provisions for releases, exculpation and fee reimbursements for members of ad hoc committees and for individual creditors who signed onto the settlement and agreed to support the Plan, and for the same releases to go to any and all ACC Senior Noteholder creditors that support the Plan.<sup>9</sup> The Targeted Creditors voted all of \*58 their claims, including any ACC claims, in support of the Plan. The ACC Bondholders vehemently oppose the Plan and the underlying settlement and, thus, voted against the Plan.

*Inter-Creditor Dispute*

The principal inter-creditor dispute, and the one most relevant to the motion at hand, is a dispute between holders of ACC Senior Notes and the holders of Arahova Notes. Creditors of ACC Parent and of the Arahova Debtors have asserted positions that in nearly all respects would cause one group to benefit at the expense of the other—though under the settlement, ACC recoveries were augmented from debtors other than the Arahova debtors, to the end that ACC benefited without a corresponding detriment to Arahova. In nearly all respects, an increase in any recovery on the Arahova Notes results in a decrease in recovery on the ACC senior notes, and vice versa.

Earlier in this case, the Arahova Noteholders filed numerous motions and engaged in related acts (together, the “Arahova Motions”) seeking to thwart the judicial determination of interdebtor issues that the Debtors proposed and that I had approved; seeking relief which, if granted, would have been devastating to creditor recoveries in these cases (including, most significantly, a motion seeking the appointment of a chapter 11 trustee for the Arahova debtors, which would have been a breach of the Debtors' DIP financing facility and an event excusing Time–Warner and Comcast from closing on their purchase); and entering into an agreement to put their motions on hold pending the outcome of settlement negotiations. The ACC Bondholder Group asserts, and I take it as true for the purposes of this motion, that these were tactics on the Arahova Bondholders Group's part to improve its recovery. As the ACC Bondholders group appropriately notes,<sup>10</sup> I “sharply criticized” the Arahova Bondholders' tactics, and was “understandably dismayed” by them. In a lengthy decision in January 2006 addressing Arahova Debtors' motions, I stated:

[T]he Court further decides these motions in light of the compelling inference that the motions were filed as part of a scorched earth litigation strategy that would provide the Arahova Debtors with little benefit that they do not already have (trumped, dramatically, by a resulting prejudice to the Arahova Debtors themselves, along with all of the other Debtors), and which would have the effect (and, the Court believes, the purpose) of imperiling the pending Time Warner/Comcast transaction and the Debtors' DIP financing in an effort to extract a greater distribution, sidestepping the Court-approved process for determining the Intercreditor Dispute issues on their respective merits.<sup>11</sup>

I stated at the conclusion:

The bringing of motions like these is not unethical, or sanctionable, but neither should it be encouraged, or rewarded. Motions that would bring on intolerable consequences for an estate should not be used as a tactic to augment a particular constituency's recovery.<sup>12</sup>

*\*59 Huff's Rule 2004 Discovery*

Huff sought and obtained Rule 2004 discovery to investigate the creation and dissemination of a letter sent by certain members of the ACC Noteholders Committee to the Board of Directors of ACC and to the Wall Street Journal on April 17, 2006. Huff sought discovery based on the premise that dissemination of the letter was an attempt to manipulate the market and an improper solicitation under section 1125(b) of the Code. The ACC Bondholders contend (and I must accept as true for the purposes of a demurrer) that this was not, in fact, Huff's true intent, and instead was an effort to improperly pressure ACC Noteholders.<sup>13</sup>

*Plan Agreement*

The ACC Bondholders then contend that only two days after I expressed an adverse reaction to alleged activities on the part of certain ACC Bondholders which were the subject of the now-withdrawn motion directed at them, and "in the midst of Huff's coercive tactics," two other holders of ACC Senior Notes agreed to a term sheet embodying a plan settlement, including a settlement of the interdebtor issues.<sup>14</sup> That term sheet, following further modifications, now serves as the basis for the Plan. "Among other egregious positions," the Plan included "thinly-veiled threats of litigation and continued discovery against ACC Senior Notes" who refused to join in the agreement, hire the counsel for the assenting ACC Bondholders, and vote to accept the proposed Plan, and provided broad release provisions for those who satisfied those conditions.<sup>15</sup>

*Discussion*

*I.*

Under well-settled principles, when considering a motion to dismiss, as made applicable under Fed. R. Bankr.P. 7012(b), a complaint's factual allegations are presumed true, and are construed in favor of the pleader.<sup>16</sup> "[A] complaint should not be dismissed for failure to state a claim unless it appears beyond doubt that the plaintiff can prove no set of facts in support of his claim which would entitle him to relief."<sup>17</sup> As the Supreme Court held in *Scheuer v. Rhodes*:

When a federal court reviews the sufficiency of a complaint, before the reception of any evidence either by affidavit or admissions, its task is necessarily a limited one. The issue is not whether a plaintiff will ultimately prevail but whether the claimant is entitled to offer evidence to support the claims. Indeed it may appear on the face of the pleadings that a recovery is very remote and unlikely but that is not the test.<sup>18</sup>

Dismissal should be granted only when the plaintiff's allegations, taken as true, along with any inferences that flow from them, are insufficient as a matter of law.<sup>19</sup>

\*60 The court is not, however, bound to accept as true legal conclusions or theories.<sup>20</sup> Similarly, mere conclusory allegations without factual support are insufficient to survive a motion to dismiss.<sup>21</sup> Rather, to withstand a motion to dismiss, there must be specific and detailed factual allegations to support the claim.<sup>22</sup> A court "will not accept as true pleading allegations that are contradicted by facts that can be judicially noticed or by other allegations or exhibits attached to or incorporated in the pleading."<sup>23</sup>

*II.*

Section 1126(e) of the Bankruptcy Code provides:

On request of a party in interest, and after notice and a hearing, the court may designate any entity whose acceptance or rejection of such plan was not in good faith, or was not solicited or procured in good faith or in accordance with the provisions of this title.

Section 1126(e) is permissive in nature,<sup>24</sup> and a bankruptcy judge has discretion in designating votes.<sup>25</sup> The issue before me, then, is whether, assuming all of the ACC Bondholders' contentions to be true, I should (or would) disqualify, by "designation," any of the Targeted Creditors' votes.

While 1126(e) does not define "bad faith," the courts have designated votes as having been cast in "bad faith" in the following instances:

- (1) if the claimant is using obstructive tactics and hold-up techniques to extract better treatment for its claim compared to the treatment afforded similarly situated claimholders in the same class; or
- (2) if the holder of the claim casts its vote for the ulterior purpose of securing some advantage to which it would not otherwise be entitled; or
- (3) when the motivation behind its vote is not consistent with a creditor's protection of its own self-interest.<sup>26</sup>

Some courts have held that some type of wrongdoing must be present to evidence bad faith.<sup>27</sup>

\*61 As the ACC Bondholders Group noted in its brief opposing an effort, in the other direction, to designate the votes of some of its members,<sup>28</sup> the burden on a party seeking to have a ballot disallowed is heavy.<sup>29</sup> When others were threatening to target members of the ACC Bondholders Group with a motion to designate in the other direction, I noted the severe implications of vote designation.<sup>30</sup> A right to vote on a plan is a fundamental right of creditors under chapter 11. Designation of a creditor's vote is a drastic remedy,<sup>31</sup> and, as a result, designation of votes is the exception, not the rule.<sup>32</sup> The party seeking to have a ballot disallowed has a heavy burden of proof.<sup>33</sup>

In his decision in *Dune Deck Owners*, in this district, Chief Judge Bernstein canvassed the law in this area, and noted that the "badges" of the requisite bad faith include creditor votes designed to (1) assume control of the debtor; (2) put the debtor out of business or otherwise gain a competitive advantage; (3) destroy the debtor out of pure malice or (4) obtain benefits available under a private agreement with a third party which depends on the debtor's failure to reorganize.<sup>34</sup> A moment earlier, he capsulized the standards that would satisfy the requisite bad faith as (i) where a claim holder attempts to extract or extort a personal advantage not available to other creditors in the class, or (ii) where a creditor acts in furtherance of an ulterior motive, unrelated to its claim or its interests as a creditor.<sup>35</sup>

Notably, a movant must demonstrate more than a mere selfish motive on behalf of a voting party in order for a court to designate that party's vote.<sup>36</sup> "[W]hen the voting process is being used as a device with which to accomplish some ulterior purpose, out of keeping with the purpose of the reorganization process itself, and only incidentally related to the creditor's status *qua* creditor," disqualification is appropriate.<sup>37</sup>

### III.

Though the ACC Bondholder Group's lengthy initial and responsive submissions, perhaps inevitably, articulate its arguments in slightly different ways, they nevertheless have two themes. First they assert that the Targeted Creditors extracted special consideration for themselves—releases, exculpation and fee awards—that was not awarded to other members of their voting

classes who voted against the \*62 settlement (and used such as a coercive “carrot” to induce additional acceptances of the Plan), and, with respect to some of the Targeted Creditors, that they acted beyond the bounds of acceptable behavior in the process that led to the ultimate solicitation of the Plan. Second, they assert that the Targeted Creditors voted their ACC claims for ulterior purpose of benefiting their Arahova claims and the Arahova estate, and/or that holding claims of different debtors, which have conflicting interests as against each other, represents a kind of *per se* ulterior motive.

#### A. Special Consideration

The ACC Bondholders argue that the votes on the ACC claims of the Targeted Creditors should be designated because these creditors obtained special consideration in the form of releases, exculpation and reimbursement of fees expressly conditioned upon their acceptance of the settlement in the Plan, and used such as an enticement to others to support the Plan. Members of the same class who rejected the Plan did not secure those benefits.

These matters may support confirmation objections, but they are not matters of the type that warrant disqualification of the Targeted Creditors' votes. The factors identified above as badges of bad faith do not come even close to being applicable here. The Targeted Creditors did not seek to (1) assume control of the debtor; (2) put the debtor out of business or otherwise gain a competitive advantage; (3) destroy the debtor out of pure malice or (4) obtain benefits available under a private agreement with a third party which depends on the debtor's failure to reorganize. Taking the ACC Bondholders Group's allegations at face value, the Targeted Creditors whose behavior was challenged (*i.e.*, those other than the ACC II Committee) were overly aggressive, and/or stepped over the line, in taking action to benefit their economic interests in securing the confirmation of this Plan, and overreached, in particular, in benefiting themselves and using enticements to others to likewise support the Plan.

But to the extent complaints as to that conduct are justified, they can be addressed in the confirmation process. The disputed plan provisions will need to be examined, as part of the confirmation process, to evaluate their compliance with law, and to ascertain whether they are or are not appropriate benefits for those settle, and for those who choose to vote in favor of a chapter 11 plan. And depending on the particular provision concerned, various measures might have to be taken as part of the confirmation process if the contested plan provisions turn out to be objectionable.<sup>38</sup> But whether or not the disputed provisions pass muster at confirmation, they are in any event all variants of measures to advance one's interests in maximizing recoveries under a reorganization plan, which have consistently been held to be acceptable exercises of creditor power. Proposing them is not the type of conduct that warrants vote designation, especially when it is fully disclosed under the Plan.

Likewise, I do not believe that the conduct alleged on the part of the Arahova Bondholders and Huff, even taking the allegations with respect to that conduct as true, warrants designation. Without question, at least some of it was overly aggressive and overreaching. But it was, once more, an effort to maximize recoveries as a creditor under a prospective plan.

\*63 To be sure, a culture has developed in large chapter 11 cases in which many consider it acceptable, and indeed expected, to use the litigation process as a means to assert or follow through on threats, and to seek various kinds of relief, to secure “leverage” in efforts to increase recoveries. I don't like it. And I particularly don't like it when supposedly critical concerns then somehow turn out to be not so critical, and threatened or filed motions are put on hold or withdrawn pending “negotiation.” But aside from saying, in precatory terms, that I don't like such tactics and that they are a good way to irritate the judge, I don't think that I can or should do anything about them on a motion of this character. In particular, I don't think I should disenfranchise creditors from their statutory voting rights based on my personal views as to the way they should behave. My views as to acceptable behavior in chapter 11 intercreditor disputes may be naïve, or they may be right on the money, but in either event I believe that where, as here, creditors are acting to maximize their recoveries, their overly aggressive conduct in the chapter 11 process is not a basis for disqualifying their votes.

Thus, assuming, as I do, that all of the allegations of the motion are true, they boil down to activities that, while distasteful and heavy handed, are sufficiently within what the law permits, and sufficiently tied to maximize creditor recoveries, that I should not disenfranchise creditors from their statutory rights.



*B. Ulterior motives*

The ACC Bondholders argue that the Court should designate the ACC votes of Targeted Creditors because they own both Arahova and ACC bonds; because by reason of the economics of the interdebtor issues, the Targeted Creditors stand more to gain by enhanced incremental recoveries at Arahova; and because their economic interests are oriented in favor of the Arahova estate. Thus, the ACC Bondholders allege and argue, Targeted Creditor votes in favor of the Plan in the ACC Senior Notes Class were driven by an ulterior motive—a desire to get a maximized recovery in another class, of another Debtor, under the Plan (that of the class of Arahova notes).

As discussed above, courts have found bad faith where the creditor has an “ulterior motive,” such as to procure some collateral or competitive advantage that does not relate to its claim. But the kinds of motives that have so far been held to warrant vote designation have been to assume control of the debtor; to put the debtor out of business or otherwise gain a competitive advantage; to destroy the debtor out of pure malice, or to obtain benefits available under a private agreement with a third party which depends on the debtor's failure to reorganize.<sup>39</sup> None, so far as I'm aware or the parties' briefs have revealed, has been to maximize an economic recovery, or to hedge, by owning bonds of multiple debtors in a single multi-debtor chapter 11 case, or (as I think concerns would be analogous), to hold bonds in different, antagonistic, classes of a particular debtor in a single chapter 11 case.

I assume, both because I have before me a demurrer and because I think the assumption is warranted, that there are inherent conflicts of interest between creditor classes in this case, whether within a single debtor or across multiple debtors, competing, in every practical sense, for maximized shares of the Debtors' limited pot of assets. So the issue, then, is whether \*64 I should find from that an ulterior motive sufficient to warrant the designation of votes of the Targeted Creditors because of their ownership of bonds in each of those classes.<sup>40</sup>

The ACC Bondholders do not cite, and I am not aware of, any case where a parent and a subsidiary debtors were treated as competitors for the purposes of [section 1126\(e\)](#). Inter-company debts and liabilities, which enhance recoveries of some creditors and dilute recoveries of others, are inherent in any multi-debtor bankruptcy. And conflicts between classes of a single debtor, which likewise involve competing claims on the part of those classes to what will usually be a pool of limited assets, will be present in many, if not most, chapter 11 cases as well, and while one can not then speak of “competitor” business entities, many like considerations apply. The statutory trigger for ordering vote designation is an absence of good faith, and I do not believe that holding (or acquiring) claims of different debtors in the same chapter 11 case fairly can be regarded as representing the kind of ulterior motive or “bad faith” that has heretofore been held to warrant vote designation. Thus I must rule that a creditor's ownership of claims in several debtor entities does not, by itself, amount to bad faith under 1126(e), and does not afford a sufficient basis on which to disqualify votes of creditors who have voted to accept the plan.

I come to that conclusion for two other reasons as well. First, as noted, the law has long upheld creditors' efforts to maximize their individual recoveries in their self-interest as creditors under a plan. While this is of course subject to the ulterior interest exception, holding long positions in bonds of various debtors is much more closely akin to ordinary recovery maximization strategies than it is to the efforts of a business competitor to drive the debtor out of business, or to harm it in other ways.<sup>41</sup>

And second, I note, with the assistance of Judge Bernstein's opinion in *Dune Deck Owners*, that Congress once considered a formulation of [section 1126](#) that might support designation here, but that the alternate formulation did not find its way into the Bankruptcy Code.

As Judge Bernstein observed, the original Bankruptcy Code House Bill included a provision, denominated [§ 1126\(e\)](#), that expressly authorized the Court to designate the vote of an “entity that has, *with respect to such class*, a conflict of interest that is of such a nature as would justify exclusion of such entity's claim or interest” from the amounts and number of claims or interests required for acceptance.<sup>42</sup> The present [§ 1126\(e\)](#) was then codified as [§ 1126\(f\)](#). The House drafters expressed an



intention to ensure that a creditor who held conflicting claims in two classes could be excluded from voting in one—though not necessarily \*65 both—of those classes.<sup>43</sup> But the conflict of interest section, which was not included in the Senate bill, did not make it into the Code as enacted. Senator DeConcini expressed the view that Congress deemed the provision unnecessary because in its view, section 105 “constitutes a sufficient power in the court to designate exclusion of a creditor's claim on the basis of a conflict of interest.”<sup>44</sup>

Since the time the Code was enacted, we have come to place great reliance on what statutes actually say (notwithstanding statements in legislative history that might lead to a contrary result), and I think I must find some significance in the fact that at one time, Congress considered a provision that would impose the requirement sought here, and that it did not enact it. In light of that, I'm reluctant to enact it by judicial fiat. And while I fully recognize that Senator DeConcini regarded section 105 as a means to achieve vote designation notwithstanding the absence of statutory language that would explicitly provide for it, recent section 105 jurisprudence has displayed a marked reluctance to use section 105 to achieve results that are not authorized under the Code or substantial caselaw precedent.<sup>45</sup>

In my view, imposing the disqualification rule sought here in the absence of a clearer statutory or caselaw foundation would be too much of a jump. Congress could, if it wished, declare that when creditors hold claims of multiple classes or debtors in multi-class or multi-debtor chapter 11 cases, they must choose the particular class or debtor with which they will wish to be allied. But it did not enact a provision that would have done exactly that. I cannot now establish such requirements in the absence of a legislative direction, especially retroactively, when no court has previously so held, and creditors had no advance notice that such rules would be applied to take away their statutory right to vote. While I fully recognize that the Code gives me the power to designate for “bad faith,” I do not believe that I should apply such an abstract standard in an unprecedented way in a matter of this importance.

### *Conclusion*

The motion of the ACC Bondholders to designate ACC votes of Huff, Arahova Noteholders Committee and ACC II Committee is denied.

### **All Citations**

359 B.R. 54, 47 Bankr.Ct.Dec. 125

### Footnotes

- 1 I use bench decisions to lay out in writing decisions that are too long, or too important, to dictate in open court, but where time does not permit more extensive or polished discussion. Because they often start as scripts for decisions to be dictated in open court, they typically have fewer citations and other footnotes, and have a more conversational tone.
- 2 As discussed below, “designate” is a word of art in bankruptcy parlance, meaning, in essence, “disqualify.”
- 3 Familiarity with the events in this case, and defined terms used in the ongoing related litigation, is assumed.
- 4 I authorized discovery to a certain extent, upon a showing of possibly (but not plainly) improper activities, and said I'd authorize it to a greater extent if one side pressed claims based on those activities and the other side expressed a desire to show that essentially the same activities were engaged in by those on the attacking side.
- 5 While [Fed. R. Bankr.P. 9014](#), governing contested matters, does not by its terms include [Fed. R. Bankr.P. 7012](#) (and hence [Fed.R.Civ.P. 12\(b\)\(6\)](#)) as rules that are automatically applicable in contested matters (in contrast, *e.g.*, to those providing for discovery and summary judgment), [Rule 9014](#) provides that “[t]he court may at any stage in a particular matter direct that one or more of the other rules in Part VII shall apply.” [Fed. R. Bankr.P. 9014\(c\)](#). In the *Adelpia* cases and others, I've found demurrers to be a useful procedural mechanism to decide some kinds of contested matter disputes economically, saving litigation costs for the benefit of creditors and

other stakeholders. There was no objection to this procedure, which was likewise used by the ACC Bondholders Group in its own 12(b)(6) opposition to a like designation motion targeting some of its members.

6 If it is any consolation to the movants here, I'd regard these same principles to be applicable if the now-withdrawn motion in the other direction had been pressed. Several aspects of the discussion that follows have been taken, in some cases nearly verbatim, from the brief filed by the ACC Bondholders Group in response to the attack that had been launched against some of its members.

7 See *In re Adelpia Commc'ns Corp.*, 336 B.R. 610, 617, 644–653 (Bankr.S.D.N.Y.) (Gerber, J.) (the “*Arahova Motions Decision*”) (discussing how prevalent inter-debtor issues are, and how they had been addressed in other cases), *aff'd* 342 B.R. 122 (S.D.N.Y.2006) (Scheidlin, J.)

8 The movants properly observe in their response that the submissions on the demurrers in many cases tried to argue facts, and sought to debate allegations that need to be taken as true on a demurrer. I've disregarded factual arguments of that character, and have taken the basic facts as alleged as true.

9 The Plan may have an ambiguity as to whether a vote in favor of the Plan is enough or whether qualification for release rights is more limited. Particularly if the latter, this is a potential confirmation issue.

The Plan also has provisions at least seemingly awarding legal fees without court approval of the fees under section 503(b), or satisfaction of section 503(b)(3)(D)'s requirements for “substantial contribution,” though they also provide that the parties seeking such fees “shall comply with any procedures required by the Bankruptcy Court in connection with seeking reimbursement” of such fees. See Plan § 6.2(d). The U.S. Trustee (who lacks the ACC Bondholder Group's axe to grind) has objected to this aspect of the Plan, and it too presents an issue on confirmation, or an issue as to whether I must impose supplemental procedures or requirements to comply with the Code.

10 See Designation Motion ¶ 24.

11 *Adelpia*, 336 B.R. at 618–619.

12 *Id.* at 677–678.

13 See Designation Motion ¶ 27 and ¶ 30.

14 See Designation Motion ¶ 31.

15 *Id.*

16 See, e.g., *Luedke v. Delta Air Lines, Inc.*, 159 B.R. 385, 389 (S.D.N.Y.1993) (Patterson, J.), cited in *In re Lois/USA, Inc.*, 264 B.R. 69, 89 (Bankr.S.D.N.Y.2001).

17 *Conley v. Gibson*, 355 U.S. 41, 45–46, 78 S.Ct. 99, 2 L.Ed.2d 80 (1957); accord *Northrop v. Hoffman of Simsbury, Inc.*, 134 F.3d 41, 44 (2d Cir.1997) (quoting *Conley*); *In re Granite Partners, L.P.*, 210 B.R. 508, 514 (Bankr.S.D.N.Y.1997) (Bernstein, J.) (denying motion to dismiss complaint, noting dismissal would be proper only when the plaintiff would not be entitled to any type of relief, even if it prevailed on the merits of its factual allegations).

18 *Scheuer v. Rhodes*, 416 U.S. 232, 236, 94 S.Ct. 1683, 40 L.Ed.2d 90 (1974).

19 See, e.g., *Sykes v. James*, 13 F.3d 515, 519 (2d Cir.1993), cert. denied, 512 U.S. 1240, 114 S.Ct. 2749, 129 L.Ed.2d 867 (1994) (applying the standard discussed above but nevertheless dismissing, where claims for relief were legally insufficient); *In re 80 Nassau Assocs.*, 169 B.R. 832, 841 (Bankr.S.D.N.Y.1994) (Bernstein, J.) (granting motion to dismiss complaint for failure to allege a legally sufficient injury).

20 See *In re Sunbeam Corp.*, 284 B.R. 355, 360 (Bankr.S.D.N.Y.2002) (Gonzalez, J.).

21 See *DeJesus v. Sears, Roebuck & Co.*, 87 F.3d 65, 70 (2d Cir.1996) (citations omitted) (“A complaint which consists of conclusory allegations unsupported by factual assertions fails even the liberal standard of Rule 12(b)(6).”)

22 See *Friedl v. City of New York*, 210 F.3d 79, 85–86 (2d Cir.2000).

23 5A Wright & Miller, Federal Practice and Procedure, § 1363 (2d ed. 1990 & 2002 Supp.)

24 “... the court may designate ...” (emphasis added).

25 See *Century Glove, Inc. v. First American Bank of New York*, 860 F.2d 94, 97 (3rd Cir.1988) (Section 1126(e) “grants the bankruptcy court discretion to sanction any conduct that taints the voting process, whether it violates a specific provision or is in ‘bad faith’”).

26 See *In re Kovalchick*, 175 B.R. 863, 875 (Bankr.E.D.Pa.1994) (citations omitted); see also *Collier*, § 1126.06.

27 See *In re Allegheny Int'l., Inc.*, 118 B.R. 282, 293 (Bankr.W.D.Pa.1990) (Cosetti, C.J.) (holding that the court should designate the votes of only those creditors or interest holders who were engaged in wrongdoing).

28 See ACC Bondholders Group's 12(b)(6) Motion to Dismiss “Motion ... to Designate Votes of [certain ACC Bondholders],” ¶ 9.

29 See *Kovalchick*, 175 B.R. at 875.

30 See Hrg Tr. 75:13–20, Apr. 27, 2006 (“I have, indeed, said that I believe very strongly in creditor democracy, and that I believe that the designation of votes is a serious matter.”).

31 See *In re Peter Thompson Assocs., Inc.*, 155 B.R. 20, 23 (Bankr.D.N.H.1993).

- 32 See *In re Dune Deck Owners Corp.*, 175 B.R. 839, 844 (Bankr.S.D.N.Y.1995) (Bernstein, C.J).
- 33 *Kovalchick*, 175 B.R. at 863.
- 34 See *Dune Deck Owners*, 175 B.R. at 844–845.
- 35 *Id.* at 844.
- 36 See *Figter Ltd. v. Teachers Ins. & Annuity Ass'n of Am.*, 118 F.3d 635, 639 (9th Cir.1997); *In re Pine Hill Collieries Co.*, 46 F.Supp. 669, 671 (E.D.Pa.1942) (“If a selfish motive were sufficient to condemn reorganization policies of interested parties, very few, if any, would pass muster.”); *Dune Deck Owners*, 175 B.R. at 844 (same, quoting *Pine Hill Collieries*).
- 37 *In re Landing Assocs., Ltd.*, 157 B.R. 791, 807 (Bankr.W.D.Tex.1993) (Leif Clark, J).
- 38 Under the Plan, some might simply be inoperative if the Court otherwise ordered; others, if inappropriate, might require Plan provisions to be modified. But these would be confirmation matters, not designation issues.
- 39 See page 61 above.
- 40 A related issue, which I do not need to address given my conclusions, is what, if I found a basis for designation here, I should do with respect to what I believe is many other creditors in the *Adelpia* cases, who hold bonds of several Debtors, or bonds at competing levels of priority (*e.g.*, senior and sub debt), of the same Debtor, albeit in situations where the interdebtor or intercreditor disputes were not as bitter.
- 41 I don't need to decide, and don't now decide, the extent to which like considerations apply if the creditor's economic interest is enhanced by driving down the value of the estate as a whole, or by causing the entire reorganization—as contrasted to a particular plan proposal—to fail.
- 42 See *Dune Deck Owners*, 175 B.R. at 845 n. 13 (emphasis added).
- 43 *Id.*, citing H.R.Rep. No. 595, 95th Cong., 1st Sess. 411 (1977), U.S.Code Cong. & Admin.News 1978, pp. 5963, 6367.
- 44 *Id.*, citing 124 Cong.Rec. S17420 (daily ed. Oct. 6, 1978) (statement of Sen. DeConcini).
- 45 See, *e.g.*, *In re Dairy Mart Convenience Stores, Inc.*, 351 F.3d 86, 92 (2d Cir.2003) (“This Court has long recognized that Section 105(a) limits the bankruptcy court's equitable powers, which must and can only be exercised within the confines of the Bankruptcy Code.... It does not authorize the bankruptcy courts to create substantive rights that are otherwise unavailable under applicable law, or constitute a roving commission to do equity.”) (internal quotations and citations omitted); *In re Aquatic Development Group, Inc.*, 352 F.3d 671, 680 (2d Cir.2003) (Straub, J., concurring) (same).

# TAB 10

**CITATION:** Essar Steel Algoma Inc. (Re), 2016 ONSC 1802  
**COURT FILE NO.:** 15-CV-0011169-00CL  
**DATE:** 20160314

**SUPERIOR COURT OF JUSTICE – ONTARIO  
COMMERCIAL LIST**

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

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF  
ESSAR STEEL ALGOMA INC., ESSAR TECH ALGOMA INC., ALGOMA HOLDINGS  
B.V., ESSAR STEEL ALGOMA (ALBERTA) ULC, CANNELTON IRON ORE  
COMPANY, AND ESSAR STEEL ALGOMA INC. USA

**BEFORE:** Newbould J.

**COUNSEL:** *Ashley Taylor and Kathryn Esaw*, for the Applicants

*Lou Brzezinski and Alexandra Teodorescu*, for the USW Local 2251

*Massimo (Max) Starnino*, for USW and its Local 2724

*Naomi Greckol-Herlich*, for the Essar Algoma retirees

*Clifton P. Prophet and Nicholas Kluge*, for the Monitor

*Bradley Whiffen*, for the Ad Hoc Committee of Essar Algoma Noteholders

*Andrea Lockhart*, for Deutsche Bank

*Evan Cobb*, for the board of directors of Essar Algoma

**HEARD:** March 11, 2016

**ENDORSEMENT**

[1] Essar Algoma applies for the approval of a grievance claims procedure to govern grievances made against Essar Algoma under two collective agreements between Essar Algoma and Local 2251 and Local 2724. Local 2724 is satisfied with the proposed procedure. Local 2251 is not.

[2] On January 14, 2016, an order was made approving a general claims process to solicit and determine claims that exist against the applicants and their directors and officers. During the negotiations leading to this order, counsel to the USW and the Locals requested an independent claims procedure order designed specifically to deal with grievances. The applicants agreed to such an approach on the understanding that the parties would work together to develop a grievance claims procedure order on consent.

[3] As of the commencement of these CCAA proceedings, approximately 2,768 grievances had been filed and remained unresolved. Many of the grievances go back many years. Since the date of the Initial Order and through to February 26, 2016, approximately 374 additional grievances have been filed.

[4] Article 13 of the collective agreement governing Local 2251 establishes a three-step process for the resolution of grievances, and provides in the third step for the final and binding settlement of grievances by arbitration. Most of the pre-filing grievances have gone through the first two steps and what remains is arbitration under the third step. Under ss. 49(1) of the *Labour Relations Act*, a party to a collective agreement may request the Minister of Labour to refer a grievance to a single arbitrator to be appointed by the Minister. Up to February 24, 2016, 68 pre-filing grievances and 148 post-filing grievances were referred to the Minister by Local 2251. Arbitrator Bloch was named by the Minister for all of these grievances. By virtue of the stay contained in the Initial Order, he has adjourned all of the grievances pending the end of the CCAA proceedings.

### **Grievance claims procedure**

[5] The grievance claims procedure streamlines the process by which grievance claims are resolved by placing the vast majority of outstanding grievances on an expedited resolution track which will see all of those claims determined by August 31, 2016. A limited number of grievance claims which are not placed on the expedited track will continue to be heard through the process provided for in the collective agreements and a limited number of grievance claims will continue to be stayed and held in abeyance pending the conclusion of the CCAA proceedings.

[6] Under the grievance claims procedure, a chief arbitrator will be appointed, who will oversee the implementation of the grievance claims procedure, including assigning grievance claims to the grievance arbitrators and overseeing the scheduling of mediation and, if necessary, arbitration of the claims. The Honourable John Murray is named in the procedure as the chief arbitrator. It is intended that all of the grievance arbitrators will be experienced labour arbitrators.

[7] The vast majority of the grievance claims will proceed by way of the expedited process. The procedure contemplates that the Local 2251 and Local 2724 will prepare a list of grievances, to which the applicants shall respond. The chief arbitrator will assign those grievance claims to a grievance arbitrator. Any grievance claim which is not included on the list of grievances shall be deemed to be withdrawn with prejudice by the applicable Local and shall be barred and extinguished.

[8] Once a grievance arbitrator has carriage of a grievance claim, he or she will work with the applicants, the USW, the applicable Local and the Monitor to try to come to a consensual resolution of the claim. Where such resolution attempts are not successful, the grievance arbitrator shall proceed to hear, adjudicate and determine the grievance claim. The result of the arbitration will be final and binding on the parties.

[9] There is no question that the grievance claims procedure will assist the applicants in their restructuring attempts. The applicants are in the midst of a sale and investment solicitation process, the outcome of which will determine whether the applicants survive as a going concern.

Time is of the essence. The DIP financing matures on August 31, 2016, but may be extended to September 30, 2016. The applicants also need to start building up inventory levels in advance of the winter freeze. In order to have the financing necessary to do this and continue operating, the applicants must implement a restructuring plan or close a sale transaction before the end of September, 2016. In order to effect this, some certainty regarding the potential impact of the unresolved grievances would greatly assist matters. A third party considering an offer to purchase would obviously want to understand the impact of the grievances on the business.

[10] The Monitor participated in the negotiation process and is of the view that the grievance claims procedure is a fair and reasonable method of dealing with grievances, will bring certainty to labour relation claims against the applicants and in turn will aid the applicants in their operations and be of benefit to potential bidders under the SISP. The Monitor believes that approval of the grievance claims procedure is important to the applicants' restructuring efforts.

### **Position of Local 2251**

[11] The position of Local 2251 is a legal one. Mr. Brzezinski said that his client has no concerns regarding Mr. Murray being appointed. That is understandable. Mr. Murray before his appointment to the bench was a very senior and able labour lawyer and arbitrator and since his retirement from the bench has continued to be heavily involved in labour matters in Ontario. Mr. Brzezinski said that his clients want to take a legal position to ensure that their rights under the collective agreement are maintained and that their rights under the CCAA are made clear.

[12] Under step three of the collective agreement, which provides for arbitration if the grievance cannot be settled, three arbitrators are named who shall be selected on a rotation basis. In case an arbitrator cannot hear the matter in 60 days, the parties may by mutual agreement extend the 60 day period or agree to another arbitrator not on the list. The language of the collective agreement in the third step contemplates a speedy resolution of grievances, but this has not been achieved.



[13] What has happened in this *CCAA* process is that the applicants have tried to have Local 2251 agree to a grievance claims procedure which essentially would result in the same thing as would happen under the collective agreement. However Local 2251 has refused to agree to it.

[14] One may wonder why Local 2251 would not readily agree to such a procedure. One would think it would be in the interests of a grievor to have his or her claim dealt with as quickly as possible. It would also seem to be in the interests of the grievors to have a procedure to resolve the grievances and thus assist in a positive outcome for the business on which their livelihoods depend.

[15] I will deal with the legal issues raised by Local 2251.

### **Effect of the stay in the Initial Order**

[16] The main argument advanced by Local 2251 is that grievances are not stayed by the Initial Order and that providing for a grievance procedure other than under the collective agreement amounts to an amendment to the collective agreement which is not permitted under section 33 of the *CCAA*. Mr. Brzezinski took the position in argument that the stay under the Initial Order did not constitute an amendment to the collective agreement but that the imposition of the grievance claims procedure would be an impermissible amendment to the grievance procedures contained in the collective agreement.

[17] Section 33 of the *CCAA* provides in part as follows:

33.(1) If proceedings under this Act have been commenced in respect of a debtor company, any collective agreement that the company has entered into as the employer remains in force, and may not be altered except as provided in this section or under the laws of the jurisdiction governing collective bargaining between the company and the bargaining agent.

...

(8) For greater certainty, any collective agreement that the company and the bargaining agent have not agreed to revise remains in force, and the court shall not alter its terms.

[18] In my view, a stay of a grievance procedure under a collective agreement can be ordered under the *CCAA*. Further, the imposition of a claims procedure under the *CCAA* that includes grievance claims is not an amendment to the collective agreement. The claims procedure in the collective agreement has been stayed and a claims procedure process under the *CCAA*, not under the collective agreement, has replaced it during the pendency of the *CCAA* proceeding.

[19] In *Canwest Global Communications Corp. (Re)* (2011), 75 C.B.R. (5th) 156 the claims procedure order in a *CCAA* process was broad enough to cover grievances under the applicable collective agreement and claims for a number of grievances were made and resolved. A few claims were not resolved and the union moved to lift the stay of proceedings to permit the grievances to be dealt with under the applicable collective agreement. Pepall J. (as she then was) dismissed the motion and in doing so stated that there appeared to be no real issue that the grievances are caught by the stay of proceedings. Regarding the utility of the claims process covering grievances, Pepall J. said that generally speaking grievances should be adjudicated in the *CCAA* claims process. She stated:

**33** The claims process is summary in nature for a reason. It reduces delay, streamlines the process, and reduces expense and in so doing promotes the objectives of *CCAA*. Indeed, if grievances were to customarily proceed to arbitration, potential exists to significantly undermine the *CCAA* proceedings. Arbitration of all claims arising from collective agreements would place the already stretched resources of insolvent *CCAA* debtors under significant additional strain and could divert resources away from the restructuring. It is my view that generally speaking, grievances should be adjudicated along with other claims pursuant to the provisions of a claims procedure order within the context of the *CCAA* proceedings.

[20] Regarding section 33 of the *CCAA*, Justice Pepall said that a *CCAA* claims process for grievances was not precluded by section 33. She stated:

**38** Justice Mongeon of the Québec Superior Court had occasion to address the effect of section 33 of the *CCAA* in *White Birch Paper Holding Company*. He stated that the fact that a collective agreement remains in force under a *CCAA* proceeding does not have the effect of "excluding the entire collective labour relations process from the application of the *CCAA*." He went on to write that:

It would be tantamount to paralyzing the employer with respect to reducing its costs by any means at all, and to providing the union with a veto with regard to the restructuring process.

...

**40** I agree with the Monitor's position that if Parliament had intended to carve grievances out of the claims process, it would have done so expressly. To do so, however, would have undermined the purpose of the *CCAA* and in particular, the claims process which is designed to streamline the resolution of the multitude of claims against an insolvent debtor in the most time sensitive and cost efficient manner. It is hard to imagine that it was Parliament's intention that grievances under collective agreements be excluded from the reach of the stay provisions of section 11 of the *CCAA* or the ancillary claims process. In my view, such a result would seriously undermine the objectives of the *Act*.

[21] A stay of grievance claims under a collective agreement has often been imposed under the *CCAA*. Justice Mongeon did so with respect to claims of retirees in *White Birch*, as did Justice Morawetz with respect to claims of former employees in *Nortel Networks Corp., Re* (2009), 55 C.B.R. (5th) 68. Further, providing for all grievances under collective agreements to be dealt with in a *CCAA* claims process was ordered in *Air Canada* by Justice Farley in 2004 (albeit prior to the enactment of section 33 of the *CCAA* in 2009). In *AbitibiBowater Inc., Re* 2010 CarswellQue 2338 Justice Gascon (as he then was) ordered claims of former employees to be dealt with in a *CCAA* claims procedure. In all of these cases the collective agreements contained grievance procedures.

[22] Local 2251 also takes the position that staying grievances from being determined by arbitration under a collective agreement violates the freedom of association right under section 2(d) of the *Charter of Rights and Freedoms*. It relies on passages from *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, which dealt with legislation in Saskatchewan that limited the right of public servants to strike. The Court in that case held that the right to strike is an essential part of a meaningful collective bargaining process and that the test whether the legislative interference with the right to strike in a particular case contravenes section 2(d) of the *Charter* is whether it amounts to a substantial interference with collective bargaining. As the

right to strike for designated public servants under the Saskatchewan legislation was prohibited, it was held that the prohibition was a substantial interference with collective bargaining.

[23] For several reasons I do not think this *Charter* argument can succeed.

[24] Sections 11 and 11.02 of the *CCAA* provide for a stay of any proceeding against the debtor company. What Local 2251 seeks to do is to challenge the constitutionality applicability of those sections in the face of sections 48 and 49 of the *Labour Relations Act*. However it has not given the required notice of a constitutional question to the Attorney General of Canada under section 109 of the *Courts of Justice Act*. Therefore, even if the union were right in its argument, there would be no power in the court to rule the applicability of those sections of the *CCAA* invalid or to grant a remedy.

[25] In any event, in considering the principles discussed in *Saskatchewan*, I do not think those principles render constitutionally invalid a stay of a grievance process in a collective agreement in favour of a grievance process under the *CCAA*. It must be remembered that there is a claims process in place in this *CCAA* proceeding, as there are in all *CCAA* proceedings, and that the claims process proposed in this case provides for the arbitration of grievances by experienced labour arbitrators. This process clearly would meet the requirements of an arbitration process contained in section 48 of the *Labour Relations Act*.

[26] Prior to *Saskatchewan*, the Supreme Court in *Health Services & Support-Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27 established that s. 2(d) prevents the state from substantially interfering with the ability of workers, acting collectively through their union, to exert meaningful influence over their working conditions through a process of collective bargaining. In *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, [2015] 1 S.C.R. 3 it was stated that whatever the nature of the restriction, the ultimate question to be determined is whether the measures disrupt the balance between employees and employer that s. 2(d) seeks to achieve, so as to substantially interfere with meaningful collective bargaining. The issue in *Saskatchewan* therefore was whether removing the right to strike was an

interference that could be said to be a substantial interference with meaningful collective bargaining. It was held that striking, the “powerhouse” of collective bargaining, promotes equality in the bargaining process (para. 55) and was essential to the ability of employees to bargain “on a more equal footing” (para. 56).

[27] The flaw in the argument of the union is that it is the negotiating process and not the results of that process that are constitutionally protected. That was made clear in *Health Services*. In that case, Chief Justice McLachlin and Justice Lebel stated:

**19** At issue in the present appeal is whether the guarantee of freedom of association in s. 2(d) of the *Charter* protects collective bargaining rights. We conclude that s. 2(d) of the *Charter* protects the capacity of members of labour unions to engage, in association, in collective bargaining on fundamental workplace issues. This protection does not cover all aspects of “collective bargaining”, as that term is understood in the statutory labour relations regimes that are in place across the country. Nor does it ensure a particular outcome in a labour dispute, or guarantee access to any particular statutory regime. What is protected is simply the right of employees to associate in a process of collective action to achieve workplace goals. If the government substantially interferes with that right, it violates s. 2(d) of the *Charter: Dunmore*. We note that the present case does not concern the right to strike, which was considered in earlier litigation on the scope of the guarantee of freedom of association.

...

**29** ... However, “collective bargaining” as a procedure has always been distinguishable from its final outcomes (e.g., the results of the bargaining process, which may be reflected in a collective agreement). Professor Bora Laskin (as he then was) aptly described collective bargaining over 60 years ago as follows:

Collective bargaining is the procedure through which the views of the workers are made known, expressed through representatives chosen by them, not through representatives selected or nominated or approved by employers. More than that, it is a procedure through which terms and conditions of employment may be settled by negotiations between an employer and his employees on the basis of a comparative equality of bargaining strength.

(“Collective Bargaining in Canada: In Peace and in War” (1941), 2:3 Food for Thought 8, at p. 8)

[28] The fruits of the bargaining in this case are the particular terms of the grievance procedure. I do not see them as being constitutionally protected under section 2(d) of the *Charter*. In *Canwest Justice* Pepall came to the same conclusion.

[29] Moreover, the issue in this case is whether the grievance arbitration provisions in the collective agreement can be stayed, and whether such a stay amounts to a substantial interference with collective bargaining. I do not think it can be said in this case that the effect of the stay is substantial. The right to a grievance procedure is a given. It is mandated in section 48 of the *Labour Relations Act*. I think it fair to say that the need to bargain for terms of a grievance procedure is a far cry from being the “powerhouse” of collective bargaining such as the right to strike that promotes equality in the bargaining process. The terms of a grievance procedure to be negotiated surely do not have any substantial influence on the bargaining power of the employees. The grievance provisions that are negotiated reflect the bargaining power of both sides to the negotiations.

[30] Local 2251 also takes the position that a stay imposed under the *CCAA* is not absolute but is subject to certain limits and exceptions provided for in the *CCAA*, one of which is that services provided after the date of the Initial Order are to be paid for the purpose of ensuring the continued supply of services during the restructuring effort. Section 11.01 provides that no order made under section 11 or 11.02 has the effect of prohibiting a person from requiring immediate payment for services provided after the order is made or requiring the further advance of money or credit. It is contended that members of Local 2251 continue to provide active services to Essar Algoma and they are entitled to be compensated for their post-filing services in accordance with the package of compensation and benefits provided under their collective agreement. No doubt they are entitled to such compensation but I do not see a grievance procedure as somehow being a form of compensation under section 11.01 of the *CCAA*. Section 11.01 as an exception to the stay powers in sections 11 and 11.02 is to be narrowly construed (see *Nortel Networks Corp.*, *Re* 2009 ONCA 833 at para. 17), and it is not possible to construe it as preventing a claims procedure order being imposed.

[31] Finally, Local 2251 contends that the exclusive jurisdiction over grievance arbitration is given to arbitrators under sections 48 and 49 of the *Labour Relations Act* and that this exclusive jurisdiction applies to insolvency cases under the *CCAA*. Reliance is placed on statements in cases such as *Weber v. Ontario Hydro*, 1995 SCC 108 which have held that it is for labour arbitrators and not the courts to determine grievances under collective agreements.

[32] I do not accept this contention of Local 2251. The cases relied on by it did not deal with any issue between a federal and provincial statute. What the union has raised is an issue that requires a consideration of the constitutional doctrine of paramourncy.

[33] Section 48 mandates a grievance arbitration procedure in collective agreements and provides that a decision is binding on the parties. Section 49 permits a request to the Minister to appoint an arbitrator whose decision will be binding on the parties. Sections 11 and 11.02 of the *CCAA* provide for an order to be made staying proceedings against the debtor company. These provisions permit the staying of grievance claims under a collective agreement. The two statutes are thus in conflict as one cannot comply with the one without violating the other. Thus under the doctrine of paramourncy, the *CCAA* provisions must prevail over sections 48 and 49 of the *Labour Relations Act*. See *407 ETR Concession Co. v. Canada (Superintendent of Bankruptcy)* 2015 SCC 52; 30 C.B.R. (6th) 207 at paras. 24 and 25.

[34] Moreover, even if there is not a direct conflict in the federal and provincial statutes in question, the doctrine of paramourncy will apply where complying with the provincial law will have the effect of frustrating the purpose of the federal law and therefore the intent of Parliament. See *Alberta (Attorney General) v. Moloney*, [2015] 3 S.C.R. 327; 29 C.B.R. (6th) 173 at para. 25; *Nortel Networks Corp., Re* (2009), 59 C.B.R. (5th) 23 at paras 39-39.

[35] In my view, apart from there being a direct conflict between the two statutes in so far as a stay being permitted under the *CCAA*, it would be very detrimental to the attempt at a successful restructuring in this case if the stay of the approximately 3000 grievance claims and a process for their speedy resolution were not granted. The view of the Monitor is compelling in this regard

that that approval of the grievance claims procedure is important to the applicants' restructuring efforts. Thus in my view the doctrine of paramountcy on this ground leads to the paramountcy of sections 11 and 11.02 of the *CCAA* over sections 48 and 49 of the *CCAA*.

### **Conclusion**

[36] The motion by the applicants for the approval of the grievance claims procedure is allowed.

---

Newbould J.

**Date:** March 14, 2016



# TAB 11

**CITATION:** Essar Steel Algoma Inc. (Re), 2016 ONSC 1802  
**COURT FILE NO.:** 15-CV-0011169-00CL  
**DATE:** 20160314

**SUPERIOR COURT OF JUSTICE – ONTARIO  
COMMERCIAL LIST**

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

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF  
ESSAR STEEL ALGOMA INC., ESSAR TECH ALGOMA INC., ALGOMA HOLDINGS  
B.V., ESSAR STEEL ALGOMA (ALBERTA) ULC, CANNELTON IRON ORE  
COMPANY, AND ESSAR STEEL ALGOMA INC. USA

**BEFORE:** Newbould J.

**COUNSEL:** *Ashley Taylor and Kathryn Esaw*, for the Applicants

*Lou Brzezinski and Alexandra Teodorescu*, for the USW Local 2251

*Massimo (Max) Starnino*, for USW and its Local 2724

*Naomi Greckol-Herlich*, for the Essar Algoma retirees

*Clifton P. Prophet and Nicholas Kluge*, for the Monitor

*Bradley Whiffen*, for the Ad Hoc Committee of Essar Algoma Noteholders

*Andrea Lockhart*, for Deutsche Bank

*Evan Cobb*, for the board of directors of Essar Algoma

**HEARD:** March 11, 2016

**ENDORSEMENT**

[1] Essar Algoma applies for the approval of a grievance claims procedure to govern grievances made against Essar Algoma under two collective agreements between Essar Algoma and Local 2251 and Local 2724. Local 2724 is satisfied with the proposed procedure. Local 2251 is not.

[2] On January 14, 2016, an order was made approving a general claims process to solicit and determine claims that exist against the applicants and their directors and officers. During the negotiations leading to this order, counsel to the USW and the Locals requested an independent claims procedure order designed specifically to deal with grievances. The applicants agreed to such an approach on the understanding that the parties would work together to develop a grievance claims procedure order on consent.

[3] As of the commencement of these CCAA proceedings, approximately 2,768 grievances had been filed and remained unresolved. Many of the grievances go back many years. Since the date of the Initial Order and through to February 26, 2016, approximately 374 additional grievances have been filed.

[4] Article 13 of the collective agreement governing Local 2251 establishes a three-step process for the resolution of grievances, and provides in the third step for the final and binding settlement of grievances by arbitration. Most of the pre-filing grievances have gone through the first two steps and what remains is arbitration under the third step. Under ss. 49(1) of the *Labour Relations Act*, a party to a collective agreement may request the Minister of Labour to refer a grievance to a single arbitrator to be appointed by the Minister. Up to February 24, 2016, 68 pre-filing grievances and 148 post-filing grievances were referred to the Minister by Local 2251. Arbitrator Bloch was named by the Minister for all of these grievances. By virtue of the stay contained in the Initial Order, he has adjourned all of the grievances pending the end of the CCAA proceedings.

### **Grievance claims procedure**

[5] The grievance claims procedure streamlines the process by which grievance claims are resolved by placing the vast majority of outstanding grievances on an expedited resolution track which will see all of those claims determined by August 31, 2016. A limited number of grievance claims which are not placed on the expedited track will continue to be heard through the process provided for in the collective agreements and a limited number of grievance claims will continue to be stayed and held in abeyance pending the conclusion of the CCAA proceedings.

[6] Under the grievance claims procedure, a chief arbitrator will be appointed, who will oversee the implementation of the grievance claims procedure, including assigning grievance claims to the grievance arbitrators and overseeing the scheduling of mediation and, if necessary, arbitration of the claims. The Honourable John Murray is named in the procedure as the chief arbitrator. It is intended that all of the grievance arbitrators will be experienced labour arbitrators.

[7] The vast majority of the grievance claims will proceed by way of the expedited process. The procedure contemplates that the Local 2251 and Local 2724 will prepare a list of grievances, to which the applicants shall respond. The chief arbitrator will assign those grievance claims to a grievance arbitrator. Any grievance claim which is not included on the list of grievances shall be deemed to be withdrawn with prejudice by the applicable Local and shall be barred and extinguished.

[8] Once a grievance arbitrator has carriage of a grievance claim, he or she will work with the applicants, the USW, the applicable Local and the Monitor to try to come to a consensual resolution of the claim. Where such resolution attempts are not successful, the grievance arbitrator shall proceed to hear, adjudicate and determine the grievance claim. The result of the arbitration will be final and binding on the parties.

[9] There is no question that the grievance claims procedure will assist the applicants in their restructuring attempts. The applicants are in the midst of a sale and investment solicitation process, the outcome of which will determine whether the applicants survive as a going concern.

Time is of the essence. The DIP financing matures on August 31, 2016, but may be extended to September 30, 2016. The applicants also need to start building up inventory levels in advance of the winter freeze. In order to have the financing necessary to do this and continue operating, the applicants must implement a restructuring plan or close a sale transaction before the end of September, 2016. In order to effect this, some certainty regarding the potential impact of the unresolved grievances would greatly assist matters. A third party considering an offer to purchase would obviously want to understand the impact of the grievances on the business.

[10] The Monitor participated in the negotiation process and is of the view that the grievance claims procedure is a fair and reasonable method of dealing with grievances, will bring certainty to labour relation claims against the applicants and in turn will aid the applicants in their operations and be of benefit to potential bidders under the SISP. The Monitor believes that approval of the grievance claims procedure is important to the applicants' restructuring efforts.

### **Position of Local 2251**

[11] The position of Local 2251 is a legal one. Mr. Brzezinski said that his client has no concerns regarding Mr. Murray being appointed. That is understandable. Mr. Murray before his appointment to the bench was a very senior and able labour lawyer and arbitrator and since his retirement from the bench has continued to be heavily involved in labour matters in Ontario. Mr. Brzezinski said that his clients want to take a legal position to ensure that their rights under the collective agreement are maintained and that their rights under the CCAA are made clear.

[12] Under step three of the collective agreement, which provides for arbitration if the grievance cannot be settled, three arbitrators are named who shall be selected on a rotation basis. In case an arbitrator cannot hear the matter in 60 days, the parties may by mutual agreement extend the 60 day period or agree to another arbitrator not on the list. The language of the collective agreement in the third step contemplates a speedy resolution of grievances, but this has not been achieved.

[13] What has happened in this CCAA process is that the applicants have tried to have Local 2251 agree to a grievance claims procedure which essentially would result in the same thing as would happen under the collective agreement. However Local 2251 has refused to agree to it.

[14] One may wonder why Local 2251 would not readily agree to such a procedure. One would think it would be in the interests of a grievor to have his or her claim dealt with as quickly as possible. It would also seem to be in the interests of the grievors to have a procedure to resolve the grievances and thus assist in a positive outcome for the business on which their livelihoods depend.

[15] I will deal with the legal issues raised by Local 2251.

### **Effect of the stay in the Initial Order**

[16] The main argument advanced by Local 2251 is that grievances are not stayed by the Initial Order and that providing for a grievance procedure other than under the collective agreement amounts to an amendment to the collective agreement which is not permitted under section 33 of the CCAA. Mr. Brzezinski took the position in argument that the stay under the Initial Order did not constitute an amendment to the collective agreement but that the imposition of the grievance claims procedure would be an impermissible amendment to the grievance procedures contained in the collective agreement.

[17] Section 33 of the CCAA provides in part as follows:

33.(1) If proceedings under this Act have been commenced in respect of a debtor company, any collective agreement that the company has entered into as the employer remains in force, and may not be altered except as provided in this section or under the laws of the jurisdiction governing collective bargaining between the company and the bargaining agent.

...

(8) For greater certainty, any collective agreement that the company and the bargaining agent have not agreed to revise remains in force, and the court shall not alter its terms.

[18] In my view, a stay of a grievance procedure under a collective agreement can be ordered under the *CCAA*. Further, the imposition of a claims procedure under the *CCAA* that includes grievance claims is not an amendment to the collective agreement. The claims procedure in the collective agreement has been stayed and a claims procedure process under the *CCAA*, not under the collective agreement, has replaced it during the pendency of the *CCAA* proceeding.

[19] In *Canwest Global Communications Corp. (Re)* (2011), 75 C.B.R. (5th) 156 the claims procedure order in a *CCAA* process was broad enough to cover grievances under the applicable collective agreement and claims for a number of grievances were made and resolved. A few claims were not resolved and the union moved to lift the stay of proceedings to permit the grievances to be dealt with under the applicable collective agreement. Pepall J. (as she then was) dismissed the motion and in doing so stated that there appeared to be no real issue that the grievances are caught by the stay of proceedings. Regarding the utility of the claims process covering grievances, Pepall J. said that generally speaking grievances should be adjudicated in the *CCAA* claims process. She stated:

**33** The claims process is summary in nature for a reason. It reduces delay, streamlines the process, and reduces expense and in so doing promotes the objectives of *CCAA*. Indeed, if grievances were to customarily proceed to arbitration, potential exists to significantly undermine the *CCAA* proceedings. Arbitration of all claims arising from collective agreements would place the already stretched resources of insolvent *CCAA* debtors under significant additional strain and could divert resources away from the restructuring. It is my view that generally speaking, grievances should be adjudicated along with other claims pursuant to the provisions of a claims procedure order within the context of the *CCAA* proceedings.

[20] Regarding section 33 of the *CCAA*, Justice Pepall said that a *CCAA* claims process for grievances was not precluded by section 33. She stated:

**38** Justice Mongeon of the Québec Superior Court had occasion to address the effect of section 33 of the *CCAA* in *White Birch Paper Holding Company*. He stated that the fact that a collective agreement remains in force under a *CCAA* proceeding does not have the effect of "excluding the entire collective labour relations process from the application of the *CCAA*." He went on to write that:

It would be tantamount to paralyzing the employer with respect to reducing its costs by any means at all, and to providing the union with a veto with regard to the restructuring process.

...

**40** I agree with the Monitor's position that if Parliament had intended to carve grievances out of the claims process, it would have done so expressly. To do so, however, would have undermined the purpose of the *CCAA* and in particular, the claims process which is designed to streamline the resolution of the multitude of claims against an insolvent debtor in the most time sensitive and cost efficient manner. It is hard to imagine that it was Parliament's intention that grievances under collective agreements be excluded from the reach of the stay provisions of section 11 of the *CCAA* or the ancillary claims process. In my view, such a result would seriously undermine the objectives of the *Act*.

[21] A stay of grievance claims under a collective agreement has often been imposed under the *CCAA*. Justice Mongeon did so with respect to claims of retirees in *White Birch*, as did Justice Morawetz with respect to claims of former employees in *Nortel Networks Corp., Re* (2009), 55 C.B.R. (5th) 68. Further, providing for all grievances under collective agreements to be dealt with in a *CCAA* claims process was ordered in *Air Canada* by Justice Farley in 2004 (albeit prior to the enactment of section 33 of the *CCAA* in 2009). In *AbitibiBowater Inc., Re* 2010 CarswellQue 2338 Justice Gascon (as he then was) ordered claims of former employees to be dealt with in a *CCAA* claims procedure. In all of these cases the collective agreements contained grievance procedures.

[22] Local 2251 also takes the position that staying grievances from being determined by arbitration under a collective agreement violates the freedom of association right under section 2(d) of the *Charter of Rights and Freedoms*. It relies on passages from *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, which dealt with legislation in Saskatchewan that limited the right of public servants to strike. The Court in that case held that the right to strike is an essential part of a meaningful collective bargaining process and that the test whether the legislative interference with the right to strike in a particular case contravenes section 2(d) of the *Charter* is whether it amounts to a substantial interference with collective bargaining. As the



right to strike for designated public servants under the Saskatchewan legislation was prohibited, it was held that the prohibition was a substantial interference with collective bargaining.

[23] For several reasons I do not think this *Charter* argument can succeed.

[24] Sections 11 and 11.02 of the *CCAA* provide for a stay of any proceeding against the debtor company. What Local 2251 seeks to do is to challenge the constitutionality applicability of those sections in the face of sections 48 and 49 of the *Labour Relations Act*. However it has not given the required notice of a constitutional question to the Attorney General of Canada under section 109 of the *Courts of Justice Act*. Therefore, even if the union were right in its argument, there would be no power in the court to rule the applicability of those sections of the *CCAA* invalid or to grant a remedy.

[25] In any event, in considering the principles discussed in *Saskatchewan*, I do not think those principles render constitutionally invalid a stay of a grievance process in a collective agreement in favour of a grievance process under the *CCAA*. It must be remembered that there is a claims process in place in this *CCAA* proceeding, as there are in all *CCAA* proceedings, and that the claims process proposed in this case provides for the arbitration of grievances by experienced labour arbitrators. This process clearly would meet the requirements of an arbitration process contained in section 48 of the *Labour Relations Act*.

[26] Prior to *Saskatchewan*, the Supreme Court in *Health Services & Support-Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27 established that s. 2(d) prevents the state from substantially interfering with the ability of workers, acting collectively through their union, to exert meaningful influence over their working conditions through a process of collective bargaining. In *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, [2015] 1 S.C.R. 3 it was stated that whatever the nature of the restriction, the ultimate question to be determined is whether the measures disrupt the balance between employees and employer that s. 2(d) seeks to achieve, so as to substantially interfere with meaningful collective bargaining. The issue in *Saskatchewan* therefore was whether removing the right to strike was an

interference that could be said to be a substantial interference with meaningful collective bargaining. It was held that striking, the “powerhouse” of collective bargaining, promotes equality in the bargaining process (para. 55) and was essential to the ability of employees to bargain “on a more equal footing” (para. 56).

[27] The flaw in the argument of the union is that it is the negotiating process and not the results of that process that are constitutionally protected. That was made clear in *Health Services*. In that case, Chief Justice McLachlin and Justice Lebel stated:

**19** At issue in the present appeal is whether the guarantee of freedom of association in s. 2(d) of the *Charter* protects collective bargaining rights. We conclude that s. 2(d) of the *Charter* protects the capacity of members of labour unions to engage, in association, in collective bargaining on fundamental workplace issues. This protection does not cover all aspects of “collective bargaining”, as that term is understood in the statutory labour relations regimes that are in place across the country. Nor does it ensure a particular outcome in a labour dispute, or guarantee access to any particular statutory regime. What is protected is simply the right of employees to associate in a process of collective action to achieve workplace goals. If the government substantially interferes with that right, it violates s. 2(d) of the *Charter: Dunmore*. We note that the present case does not concern the right to strike, which was considered in earlier litigation on the scope of the guarantee of freedom of association.

...

**29** ... However, “collective bargaining” as a procedure has always been distinguishable from its final outcomes (e.g., the results of the bargaining process, which may be reflected in a collective agreement). Professor Bora Laskin (as he then was) aptly described collective bargaining over 60 years ago as follows:

Collective bargaining is the procedure through which the views of the workers are made known, expressed through representatives chosen by them, not through representatives selected or nominated or approved by employers. More than that, it is a procedure through which terms and conditions of employment may be settled by negotiations between an employer and his employees on the basis of a comparative equality of bargaining strength.

(“Collective Bargaining in Canada: In Peace and in War” (1941), 2:3 Food for Thought 8, at p. 8)

[28] The fruits of the bargaining in this case are the particular terms of the grievance procedure. I do not see them as being constitutionally protected under section 2(d) of the *Charter*. In *Canwest Justice* Pepall came to the same conclusion.

[29] Moreover, the issue in this case is whether the grievance arbitration provisions in the collective agreement can be stayed, and whether such a stay amounts to a substantial interference with collective bargaining. I do not think it can be said in this case that the effect of the stay is substantial. The right to a grievance procedure is a given. It is mandated in section 48 of the *Labour Relations Act*. I think it fair to say that the need to bargain for terms of a grievance procedure is a far cry from being the “powerhouse” of collective bargaining such as the right to strike that promotes equality in the bargaining process. The terms of a grievance procedure to be negotiated surely do not have any substantial influence on the bargaining power of the employees. The grievance provisions that are negotiated reflect the bargaining power of both sides to the negotiations.

[30] Local 2251 also takes the position that a stay imposed under the *CCAA* is not absolute but is subject to certain limits and exceptions provided for in the *CCAA*, one of which is that services provided after the date of the Initial Order are to be paid for the purpose of ensuring the continued supply of services during the restructuring effort. Section 11.01 provides that no order made under section 11 or 11.02 has the effect of prohibiting a person from requiring immediate payment for services provided after the order is made or requiring the further advance of money or credit. It is contended that members of Local 2251 continue to provide active services to Essar Algoma and they are entitled to be compensated for their post-filing services in accordance with the package of compensation and benefits provided under their collective agreement. No doubt they are entitled to such compensation but I do not see a grievance procedure as somehow being a form of compensation under section 11.01 of the *CCAA*. Section 11.01 as an exception to the stay powers in sections 11 and 11.02 is to be narrowly construed (see *Nortel Networks Corp.*, *Re* 2009 ONCA 833 at para. 17), and it is not possible to construe it as preventing a claims procedure order being imposed.

[31] Finally, Local 2251 contends that the exclusive jurisdiction over grievance arbitration is given to arbitrators under sections 48 and 49 of the *Labour Relations Act* and that this exclusive jurisdiction applies to insolvency cases under the *CCAA*. Reliance is placed on statements in cases such as *Weber v. Ontario Hydro*, 1995 SCC 108 which have held that it is for labour arbitrators and not the courts to determine grievances under collective agreements.

[32] I do not accept this contention of Local 2251. The cases relied on by it did not deal with any issue between a federal and provincial statute. What the union has raised is an issue that requires a consideration of the constitutional doctrine of paramourncy.

[33] Section 48 mandates a grievance arbitration procedure in collective agreements and provides that a decision is binding on the parties. Section 49 permits a request to the Minister to appoint an arbitrator whose decision will be binding on the parties. Sections 11 and 11.02 of the *CCAA* provide for an order to be made staying proceedings against the debtor company. These provisions permit the staying of grievance claims under a collective agreement. The two statutes are thus in conflict as one cannot comply with the one without violating the other. Thus under the doctrine of paramourncy, the *CCAA* provisions must prevail over sections 48 and 49 of the *Labour Relations Act*. See *407 ETR Concession Co. v. Canada (Superintendent of Bankruptcy)* 2015 SCC 52; 30 C.B.R. (6th) 207 at paras. 24 and 25.

[34] Moreover, even if there is not a direct conflict in the federal and provincial statutes in question, the doctrine of paramourncy will apply where complying with the provincial law will have the effect of frustrating the purpose of the federal law and therefore the intent of Parliament. See *Alberta (Attorney General) v. Moloney*, [2015] 3 S.C.R. 327; 29 C.B.R. (6th) 173 at para. 25; *Nortel Networks Corp., Re* (2009), 59 C.B.R. (5th) 23 at paras 39-39.

[35] In my view, apart from there being a direct conflict between the two statutes in so far as a stay being permitted under the *CCAA*, it would be very detrimental to the attempt at a successful restructuring in this case if the stay of the approximately 3000 grievance claims and a process for their speedy resolution were not granted. The view of the Monitor is compelling in this regard

that that approval of the grievance claims procedure is important to the applicants' restructuring efforts. Thus in my view the doctrine of paramountcy on this ground leads to the paramountcy of sections 11 and 11.02 of the *CCAA* over sections 48 and 49 of the *CCAA*.

### **Conclusion**

[36] The motion by the applicants for the approval of the grievance claims procedure is allowed.

---

Newbould J.

**Date:** March 14, 2016



COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

CITATION: Essar Steel Algoma Inc. (Re), 2016 ONCA 274

DATE: 20160415

DOCKET: M46326 (M46297)

Gillese J.A. (In Chambers)

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 ESSAR STEEL ALGOMA INC.,  
ESSAR TECH ALGOMA INC., ESSAR STEEL ALGOMA  
(ALBERTA) ULC, CANNELTON IRON ORE COMPANY  
AND ESSAR STEEL ALGOMA INC. USA

Applicants

Lou Brzezinski and Alexandra Teodorescu, for the moving party United  
Steelworkers Union Local 2251

Ashley John Taylor and Lee Nicholson, for the Applicants

David Rosenblat, for Deutsche Bank, the DIP Lenders and the Term Lenders

Clifton P. Prophet, for the Monitor, Ernst & Young Inc.

Massimo Starnino and Debra McKenna, for the United Steelworkers Union Local  
2724

Heard: April 13, 2016

**Gillese J.A.:**

[1] This is a motion brought by Local 2251 of the United Steelworkers Union for the stay of an order made in a CCAA proceeding.

[2] Local 2251 is the exclusive bargaining agent for the hourly employees of Essar Steel Algoma Inc. (“Algoma”) in Sault Ste. Marie. It moves to stay the order of Newbould J. (the “CCAA judge”) dated March 14, 2016 (the “Order”), pending the disposition of its motion for leave to appeal that Order. The Order establishes a summary process with condensed timelines for the resolution of grievance related claims.

[3] In Local 2251’s amended Notice of Motion for Leave to Appeal, dated March 29, 2016, it contends that leave should be granted because its proposed appeal raises points of significance to the practice, including whether the suspension of grievances under the CCAA constitutes an alteration of the collective agreement, contrary to s. 33 of the CCAA.

[4] For the reasons that follow, the motion for a stay is dismissed.

## **BACKGROUND IN BRIEF**

### ***The CCAA Proceeding***

[5] Algoma and certain related companies (the “Applicants”) came under the protection of the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, as amended (“CCAA”) by court order made in November of 2015 (the “Initial Order”).



[6] The Applicants are currently in the middle of a sale and investment solicitation process (“SISP”) which was approved by an order dated February 10, 2016. The SISP is expected to be completed by August 31, 2016, which coincides with the expiry of the Applicants’ debtor-in-possession financing (“DIP financing”).

[7] The majority of the Applicants’ employees are represented by Locals 2251 and 2724 of the United Steel, Paper and Forestry, Rubber, Manufacturing, Energy, Allied Industrial and Services Workers International Union (“USW”).

[8] Local 2251 is the exclusive bargaining agent for all hourly employees of Algoma in Sault Ste. Marie. It represents approximately 2235 members.

[9] The relationship between Algoma and Local 2251 is governed by a collective agreement, dated August 1, 2013 (the “Collective Agreement”). Article 13 of the Collective Agreement establishes a three-step process for the resolution of grievances and provides for the final and binding settlement of grievances by arbitration in the third step. Most of the pre-filing grievances have gone through the first two steps and what remains is arbitration under the third step.

[10] Currently, there are approximately 3,000 unresolved grievances of employees represented by Local 2251. The grievances date back as far as 2005.

[11] Local 2724 is the exclusive bargaining agent for all of Algoma's salaried employees.

[12] By order dated January 14, 2016, a general claims process was approved to determine claims against the Applicants and their directors and officers (the "Claims Procedure Order"). However, the USW and the Locals requested that an independent claims procedure be designed specifically to deal with grievances. The Applicants agreed to such an approach on the understanding that the parties would work together to develop a grievance claims procedure.

[13] Algoma, the USW and Local 2724 negotiated such a procedure. Local 2251 did not participate because it viewed such a procedure as an amendment or alteration of the collective agreement, contrary to s. 33 of the CCAA.

***The Order***

[14] The motion to obtain court approval of the grievance claims procedure was heard on March 11, 2016. The motion was granted and the Order made on March 14, 2016.

[15] The Order provides for a streamlined grievance claim procedure. The goal is to have such claims determined by August 31, 2016, which coincides with the conclusion of the SISP and expiry of DIP financing.

[16] The Order requires Local 2251 to prepare a list of grievances by April 11, 2016, to which the Applicants must respond by May 2, 2016. The list is to include

the identity of the employee, a 250-word summary of the grievance, and the relief or remedy sought. All claims not included on the list are deemed withdrawn with prejudice, and are forever barred and extinguished.

[17] The Order appointed the Honourable John Murray, as Chief Arbitrator, to oversee the implementation of the procedure. Chief Arbitrator Murray has the power to assign grievance claims to qualified labour arbitrators to assist the parties in resolving the claims. Once a grievance arbitrator has carriage of a grievance claim, he or she must attempt to come up with a consensual resolution but, if unsuccessful, the arbitrator will hear, adjudicate and determine the grievance claim. Except for a limited number of identified grievances, the result will be final but have no precedential binding effect.

***Steps Taken since the Order Issued***

[18] Acting pursuant to the Order, Chief Arbitrator Murray named Michael Mitchell as Deputy Chief Arbitrator. The two men have already travelled to Sault Ste. Marie for both joint and separate meetings with representatives of Algoma, Local 2251 and Local 2724.

[19] At the direction of Chief Arbitrator Murray, after the meetings, Algoma delivered to Local 2251 a summary of its information on the number of grievances associated with each article in the collective agreement.

[20] Based on the spreadsheet of grievances provided by Algoma, Chief Arbitrator Murray noted that many grievances appear to raise common issues, the resolution of which could clear the path to speedy resolution of the underlying grievances.

[21] The parties subsequently met with the Deputy Chief Arbitrator to discuss progress in identifying those common grievances that could potentially be resolved together. After one day with the Deputy Chief Arbitrator, Local 2251 requested an adjournment of the meeting. There is some dispute about what next occurred. On one version, Local 2251 agreed to the continuation of the meeting without it being present. On the other version, Deputy Chief Arbitrator refused to adjourn the meeting, Local 2251 walked out of the meeting and refused to re-attend. There is no question, however, that the meeting continued without Local 2251's participation.

[22] In a report delivered to the parties on April 4, 2016, Deputy Chief Arbitrator Mitchell reiterated that the Chief Arbitrator and Deputy Chief Arbitrator have directed a modified approach to the grievance claims procedure that is less onerous than that which is provided for in the Order. Among other things, the modified approach does not require Local 2251 to provide a 250-word summary of each grievance in the list that it is to prepare.

[23] A number of executive members of Local 2251 are working full-time to complete the list but, consequently, are unable to perform other day-to-day tasks critical to the operation of the union.

[24] Algoma has agreed to allow Local 2251 to pull four workers from the shop floor to assist in drafting the list.

[25] As of April 6, 2016, 36 of 48 grievances filed by Local 2724 and its members have been consensually resolved under the grievance claims procedure provided for in the Order. It is expected that the remaining grievances will be resolved well before August 31, 2016.

***The Notice of Motion for Leave to Appeal***

[26] On March 29, 2016, Local 2251 served its notice of motion for leave to appeal the Order. An amended notice was filed on April 1, 2016.

**THE TEST FOR GRANTING A STAY**

[27] To obtain a stay, it is trite law that the moving party must demonstrate that:

1. there is a serious question to be determined on the appeal, should leave be granted;
2. it will suffer irreparable harm if the stay is not granted; and
3. the balance of convenience favours granting the stay.

See *RJR MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311.

[28] In applying this test, the overall focus must be on whether a stay is “in the interests of justice”: *Circuit World Corp. v. Lesperance* (1997), 33 O.R. (3d) 674 (C.A.), at p. 677.

### 1. Serious Question

[29] The threshold to satisfy the first limb of the test is generally low, in that the court is required to make a preliminary assessment of the merits to determine that the appeal is neither frivolous nor vexatious: *RJR MacDonald*, at pp. 337-338.

[30] However, where – as in the present case – leave to appeal is required, the moving party must demonstrate that there is at least a “reasonable prospect” that leave will be granted: *Vandenberg v. Desjardine*, 2016 ONSC 1968, at para. 14.

[31] Moreover, leave to appeal is to be granted only sparingly in CCAA proceedings and only where there are serious and arguable grounds: *Return on Innovation Capital Ltd. v. Gandi Innovations Limited*, 2012 ONCA 10, 90 C.B.R. (5th) 141, at para. 6. At para. 6 of *Innovation Capital*, this court states that in determining whether the grounds of the proposed appeal are sufficient and arguable, it considers whether:

1. the point on the proposed appeal is of significance to the practice;
2. the point is of significance to the action;
3. the appeal is *prima facie* meritorious or frivolous; and

4. the appeal would unduly hinder the progress of the action.

[32] This stringent test for granting leave to appeal in CCAA proceedings is a result of the real time dynamic of CCAA matters and Parliament's clear intention to restrict appeal rights, having due regard to the nature and object of CCAA proceedings: *Newfoundland and Labrador v. AbitibiBowater Inc.*, 2010 QCCA 965, 68 C.B.R. (5th) 57, at para. 26, aff'd 2012 SCC 67.

[33] In my view, Local 2251 has not met its burden on this first part of the *RJR MacDonald* test. It appears unlikely that leave will be granted. The grounds set out in the amended Notice of Motion raise well-settled points of law. The federal paramountcy of CCAA proceedings has been the subject-matter of much appellate jurisprudence, including that of the Supreme Court of Canada. And, it is well-settled that grievances are caught by the stay made in CCAA proceedings, and that the CCAA judge has the power to establish a procedure for resolving matters which parties had previously agreed to have resolved by arbitration, including arbitrations pursuant to the terms of a collective agreement: *Canwest Global Communications Corp.*, 2011 ONSC 2215, 75 C.B.R. (5th) 156, at paras. 28-29.

[34] Furthermore, it appears clear that an appeal would unduly hinder progress in this CCAA proceeding. On the findings of the CCAA judge, there is "no question" that the grievance claims procedure will assist the Applicants in their

restructuring attempts, that “some certainty” regarding the potential impact of the unresolved grievances “would greatly assist matters”, and that a third party considering an offer to purchase would “obviously” want to understand the impact of the grievances on the business (para. 9). A stay at this point would delay the resolution of the grievances. So, too, would granting leave to appeal.

## **2. Irreparable Harm**

[35] Local 2251 submits that it will suffer irreparable harm unless a stay is granted, primarily because:

- a. it does not have the human resources or capability to process and summarise the outstanding grievances by the deadline, with the result that the unprocessed grievances will be barred and extinguished;
- b. the grievances cannot be addressed properly under the procedures provided for in the Order, given the compressed time period in which the grievances will be determined;
- c. it cannot carry out its duty of fair representation because of the constraints imposed by the Order; and
- d. it cannot fully or properly be involved in the SISP process because the Order requires that Local 2251 put its full efforts into the grievance process.



[36] Much of Local 2251's assertion of irreparable harm rests on the workload created by the Order, its tight timelines and Local 2251's resulting inability to fulfill its other obligations, including involvement in the SISP process.

[37] I find it difficult to accept this assertion because it appears that there were (and are) avenues available to Local 2251 to ameliorate the workload and strict deadlines which Local 2251 has failed to pursue. I offer three examples of this.

[38] First, before making the Order, the CCAA judge pressed Local 2251 to identify its concerns with the procedure. While Local 2251 mentioned a concern about the deadlines imposed under the grievance list procedure, it does not appear that this matter was pursued in any detail before the CCAA judge nor has Local 2251 moved before that judge to amend or vary the Order to extend the deadlines.

[39] Second, it appears that the Applicants have been working in good faith to assist Local 2251 in preparing the list by the deadline. It has released four Local 2251 members from their duties at Algoma to work full time on the grievance claims procedure. It has provided Local 2251 with a summary detailing the number of grievances associated with each article in the collective agreement. It has provided Local 2251 with a list of outstanding grievances and the description of each grievance that was provided by Local 2251 when the grievance was filed. And, it offered to consent to the deadline being extended to April 20, 2016.

[40] Third, the Chief Arbitrator and Deputy Chief Arbitrator appear to be very cognizant of the difficult challenges the Order poses for Local 2251 and are willing to assist in the resolution of those challenges. Earlier in these reasons I give examples of assistance that the Chief Arbitrator and the Deputy Chief Arbitrator have already provided.

[41] However, it appears that Local 2251 has not fully explored that route of assistance. A recent example of this can be seen in Exhibit “C” to the affidavit of Alexandra Teodorescu sworn April 12, 2016. Exhibit “C” is an email sent by Chief Arbitrator Murray in which he says that he will treat an agreement by the parties to extend the April 11 deadline to April 15 (made in the context of an earlier adjournment of this motion), as a “joint request by the parties”. Chief Arbitrator Murray goes on to ask that, in future, such matters as extensions be the subject of a discussion with him in advance. He gives concrete reasons for this request, noting that the parties need to work diligently together and in good faith to achieve the important goals of the grievance claims procedure.

[42] From this and the assistance already provided by the Chief Arbitrator, there is a demonstrated willingness on his part to work collaboratively to resolve the inevitable strains and workload problems that arise in a situation such as this.

[43] I find it also difficult to accept the submission that irreparable harm will ensue if individual grievances are forever barred as a result of the grievance failing to be on the list.

[44] In this regard, I note two things. First, the alleged harm appears speculative. Local 2251 has lists. Algoma has lists. Steps have been taken to publish the list, which employees are urged to review to ensure that their grievances are listed. Second, if leave to appeal is granted and the appeal is allowed, anything that was done pursuant to the terms of the Order, including the possible barring of grievances, will be overturned.

[45] Thus, I find it difficult to accept that irreparable harm will flow if the stay is not granted. Having said that, I wish to be clear. I fully accept that the Order has placed an onerous task on Local 2251, including the executive members who are working extremely hard to meet the deadlines. There is no question that the workload and resulting stress and strain is real and creates problems for the full and proper discharge of all of the union obligations. That said, I do not see such problems as amounting to irreparable harm, within the legal meaning of those words.

#### 4. Balance of Convenience

[46] In considering the third part of the test, the court must determine which of the two parties will suffer the greater harm from granting or refusing the stay: *RJR MacDonald*, at p. 342.

[47] Local 2251 says that there is no evidence that the continued existence of the grievances has had, or will have, any impact on the SISP or that any bidder or person involved in the sales process has indicated that the grievances of Local 2251 have impeded or affected any potential bid. In the face of the irreparable harm it says that it will suffer if the stay is not granted, its position is that the balance of convenience weighs in favour of granting the stay.

[48] The Applicants submit that the CCAA judge was in the best position to consider and balance the interests of the various stakeholders with respect to the Order and his determination should not be disturbed.

[49] I accept the Applicants' submission on this matter.

[50] The CCAA judge found that the Order would assist the Applicants in their restructuring attempts and that, in order to achieve a going concern solution, some certainty regarding the potential impact of the unresolved grievances would greatly assist (para. 9). He further found that it would be very detrimental to the attempted restructuring if the stay of the grievance claims and a process for their speedy resolution were not ordered (para. 35).

[51] Based on the findings of the CCAA judge, I am of the view that granting the stay motion would lead to greater harm to the Applicants and other stakeholders in the CCAA proceeding, including Local 2251, as the stay would delay the determination of the grievance claims. The balance of convenience weighs heavily in favour of the Applicants.

### **CONCLUSION**

[52] In my view, granting a stay is not in the interests of justice. There can be little doubt that resolution of the outstanding grievances is important to the Applicants' restructuring efforts. As the CCAA judge found, the Applicants must implement a plan of arrangement or a sale by August 31, 2016 (or September 30, 2016, at the very latest). He also found that the Order would greatly assist in bringing certainty to the claims against the Applicants that may impact a restructuring transaction. Granting a stay pending leave to appeal, in these circumstances, will virtually ensure that the outstanding grievance claims will not be fully addressed by August 31, 2016.

### **DISPOSITION**

[53] Accordingly, the motion is dismissed.

Released: April 15, 2016 ("E.E.G.")

"E.E. Gillese J.A."

# TAB 12

**ONTARIO  
SUPERIOR COURT OF JUSTICE  
COMMERCIAL LIST**

THE HONOURABLE MR. )  
JUSTICE NEWBOULD )  
MONDAY, THE 26<sup>TH</sup>  
DAY OF SEPTEMBER, 2016

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 ESSAR STEEL ALGOMA INC., ESSAR TECH ALGOMA INC.,  
ALGOMA HOLDINGS B.V., ESSAR STEEL ALGOMA (ALBERTA) ULC,  
CANNELTON IRON ORE COMPANY AND ESSAR STEEL ALGOMA INC. USA

**Applicants**

**ORDER**

**THIS MOTION**, made by the DIP Lenders (defined below) for an order authorizing, directing and empowering Ernst & Young Inc. in its capacity as Monitor pursuant to the Amended and Restated Initial Order of the Honourable Mr. Justice Morawetz dated November 9, 2015 (the "**Amended and Restated Initial Order**") and not in its personal capacity (the "**Monitor**") to commence certain proceedings and make certain investigations, was heard this day at 330 University Avenue, Toronto, Ontario.

**ON READING** the affidavit of John McKenna sworn August 9, 2016, the Thirteenth Report of the Monitor dated June 20, 2016 (the "**Thirteenth Report**"), the Sixteenth Report of the Monitor dated September 9, 2016 (the "**Sixteenth Report**"), the affidavit of Anshumali Dwivedi, sworn September 19, 2016 and on hearing the submissions of counsel for the Applicants, the Monitor, Port of Algoma Inc. and

those other parties present, no one appearing for any other person on the service list, although duly served as appears from the affidavit of service, filed:

1. **THIS COURT ORDERS** that the Monitor is authorized, empowered and directed to commence and continue proceedings (the “**Related Party Proceedings**”) under the provisions of section 241 of the *Canada Business Corporations Act* (“CBCA”) in relation to the transactions and matters described in the Thirteenth Report and the Sixteenth Report (the “**Related Party Transactions**”), including without limitation the transactions involving the conveyance of Algoma’s port facility assets (the “**Port Transaction**”) to Port of Algoma Inc.
2. **THIS COURT ORDERS** that all issues regarding the merits of the Related Party Proceedings may be raised in the course of those proceedings, including but not limited to: (i) the sufficiency of the pleadings; (ii) whether the plaintiff or applicant is a proper complainant pursuant to section 238 of the CBCA; (iii) whether the proper parties are named in the Related Party Proceedings; and (iv) whether the Related Party Proceedings meet the elements of section 241 of the CBCA. The granting of this Order permitting the Monitor to commence the Related Party Proceedings does not constitute a determination of any such issue.
3. **THIS COURT ORDERS** that the Monitor is directed to bring any and all Related Party Proceedings on the Commercial List by a date not later than October 21, 2016.
4. **THIS COURT ORDERS** that the stays of proceedings provided for under the Amended and Restated Initial Order, as they apply to the Applicants, Port of Algoma Inc. and Essar Power Corporation Limited, are hereby lifted to allow the Monitor to commence and continue the Related Party Proceedings and any defendants or



respondents named in the Related Party Proceedings to respond to the Related Party Proceedings, provided however, that the stay of proceedings shall be lifted with respect to no other claim.

5. **THIS COURT ORDERS** that in addition to the powers provided to the Monitor pursuant to the Amended and Restated Initial Order and the obligations imposed upon those with information and records pertaining to the Applicants, all persons having notice of this Order shall cooperate fully with the Monitor in relation to its investigation of the Related Party Transactions, and provided further that such persons shall incur no liability merely by reason of the cooperation referred to in this paragraph. All procedural and discovery related issues shall be determined by the case management judge of the Related Party Proceedings.

6. **THIS COURT ORDERS** that in relation to all matters connected with the Related Party Proceedings, the Monitor shall have all of the rights, powers and protections provided for pursuant to the Amended and Restated Initial Order.

7. **THIS COURT ORDERS** that the Monitor shall continue to have the benefit of the protections provided for under paragraph 41 of the Amended and Restated Initial Order in the exercise of its powers under this Order, including, without limitation, the commencement and continuation of the Related Party Proceedings.

8. **THIS COURT ORDERS** that the foregoing does not preclude the Court from awarding legal costs associated with the Related Party Proceedings in favour of a party to the Related Party Proceedings and in the event that such costs are awarded against the Monitor, the Monitor shall, have a claim for indemnity against the Property to satisfy any such costs award ("**Monitor's Cost Indemnity Claim**") and such indemnity claim shall be secured by the Administrative Charge created in accordance with the Amended and Restated Initial Order, as amended by this Order.

9. **THIS COURT ORDERS** that the Amended and Restated Initial Order shall be amended as necessary so as to provide that the maximum aggregate amount of the Administrative Charge (as defined therein) is equal the sum of \$5 million plus the amount of the Monitor's Cost Indemnity Claim.

**GENERAL**

10. **THIS COURT HEREBY REQUESTS** the aid and recognition of any court, tribunal, regulatory or administrative body having jurisdiction in Canada or in the United States or any other jurisdiction to give effect to this Order and to assist the Applicants, the Monitor and their respective agents in carrying out the terms of this Order, including the U.S. Bankruptcy Court. All courts, tribunals, regulatory and administrative bodies are hereby respectfully requested to make such orders and to provide such assistance to the Applicants and the Monitor, as an officer of this Court, as may be necessary or desirable to give effect to this Order or to assist the Applicants and the Monitor and their respective agents in carrying out the terms of this Order.



ENTERED AT / INSCRIT À TORONTO  
ON / BOOK NO:  
LE / DANS LE REGISTRE NO:

SEP 26 2016

PER / PAR: 

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

Court File No. CV15-000011169-00CL

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT  
OF ESSAR STEEL ALGOMA INC., ET AL

**ONTARIO  
SUPERIOR COURT OF JUSTICE  
(COMMERCIAL LIST)**

Proceeding commenced at Toronto

**ORDER**

**OSLER, HOSKIN & HARCOURT LLP**  
P.O. Box 50, 1 First Canadian Place  
Toronto, ON M5X 1B8

**JOHN MACDONALD**  
Tel: 416-862-5962  
LSUC No. 25884R

**MARC WASSERMAN**  
Tel: 416-862-4908  
Fax: 416-862-6666

Lawyers for Deutsche Bank AG in its various  
capacities, the DIP Lenders and Term Lenders  
**Lawyers for the Applicants**

# TAB 13

**CITATION:** Ernst & Young Inc. v. Essar Global Fund Ltd et al, 2017 ONSC 1366  
**COURT FILE NO.:** CV-16-11570-00CL  
**DATE:** 20170306

**ONTARIO  
SUPERIOR COURT OF JUSTICE  
COMMERCIAL LIST**

**B E T W E E N:**

ERNST & YOUNG INC. in its capacity as Monitor of all of the following:  
ESSAR STEEL ALGOMA INC., ESSAR TECH ALGOMA INC., ALGOMA  
HOLDINGS B.V., ESSAR STEEL ALGOMA (ALBERTA) ULC,  
CANNELTON IRON ORE COMPANY  
and ESSAR STEEL ALGOMA INC. USA

Plaintiff

- and -

ESSAR GLOBAL FUND LIMITED, ESSAR POWER CANADA LTD., NEW  
TRINITY COAL, INC., ESSAR PORTS ALGOMA HOLDINGS INC.,  
ALGOMA PORT HOLDING COMPANY INC., PORT OF ALGOMA INC.,  
ESSAR STEEL LIMITED and ESSAR STEEL ALGOMA INC.

Defendants

**HEARD:** January 31, February 2, 3, 4 and 5, 2017

**BEFORE:** NEWBOULD J.

**COUNSEL:** *Clifton Prophet, Nicholas Kluge, Michael Watson, Marco Romeo, Delna Contractor and Brent Arnold* for the Monitor

*Patricia D.S. Jackson, Andrew Gray, Jeremy R. Opolsky, Davida Shiff and Alexandra Shelley*, for Essar Global Fund Limited, Essar Ports Algoma Holdings

Inc., Algoma Port Holding Company Inc., Port Of Algoma Inc. [the “Essar Defendants”]

*Peter H. Griffin, Monique J. Jilesen and Matthew B. Lerner*, for GIP Primus, LP and Brightwood Loan Services LLC

*Eliot Kolers and Patrick Corney*, for the Applicants

*John A. MacDonald and Alex Cobb*, for Deutsche Bank AG, Intervenors

*L. Joseph Latham and David Conklin*, for the Ad Hoc Committee of Essar Algoma Noteholders, Intervenors

*Karen Ensslen*, for the Retirees, Intervenors

*Robert A. Centa*, for USW and Local 2724, Intervenors

*Alexandra Teodorescu*, for USW Local 2251, Intervenors

## REASONS FOR JUDGMENT

[1] Ernst & Young Inc. was appointed Monitor of Essar Steel Algoma Inc. (“Algoma”), Essar Tech Algoma Inc., Algoma Holdings B.V., Essar Steel Algoma (Alberta) ULC, Cannelton Iron Ore Company and Essar Steel Algoma Inc. USA (the “Applicants”) pursuant to the CCAA on November 9, 2015.

[2] This is not the first time that Algoma has been under CCAA protection. It went through a restructuring in CCAA proceedings in 1991 and again in 2001. In late 2013 Algoma faced another liquidity crisis and restructured in 2014 under the CBCA.

[3] Essar Global Fund Limited (“Essar Global”) is a Cayman Island company. Its investments are managed by Essar Capital Limited (“Essar Capital”) based in London, U.K. The Essar Group of companies has worldwide interests in assets across the core sectors of energy, metals and mining, infrastructure and services. It was founded in India by two brothers, Shashi and Ravi Ruia, and members of the Ruia family are the beneficial owners of the Essar Group.<sup>1</sup>

[4] Essar Global is also the ultimate parent of Port of Algoma Inc. (“Portco”) through a chain of subsidiaries, which includes Essar Port Holdco and Algoma Port Holding Company Inc.

[5] Essar Global acquired all of the shares of Algoma Steel Inc. through subsidiaries in April, 2007 and changed the name to Essar Steel Algoma Inc. (“Algoma”).

[6] On September 26, 2016, the Monitor was authorized by court order to commence oppression proceedings under section 241 of the *Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C. 44 (“CBCA”) in relation to a number of related party transactions, including the transactions involving the conveyance of Algoma's Port facility assets (the "Port Transaction") to Portco. The action was commenced shortly thereafter. The claims regarding the Port Transaction proceeded first and these reasons for judgment deal solely with those claims.

[7] The Port assets are located immediately adjacent to the Algoma buildings and facilities. Algoma is dependent upon the Port to receive the raw materials to make steel, and to ship its steel products to market. Algoma could not function economically without unfettered access to the Port. The Port has always been utilized almost exclusively by Algoma. It is not viable without Algoma as a customer. Algoma employees have always operated the Port.

### **The Algoma Restructuring and the Port Transaction**

---

<sup>1</sup> All statements of fact in these reasons are findings of fact unless indicated otherwise.

[8] By the end of 2013, it was clear that Algoma was facing significant financial issues involving a liquidity crisis and upcoming debt maturity issues. Algoma was operating with very tight liquidity, resulting in low inventory levels. Algoma's capital structure was untenable and it would not be able to meet a coupon payment to unsecured bondholders due in June 2014 and an approximately \$300 million term loan maturity payment due in September 2014. While support from Essar Global had been enabling Algoma to meet its liabilities as they came due, by early 2014 Essar Global was increasingly hesitant to advance cash to Algoma.

[9] Steps were taken to refinance Algoma. These steps ultimately resulted in two main transactions which closed at the same time on November 14, 2014, being a recapitalization transaction (the "Recapitalization") and the Port Transaction. There is a huge record of what took place in 2014 leading to these transactions. It need not all not be described. However there were events that are of some relevance to the issues raised.

[10] On January 17 2014, a refinancing plan was presented to Algoma's board of directors in a memo dated January 16, 2014. Two scenarios were proposed. "Plan A" contemplated the refinancing of the entire capital structure, which required a minimum cash infusion of \$200 million (\$300 million was ideal); "Plan B" contemplated refinancing only the term loan.

[11] At the time, there were eight directors of Algoma. Five were not independent and were affiliated with the Essar Group or the Ruia family. Three were independent of Essar, being Thomas Dodds, Hans J. Jacobsen and Navin Dave. In the fall of 2013 these three began expressing concerns about their role on the Board, noting that the disclosure of information to the independent directors was limited, especially when compared to the information being provided to the other members of the Board. Through December 2013 and into January of 2014, their concerns became more acute due to the serious financial challenges facing Algoma. The refinancing plans in the January 16 memo were presented to them for the first time on January 17, 2014 at an informal meeting of the Algoma Board and they felt that they had little or no time to review and reflect on the memo, which was a concern to them.



[12] As a result, they prepared an email proposing a committee of independent directors to work with outside financial advisors to advise the Board. Mr. Dave sent it to the Algoma directors on January 19, 2016. The email stated in part:

Further, the company's internal forecast indicates that the company will not have internally generated cash to pay the interest payments due in mid-March. As of the 17th of January there were no solutions as to how the company will find this cash. Of course, one option is for the shareholder to put in the required cash as it has in the past. However, there is no firm commitment to do so.

Given that we do not know where we will get the funds to pay the interest amount due about two months from now and not having seen a plan for unforeseen events, we believe the Company should be prepared and not be surprised in the event the scenario does not unfold as laid out. The probability of something internal or external event happening is high, and this may have a detrimental effect on the refinancing effort and significant adverse consequences for the Company.

It is with this in mind that we are proposing that the company appoint a committee made of Independent Directors to work with outside financial advisors selected by the committee to advise the Board on a contingency plan which will hopefully not be needed. If it is needed, then we will have it ready for implementation and it will be very helpful in serving the best interest of the Company.

We are asking that a special Board meeting be called to discuss and vote on a resolution to appoint a special committee of Independent Directors to advise the Board on contingency plans and recommendations emanating there from.

[13] At the board meeting on February 11, 2014, Mr. Dave asked that his memo and its request for an independent committee of the Board be added to the agenda and approved. In the Board discussion which ensued, the other directors, including the chairman of the Board, Mr. Jatinder Mehra of Essar Global in India, expressed the view that a special committee of independent members to address refinancing issues was not needed and provided assurances that independent members of the Board would be informed and engaged as Algoma's refinancing plans moved forward. As the three independent directors had been given similar assurances in

the past without material change, it was their view that the matter could not be dealt with in this way and they requested a vote on their independent committee motion. By a vote of 4 to 3, with the three independent directors voting against, the Board held that the independent committee request was not approved.

[14] Mr. Jacobsen came to the conclusion that he could no longer serve as an independent director in the absence of the governance changes proposed in the independent committee motion. He resigned a few hours after the meeting.

[15] It is said that there is no evidence that Mr. Ghosh, the CEO, was not free to vote at that meeting as he wished. That may be, just as there was no evidence that any of the directors were not free to vote as they wished. But it cannot be overlooked that prior to becoming CEO of Algoma, Mr. Ghosh had been with Essar Steel India. Mr. Marwah, the CFO of Algoma, described the four directors who voted against the independent committee as “Essar-affiliated directors”. That accords with the common sense of the situation, and I accept it. It was clear that the Ruia family did not want an independent committee.

[16] On February 17, 2014, Mr. Dodds wrote an email to Prashant Ruia, the son of one of the founders of the Essar Group and a director of Essar Capital which controls Essar Global’s investment decisions. He was the chair of Algoma’s board at the time, although he did not attend board meetings during the recapitalization efforts of Algoma. The email requested the opportunity to discuss the situation directly with Mr. Ruia, and stated in part:

If your expectation of ESAI [Algoma] Board is to simply be a formality and our role as independent directors is to essentially “rubberstamp” shareholder and management decisions, we are not prepared to continue serving as directors.

As you know, Directors and particularly independent directors have a legal, fiduciary responsibility to all the stakeholders of the Company starting with the Company first, followed by the shareholders, employees, community and others. This Director responsibility may on occasion conflict with the objectives of the

shareholder who may, understandably, be more interested in matters of import to themselves. Most of the time there will be no conflict between the responsibilities of the Directors, objectives of the shareholder and that of the Company stakeholders as broadly defined. However, there are other occasions when they do.

What we as independent directors have experienced in the last few Board meetings is a complete disregard for any discussion or wholesome debate on alternatives to re-financing or contingency planning at ESAI.

As an example, we are very happy that Essar Global, acting on behalf of the shareholder, has appointed Mr. Joe Siefert to lead the effort on refinancing the debt and restructuring the balance sheet of ESAI. We hope he comes through with all he has promised. The ESAI Board, in particular the Independent Directors, had no input on this appointment, the scope of the work, or the output. For a company like ESAI, with its urgent need for refinancing, the Directors need to be actively involved in the whole refinancing effort. Not only were we not all involved; we are not getting any regular, timely progress reports. In addition when we ask questions, or propose alternatives, we are asked to wait a while for additional information and told that everything will work out.

We cannot discharge our obligations under such an environment.

[17] The two remaining independent directors were not able to meet with Mr. Ruia and felt their concerns were not adequately recognized. Mr. Dave resigned as a director of Algoma on February 21, 2014. Mr. Dodd resigned on May 5, 2014. In his resignation letter, he described the reason behind his decision:

The fundamental reason for the decision to resign was my conclusion that as an independent director, that I lacked confidence that I was receiving information and engaged in decision-making in the same manner as those Board members who are directly affiliated with the company and or its parent. This became more acute over the past months, when short term liquidity and long term debt issues have increasingly become problematic. I have been of the understanding that as a Director, I would be provided information and engaged in decision-making on the affairs of the company at the board governance level on equitable and timely basis in the manner as non-independent directors. The role I had envisioned is that what

I and the former independent directors (Dave and Jacobsen) have described to you verbally and in writing.

[18] It is apparent that the Recapitalization and Port Transaction efforts were run by Mr. Joe Seifert of Essar Capital. As will be discussed, I do not accept the contention of the Essar Defendants that Mr. Siefert was merely an advisor to the Algoma Board that independently made all of the critical decisions.

[19] Leading to the Recapitalization, Essar Global entered into a Restructuring Support Agreement (“RSA”) with Algoma and some of its unsecured noteholders dated July 24, 2014 which set out the principal terms of a restructuring. As a condition in the RSA, Essar Global agreed to make a cash investment of \$250 to \$300 million in Algoma under an Equity Commitment Letter dated July 24, 2014.<sup>23</sup>

[20] The Recapitalization as contemplated by the RSA was first approved as an arrangement under section 92 of the CBCA on September 15, 2014. It was a condition of the plan of arrangement that Essar Global would comply with its financing obligations under the RSA to provide a cash equity infusion of \$250 million to \$300 million. However, as early as March 28, 2014, representatives of the Ruia family had made clear that they did not have \$250 million for equity. Different amounts of an equity cash injection were proposed by Essar Global, including at one point \$90 million that was shown to potential investors in a roadshow presentation that failed. In the end, the RSA was amended on November 6, 2014 and approved by an amended approval order on November 10, 2014. It provided for a cash injection into Algoma of only \$150 million to be funded largely not by Essar Global but by a loan from third party lenders to Portco of \$150 million. The Monitor asserts this was a breach of the equity commitment made by Essar Global. In the consent plan of arrangement that followed, based on an Amended RSA, Essar Global was released from its obligations under the Equity Commitment Letter.

---

<sup>2</sup> All dollar amounts in this decision are US dollars unless otherwise stated.

<sup>3</sup> Up to \$50 million of this could be provided by third party inventory financing.

[21] The reorganized debt structure in the amended plan of arrangement of Algoma was as follows:

- (a) Algoma's unsecured noteholders (the "Unsecured Noteholders") were paid a portion of their principal and were issued new junior secured notes pursuant to the CBCA plan of arrangement;
- (b) \$375 million of senior secured notes were issued pursuant to an offering memorandum;
- (c) Algoma entered into a new \$50 million senior secured asset-based revolving credit facility (the "ABL Facility" (the lenders under the facility are referred to as the "ABL Lenders"));
- (d) Algoma entered into a new \$350 million term loan (the "Term Loan" (and the lenders under the loan are referred to as the "Term Lenders")); and
- (e) all other Algoma lenders, including the pre-Recapitalization senior secured noteholders and the revolving credit facility, were repaid in full.

[22] The Port Transaction involved (i) Algoma selling to Portco the Port assets consisting of the buildings, the plant and machinery but excluding the land, (ii) Algoma leasing to Portco the realty for 50 years, (iii) Portco agreeing that it would provide the services necessary for the operation of the Port assets in return for a monthly payment from Algoma to Portco and (iv) Algoma agreeing that it would provide to Portco the services necessary to operate the Port, in return for a monthly payment from Portco to Algoma that would be less than the monthly payment paid by Algoma to Portco.

[23] The Port Transaction was carried out under a master purchase and sale agreement between Algoma and Portco dated November 14, 2014 (the "MPSA"). Under the terms of the MPSA:

- (i) Algoma conveyed to Portco all of the fixed assets owned and used by Algoma in relation to the Port. Portco agreed to pay to Algoma \$171.5 million for the purchased assets to be satisfied by the payment of \$151.6 million and a one-year promissory note for \$19.8 million. The total payable was allocated \$3.8 million in respect of the purchased assets, \$154.8 million in respect of the leasehold interest and \$12.9 million in respect of the cargo handling services.
- (ii) Portco agreed to pay the \$154.8 million to Algoma as prepaid rent under the Lease.

[24] Under the MPSA, Algoma and Portco entered into four agreements dated November 14, 2014 to effect the transaction:

- (a) A promissory note for \$19.8 million payable by Algoma to Portco with interest at 10% per annum. Under an assignment and assumption agreement dated the same day, the promissory note was assigned by Portco to Essar Global which is now the obligor under the promissory note, and Algoma released Portco from any obligation under the promissory note. The promissory note matured and was payable in full on November 13, 2015. It has not been paid.
- (b) A Lease of the land used by the Port from Algoma to Portco (the “Lease”) for 50 years. Under the Lease, Algoma has responsibility for all maintenance and repairs, insurance and property taxes.
- (c) A Cargo Handling Agreement under which Portco agrees to provide cargo handling services to Algoma for an initial term of 20 years. The contract is a take or pay contract under which Algoma is required to pay for at least 6 million net tons of cargo at the Port each year at a cost of approximately \$6 per ton. That is, Algoma is obliged to pay Portco at least \$36 million per year under the Cargo

Handling Agreement for 20 years, subject to escalation beginning in 2016 at the rate of 1% per annum.

- (d) A Shared Services Agreement under which Algoma is responsible for providing all the services necessary for Portco to fulfill its obligations under the Cargo Handling Agreement, and all such services are to be performed by employees of Algoma who will not be employees of Portco. Portco agreed to pay Algoma \$11 million annually subject to escalation beginning in 2016 at the rate of 3% per annum.

[25] The Cargo Handling Agreement contains a change of control clause that requires Portco's consent to a change of control of Algoma. The Monitor takes the position that this clause gives Essar Global, the ultimate parent of Portco, a veto over any party acquiring Algoma in the CCAA process and that it is negatively affecting the sales process. The Monitor says that the clause in itself constitutes oppression.

[26] The cash amount to be paid by Portco to Algoma under the MPSA was largely funded by a \$150 million Term Loan made to Portco by GIP Primus, LP (as to \$125 million) and Brightwood Loan Services LLC (as to \$25 million)<sup>4</sup>. The loan is secured by all of Portco's assets, has an 8 year term and an interest rate between 9.25% and 8.375%, depending on the year. When the costs of operating the Port (shared services) are netted from the cargo handling charges, the result is that Algoma will pay approximately \$25 million per year to Portco, which is the amount required by Portco to service the Term Loan each year. That amount of \$25 million for 20 years comes to \$500 million, far more than the amount needed to repay the \$150 million GIP loan.

### **Form of the proceeding**

---

<sup>4</sup> GIP Primus, LP took the lead in negotiating the loan to Portco and for ease of reference, both will be referred to simply as GIP.

[27] Because of the urgency to select a buyer for the Algoma business and conclude a transaction in the CCAA process under the SISP, it was important that the issues in this case be tried quickly. A number of pre-trial conferences were held to iron out how the case would be presented. Pleadings were ordered. It was agreed that the evidence in chief would be provided by affidavit evidence or expert reports and that cross-examination would take place during the trial. Eventually, however, after all of the affidavits and expert reports were delivered, the parties decided to cross-examine the witnesses and experts before the trial and so the trial consisted of argument on the affidavits and expert reports, the transcripts of the cross-examinations and exhibits made to the affidavits or put to witnesses on their cross-examinations. Subsequently, written argument was submitted in accordance with the protocol agreed by the parties. The argument in this case therefore has taken place during and after the hearing, with parties relying on what was argued during the motions to strike the claim, what was argued during the hearing and what was argued in the written submissions made after the hearing.

[28] At one of the case conferences prior to the trial, counsel for the Essar Defendants and counsel for GIP said they intended to move to strike the claim of the Monitor at the opening of the trial for the purpose of educating me on their defences. I permitted the motions to be argued on the understanding that I would not rule on the motions at that time. I see no need to decide on these motions as my decision on the merits of the claim and defences will dispose of them.

[29] This was real time litigation to be sure. All counsel are to be commended for the professional way in which they dealt with the case, which was no easy task.

### **Standing of the Monitor to be a complainant**

[30] The Essar Defendants and GIP contend that the Monitor is not a proper complainant to bring this oppression action involving the Port Transaction. They contend that the action is in substance for alleged damage caused to Algoma and that any action, if it existed, could only be a derivative action which has not been brought. They contend that an oppression action can only



be brought by persons who have been damaged directly by the oppressive conduct. For a number of reasons I do not accept these arguments.

[31] When the Monitor delivered particulars of its claim it initially cast the net of stakeholders affected by the Port Transaction quite widely. Currently, those stakeholders who the Monitor says were harmed are mainly the trade creditors, Algoma pensioners and retirees.

[32] As of the date of the Portco Transaction, Algoma had a number of creditors who were owed significant amounts, including:

- a. Accounts payable and accrued liabilities owing to trade creditors in the amount of approximately CDN\$136.6 million;
- b. Municipal taxes and interest owed to the city of Sault Ste. Marie in the amount CDN\$13.4 million;
- c. A solvency deficiency owed to the pension plans of Algoma retirees in the amount of CDN\$400.9 million; and
- d. Post-employment life insurance, health care and dental benefits for Algoma retirees in the amount of CDN\$361 million.

Together, these outstanding debts of Algoma totalled \$911.9 million as of the date of the Portco Transaction.

[33] A person who may be a complainant under the oppression provisions of the CBCA is contained in section 238, which provides:

In this Part,...

complainant means

- (a) a registered holder or beneficial owner, and a former registered holder or beneficial owner, of a security of a corporation or any of its affiliates,
- (b) a director or an officer or a former director or officer of a corporation or any of its affiliates,
- (c) the Director, or
- (d) any other person who, in the discretion of a court, is a proper person to make an application under this Part.

[34] While it is the case that normally a Monitor, as an officer of the court, is to be neutral in its role and not take sides in favour of one stakeholder against another, there are exceptions. Under section 23(1)(k) of the CCAA, the Monitor shall carry out any function in relation to the debtor that the court may direct. In this case, the Monitor was authorized and directed to take this oppression action by court order.

[35] This is not the first action in which a monitor has been authorized to act as a litigant. In *Nortel*, orders were twice made that gave the Monitor all of the powers of the Nortel debtors in Canada after all of the directors and senior executive had resigned. This resulted in the Monitor litigating in defence of claims made against Nortel and in favour of an allocation of the sale proceeds of the business. The Monitor did so in *Nortel* to protect the interests of Nortel's Canadian creditors.

[36] Whether a person can be a complainant is a discretionary matter. In *Olympia & York Developments Ltd. (Trustee of) v. Olympia & York Realty Corp.* (2003), 46 C.B.R. (4th) 313 (Ont. C.A.), a trustee in bankruptcy acting on behalf of the creditors of the bankrupt estate was held to be entitled to be a complainant in an oppression action against a non-arm's length party that had entered into an agreement with the debtor that was alleged to be an oppressive agreement. Goudge J.A. expressed the wide flexible discretion contained in the OBCA to determine if a person is a proper complainant in an oppression case:

45 ...s. 245(c) confers on the court an unfettered discretion to determine whether an applicant is a proper person to commence oppression proceedings under s. 248. This provision is designed to provide the court with flexibility in determining who should be a complainant in any particular case that accompanies the court's flexibility in determining if there has been oppression and in fashioning an appropriate remedy. The overall flexibility provided is essential for the broad remedial purpose of these oppression provisions to be achieved. Given the clear language of s. 245(c) and its purpose, I think that where the bankrupt is a party to the allegedly oppressive transaction, the trustee is neither automatically barred from being a complainant nor automatically entitled to that status. It is for the judge at first instance to determine in the exercise of his or her discretion whether in the circumstances of the particular case, the trustee is a proper person to be a complainant.

46 In this case the appellants were affiliates of OYDL, the party with which the allegedly oppressive transaction was concluded. In that transaction, OYDL gave up something of significant value (the OYSF note) in return for something of no value (additional shares in OYRC). It would have been reasonable for the trial judge to conclude that since the appellants unfairly disregarded the interests of the OYDL creditors, those creditors have properly been recognized as complainants. Thus it was equally reasonable in the circumstances for the trial judge to find that this was a proper case in which to conclude that the trustee of OYDL was a proper person to be a complainant in effect on behalf of the creditors of OYDL. This conclusion is consistent with the bankruptcy principle of collective action to pursue the claims of the creditors of the bankrupt and the trustee's role as their representative. See *Husky Oil Operations Ltd. v. Canada (Minister of National Revenue)*, [1995] 3 S.C.R. 453. The appellants have put forward no reason why this principle should not be followed in this case. The trial judge therefore exercised his discretion reasonably in finding that the respondent was a proper person to be a complainant here and I would dismiss the appellants' first argument.

[37] I see no reason why the principle of collective action to pursue the claims of creditors in a bankruptcy should not be followed in this CCAA proceeding. There are very large amounts owing to trade creditors, pensioners and retirees. Aspects of the Port Transaction, such as the change of control clause in the Cargo Handling Agreement that gives the parent control over who can be a buyer of the Algoma business, are harmful to a restructuring process and

negatively impact creditors. The Monitor has taken this action as an adjunct to its role in facilitating a restructuring.

[38] The Essar Defendants and GIP contend that this action should be dismissed because it is properly a derivative action. Under section 241(2) of the CBCA, relief may be granted if an action of the corporation or its affiliates is oppressive or unfairly prejudicial to or unfairly disregards the interests of any security holder, creditor, director or officer. It is said that no such person has been harmed beyond the harm that may have been done to Algoma.

[39] Reliance is placed on *Rea v. Wildeboer*, 2015 ONCA 373. I do not see that case as supporting the argument. That case involved a shareholder who sued for a wrong done only to the company and the case was dismissed on a summary judgment motion. The reasoning for the result was stated by Blair J.A.:

27 However, I agree with the respondents that claims must be pursued by way of a derivative action after obtaining leave of the court where, as here, the claim asserted seeks to recover solely for wrongs done to a public corporation, the thrust of the relief sought is solely for the benefit of that corporation, and there is no allegation that the complainant's individualized personal interests have been affected by the wrongful conduct.

[40] In this case it is asserted by the Monitor that the personal interests of the creditors have been affected. *Rea* created no new law, but merely set out a number of well-known principles, including the principle that a derivative remedy and an oppression remedy are not mutually exclusive and can co-exist as there may be overlap in the factual circumstances. Blair J.A. cited a number of such cases involving creditors who successfully pursued an oppression remedy in circumstances in which a derivative remedy also existed, such as *Malata Group (HK) Ltd. v. Jung*, 2008 ONCA 111; *Deluce Holdings Inc. v. Air Canada* (1992), 12 O.R. (3d) 131 (Gen. Div.); *C.I. Covington Fund Inc. v. White*, [2000] O.J. No. 4589 (S.C.), aff'd [2001] O.J. No. 3918

(Div. Ct.); and *Waxman v. Waxman*, [2004] O.J. No. 1765 (C.A.) at para. 526, leave to appeal refused, [2004] S.C.C.A. No. 291. *Olympia & York* is no different in that respect.

[41] This is not a case such as in *Rea* in which the thrust of the relief sought was solely for the benefit of the corporation. In *Rea*, there was no allegation that the complainant's individualized personal interests were affected by the wrongful conduct.

[42] I find that the Monitor is a proper complainant in this oppression claim.

### **Who directed the Recapitalization and Port Transaction?**

[43] The Monitor says that these transactions were directed by Essar Global personnel, particularly the Ruia brothers and Mr. Joe Seifert who worked for Essar Capital, which is responsible for Essar Global investments world-wide. The Essar Defendants say that Mr. Seifert was only an advisor to the Algoma board of directors and that it was the Algoma board that made the decisions, acting in good faith in accordance with its fiduciary duties.

[44] In some respects it does not really matter who made the decisions. If they were oppressive or unfairly prejudicial to or unfairly disregarded the interests of the creditors, relief can be granted under section 241 of the CBCA whether the decisions were made by Essar Global or by the Algoma board of directors. Section 241(2) provides:

(2) If, on an application under subsection (1), the court is satisfied that in respect of a corporation or any of its affiliates

(a) any act or omission of the corporation or any of its affiliates effects a result,

(b) the business or affairs of the corporation or any of its affiliates are or have been carried on or conducted in a manner, or

(c) the powers of the directors of the corporation or any of its affiliates are or have been exercised in a manner

that is oppressive or unfairly prejudicial to or that unfairly disregards the interests of any security holder, creditor, director or officer, the court may make an order to rectify the matters complained of.

[45] Moreover, it is settled law that conduct need not have been in bad faith to attract sanction under section 241. See *Brant Investments Ltd. v. KeepRite Inc.* (1991), 3 O.R. (3d) 289 (C.A.) at para. 47; *Ford Motor Co. of Canada v. Omers* (2006), 79 O.R. (3d) 81 (C.A.) at para. 91; and *BCE v. 1976 Debentureholders*, [2008] 3 S.C.R. 560 in which it was stated:

67 Having discussed the concept of reasonable expectations that underlies the oppression remedy, we arrive at the second prong of the s. 241 oppression remedy. Even if reasonable, not every unmet expectation gives rise to claim under s. 241. The section requires that the conduct complained of amount to "oppression", "unfair prejudice" or "unfair disregard" of relevant interests. "Oppression" carries the sense of conduct that is coercive and abusive, and suggests bad faith. "Unfair prejudice" may admit of a less culpable state of mind, that nevertheless has unfair consequences. Finally, "unfair disregard" of interests extends the remedy to ignoring an interest as being of no importance, contrary to the stakeholders' reasonable expectations: see Koehnen, at pp. 81-88. The phrases describe, in adjectival terms, ways in which corporate actors may fail to meet the reasonable expectations of stakeholders.

[46] *Palmer v. Carling O'Keefe* (1989), 67 O.R. (2d) 161 (Div. Ct.) is an example of a finding of oppression despite the good faith actions of the corporate directors.

[47] Based on my reading of the evidence, however, and I find, the direction and decision making in so far as the Recapitalization and Port Transaction are concerned was by Essar Global and Essar Capital, particularly led by Mr. Seifert. While the board of directors of Algoma in form made the decisions for Algoma, the strategic decisions were made by Essar Global and Essar Capital.

[48] The Essar Defendants contend that Messrs. Ghosh and Marwah, the CEO and CFO of Algoma, were particularly instrumental in the decision making process leading to the Recapitalization and the Port Transaction. In my view, this argument greatly overstates their roles.

[49] I do not intend to refer to all of the evidence on this issue. I will refer to only some of it, although it is overwhelming in substantiating that Essar Global and Essar Capital were calling the shots.

[50] In January 2014, Algoma's board of directors received a presentation dated January 16, 2014 that outlined the plans for a debt refinancing. The presentation set out the names of the individuals who would be responsible for various aspects of the transactions. All of the names listed but one were employees of Essar Capital or Essar Services in India. The then VP Finance & Capital Markets of Algoma, Mr. Bakshi, was named as having some tasks but never actually performed any tasks relating to the Port Transaction. He held other roles within the Essar Group and did not spend the majority of his time in Sault Ste. Marie. Notably, neither Mr. Ghosh nor Mr. Marwah were named as having any responsibility.

[51] Algoma's Annual Business Plan dated February 3, 2014, which was shown to Mr. Prashant Ruia for his approval before it went to the Board of Algoma, stated that "Refinancing of the balance sheet is critical for the company and beyond management control. The refinancing is headed and coordinated by Essar Global." The Plan also stated that Essar Global was developing a strategy and referred to Mr. Seifert of Essar Capital, Mr. Pankaj (sic, meaning Mr. Pankaj Saraf) of Essar Services, Mr. Bakshi and Mr. Iqbal of Essar Capital as comprising the Essar Global team. Management, including Messrs. Ghosh and Marwah, did not play any strategic role. Mr. Ghosh was told by the chairman of the board of Algoma, Mr. Mehra, and by Prashant and Ravi Ruia that Mr. Seifert and his team would lead the refinancing.

[52] Both Mr. Ghosh and Mr. Marwah said they did not negotiate the economic terms of the Debt Refinancing or the Portco Transaction. I accept this evidence. It is consistent with the statements in the Algoma February 3, 2014 business plan that the refinancing was beyond management control and was headed by Essar Global. The fact that Mr. Ghosh spent a great deal of time in New York was explained by him and I accept that he was not negotiating any deal. I put little weight on internal lists of things to be done and where on the list Mr. Ghosh appeared. Mr. Seifert was on those lists as well.

[53] For the same reason, I do not accept the evidence in Mr. Seifert's affidavit that his role was merely as an advisor to the management team of Algoma and that all material decisions were made by its board and senior management. It is inconsistent with the statements in the Algoma February 3, 2014 business plan that the refinancing was beyond management control and was headed by Essar Global. Mr. Seifert was somewhat evasive in his evidence on cross-examination. He did, however, admit that he was leading the efforts with specific investors in March 2014. Mr. Saraf of Essar Services India Limited said that Mr. Seifert was the point person for the meetings with investors at that time.

[54] Mr. Seifert's role never changed throughout 2014. At a meeting of the board of Algoma on October 30, 2014, he stated that he was leading an effort on several alternatives with specific investors to place the remaining debt and was considering other alternatives if this should prove unsuccessful. I do not accept his evidence on cross-examination that he was leading the effort to help Algoma on the transaction as an advisor. It is contrary to the October 30, 2014 board meeting minutes and it was his experience in the capital markets at JP Morgan that made him fit to lead the effort. Neither Mr. Ghosh nor Mr. Marwah were involved in the renegotiation of the RSA.

[55] In a February 25, 2014 email to Mr. Dodds, one of the independent directors of Algoma at the time, Mr. Prashant Ruia, a director of Essar Capital and of Algoma, said that there was a need to recapitalize the Algoma balance sheet and that "We [meaning Essar Global as investors]



deployed the services of Joe Seifert, CFO of Essar Capital, to undertake this exercise.” This was no statement that Mr. Seifert was asked to advise the Algoma board of directors who would be making the decisions. On his cross-examination Mr. Prashant Ruia made clear that Mr. Seifert was given the responsibility by Essar Capital to manage the investment in Algoma and that it was Mr. Seifert who had the responsibility for the discussions relating to the Recapitalization of Algoma.

[56] The evidence is clear that the decisions were being made by Essar Global or its subsidiary, Essar Capital, throughout the piece. In a July 1, 2014 email, Mr. Rewant Ruia, identified in the Essar Groups’s material as responsible for the strategic oversight of Essar Group’s North America operations including Algoma, said that the financing was “our responsibility” and that they would not talk about any asset sales with the unsecured creditors. In spite of his waffling on his cross-examination, it is clear that Mr. Rewant Ruia was the family lead in the Essar Group’s North American operations. I do not accept Rewant Ruia’s evidence on cross-examination that he was not responsible for the North American operations of Essar or that it was Mr. Ghosh, as CEO of Algoma, that was responsible for the refinancing of Algoma, with Mr. Seifert merely providing assistance.

[57] Mr. Rewant Ruia, like Mr. Seifert, was evasive in much of his testimony. Mr. Rajiv Saxena, the Executive Director of Essar Steel India Ltd. based in Mumbai, was also somewhat evasive on his examination, saying at first that he did not know the roles played by Rewant and Prashant Ruia in the Essar Group but eventually after being shown a publication from Essar’s website conceded that Mr. Rewant Ruia’s role was to oversee the North American operations of the Essar Group including Algoma. Mr. Saraf of Essar Services India Ltd who assisted Mr. Seifert with the Recapitalization of Algoma acknowledged on his examination that the views of Rewant Ruia and the other members of the Ruia family as to the cash equity that could be invested were extremely influential to the Recapitalization team.

[58] Prashant Ruia, a director of Essar Capital and clearly involved in the affairs of Essar Global and its affiliates, although quite evasive on his cross-examination about this, admitted that Essar Capital had given the responsibility for managing the investment in Algoma to Mr. Seifert and it was Mr. Seifert that was given responsibility for running Algoma, the refinancing by the Port Transaction and the discussions on the Recapitalization.

[59] The Portco Transaction documents (the Master Purchase and Sale Agreement, the Lease, the Cargo Handling Agreement and the Shared Services Agreement) were negotiated with GIP primarily by Mr. Seifert, along with Messrs. Harrold and Anshumali Dwivedi. Mr. Dwivedi was an Essar Global employee during the relevant period and is the current CEO of Portco. Algoma personnel provided operational information as necessary. I am satisfied that Mr. Seifert had primary carriage over the negotiations, as stated by Mr. Ghosh. The evidence of Mr. Sreckovic of GIP supports this conclusion. Mr. Sreckovic was clear that the primary negotiators on behalf of Algoma were Mr. Seifert and Mr. Harrold of Essar Capital who reported to Mr. Seifert. It was those negotiated terms that became the reason for the Port Transaction.

[60] I am satisfied that representatives of Essar Global including Essar Capital carried out the Recapitalization and Port Transaction negotiations and made the critical decisions. Algoma management were handed the economic terms of the Recapitalization and Port Transaction and implemented them from an operational perspective. Algoma management did not negotiate the terms. Their role was to support the negotiations with regard to non-economic, primarily operational, issues.

### **Reasonable expectations**

[61] It is clear from the authorities that an action under section 241 of the CBCA requires a two-step process. The first is to consider whether the evidence supports the reasonable expectation asserted by a claimant and the second is to consider whether the evidence establishes

that the reasonable expectation was violated by conduct falling within the terms "oppression", "unfair prejudice" or "unfair disregard" of a relevant interest. See *BCE* at para. 68.

[62] As to how a reasonable expectation may be established, the evidence may take many forms depending on the facts of a case. See *BCE* at para. 70:

70 At the outset, the claimant must identify the expectations that he or she claims have been violated by the conduct at issue and establish that the expectations were reasonably held. As stated above, it may be readily inferred that a stakeholder has a reasonable expectation of fair treatment. However, oppression, as discussed, generally turns on particular expectations arising in particular situations. The question becomes whether the claimant stakeholder reasonably held the particular expectation. Evidence of an expectation may take many forms depending on the facts of the case.

[63] Expectations can be established by direct evidence or by drawing reasonable inferences from circumstantial evidence. It is not the case that a claimant must give direct evidence as to his or her expectation; caution is to be exercised in not proving an expectation based on a claimant's wish list.<sup>5</sup> See *Ford Motor Co. of Canada v. Omers* at paras. 65-66:

[65] I can find no support for the proposition that there must be evidence, in the form of testimony, from the shareholders as to their expectations. The existence of reasonable expectations is a question of fact and like any question of fact can be proved by direct evidence or by drawing reasonable inferences from circumstantial evidence. ...

[66] Where the minority shares in a public company are widely held it may be difficult to adduce cogent direct evidence of the reasonable expectations of the shareholders. In such cases, it is open to the trial judge to infer reasonable expectations from the company's public statements and the shared expectations about the way in which a public company should be run. As Farley J. said in

---

<sup>5</sup> The Essar Defendants contend that a party must have a subjective expectation, relying on a statement of Justice Myers in *Couture v Toronto Standard Condominium Corp. No. 2187*, 2015 ONSC 7596 at para. 58. The authority that Myers J. referred to for this statement says no such thing, and I do agree with it. As stated in *BCE*, the expectation held must have been reasonably held and the evidence of that may take many forms. As stated in *Ford*, there is no requirement that there be testimony from claimants as to their expectations.

*820099 Ontario Inc. v. Harold E. Ballard Ltd.*, [1991] O.J. No. 266, 3 B.L.R. (2d) 113 (Gen. Div.), at para. 129, affd [1991] O.J. No. 1082, 3 B.L.R. (2d) 113 (Div. Ct.), "It does not appear to me that the shareholder expectations which are to be considered are those that a shareholder has as his own individual 'wish list'. They must be expectations which could be said to have been (or ought to have been considered as) part of the compact of the shareholders."

[64] In this case, the reasonable expectations asserted by the Monitor relate to the loss by Algoma of a critical asset and value to Portco and the change of control clause in the Cargo Handling Agreement. The Monitor contends that the reasonable expectations of the creditors of Algoma, including the trade creditors, employees, pensioners and retirees, were that Algoma would not deal with its core assets like the Port in such a way as it would lose long-term control and value over those assets to a related party on terms that permitted the related party to veto or thwart Algoma's ability to do significant transactions or restructure, as was done in this case.

[65] The Monitor relies on two affidavits of trade creditors. One is by Mr. Brian Wallenius, the General Manager of Sling Choker Manufacturing (Sault) Ltd that has supplied sling and cable products to the steel mill at Algoma since 1975 and has consistently carried a balance owing on its invoices to Algoma that varies, but is generally above \$300,000. In November of 2015 the balance owing by Algoma to Sling-Choker was approximately \$637,370.45. This amount remains unpaid. The other affidavit is by Mr. Donnie Varcoe, the President and sole shareholder of Lakeway Truck Centre Ltd. which has leased heavy trucks, boom trucks and other types of vehicles, provided vehicle repair and sold vehicle parts to Algoma since 1959. In November of 2015 the balance owing by Algoma to Lakeway was approximately \$599,000. It remains unpaid. Both state that, as a creditor of Algoma, they want Algoma Steel to come out of bankruptcy and may suffer if the arrangements made by Portco and its parent company concerning the Algoma port facilities, including any arrangement giving Portco control over the port, make it harder for Algoma Steel to come out of bankruptcy. Both say they were not aware of the transaction between Algoma and Portco in November of 2014 and are surprised to learn

that Algoma no longer has full control over its port facility. They say they would not have expected this outcome.

[66] This evidence is not very surprising. Creditors dealing with Algoma over the years would likely expect that if Algoma got into financial trouble, it would have the ability to take steps itself to try to get out of the financial trouble. I hesitate however to put too much reliance on this evidence as it suffers from the risk that it is a hindsight view rather than a view held contemporaneously with the events in 2014 when the Recapitalization and the Port Transaction were worked out and settled.

[67] I would not disregard the evidence, however, on the argument advanced that these witnesses or trade creditors had no expectation to be consulted on corporate transactions involving Algoma. In some cases, past practices and contractual terms may be of importance, as discussed in *BCE*, but I do not see them as particularly relevant in considering the expectations of trade creditors here. Nor do I agree that the expectations of the other creditors, such as the employees, pensioners and retirees, are governed only by their agreements with Algoma.<sup>6</sup>

[68] In *BCE* at para. 72, the Court referred to factors from case law that are useful in determining whether a reasonable expectation exists. I do not read that as requiring each listed factor to be satisfied in any particular case. In para. 71, the Court began by saying that it is impossible to exhaustively catalogue situations where a reasonable expectation may arise due to their fact-specific nature. I do not think in this case, for example, that the prior sale of a non-critical asset, such as a co-gen power facility, would lead to the creditors in question expecting a critical asset to be sold to a related party. The co-gen power facility was not necessarily the sole

---

<sup>6</sup> The USW collective agreement for Local 2251 provides for a joint steering committee of representatives of the company and the union. One of its functions is to review proposed major sale, lease or rental of assets. Mr. Da Prat, the president of Local 2251, could not say how many times the committee had met over the past two years, i.e. in the two years since the Recapitalization and Port Transaction, but said no grievance had been brought with respect to the joint committee. In the CCAA proceedings, the union had complained that the decision to disqualify a bid by a numbered company owned by Essar Global had not been discussed with the union. I do not see this evidence as relevant to what expectations were at the time of the Recapitalization and Port Transaction in 2014.

source of electricity for Algoma, whereas the Port is necessary for all of Algoma's business. Nor do I see the fact that change of control provisions may be the norm in infrastructure lending as being helpful in considering the expectations of the creditors.

[69] The Essar Defendants argue that the creditors knew, or ought to have known, about Algoma's history of insolvency and yet, despite the fact that the trade creditors, unions, and retirees all have rights defined by contract, no steps were taken to protect themselves from related party transactions or the disposition of assets. I find this an astonishing argument. Trade creditors or retirees could not expect to bargain for any such rights. So far as the union is concerned, it has acknowledged that it had no right to be making decisions regarding the disposition of assets. Management rights clauses in the union contract make that clear. These creditors had no functional control over decisions made by Algoma and its board and no expectation of being able to control those decisions.

[70] There is evidence that Ms. Dale, the president of Local 2724, expected that any sale of the Port facilities would be given full value. Whether she had any other expectations was not explored. She did not learn that Algoma no longer owned the Port facilities until May, 2015 when she was told that there would be no job losses. There is also evidence that Mr. Da Prat, the president of Local 2251, thought that the Port Transaction was positive, although when he formed that idea was not clear. However, in my view the evidence of local union officials is not neutral because the USW and its Locals have aligned themselves with the attempts by Essar Global to acquire the Algoma assets in the CCAA process.

[71] Essar North America, a subsidiary of Essar Global submitted a bid during the CCAA sales process through a numbered company. It was disqualified to be a Phase II bidder because it failed to provide sufficient evidence of the financial ability to pursue the assets. Local 2251, supported by Local 2724 and the USW, brought a motion on May 13, 2016 to have the Essar Global bid qualify as a Phase II bidder. At the motion, counsel for Essar Global said that Essar Global still wanted to be a bidder. That motion was dismissed. On July 18, 2016, Local 2251

served a motion authorizing Local 2251 to advance a transaction in accordance with a term sheet under which Ontario Steel Investments Ltd., owned by Essar Global, proposed to acquire all of the Algoma assets. Apparently, Local 2251 and Ontario Steel signed the term sheet. The affidavit of Mr. Da Prat in support of the motion stated that Local 2251 had been approached by Ontario Steel and that Local 2251 supported the term sheet. The motion was adjourned. Essar Global is still interested in purchasing the assets of Algoma. On January 30, 2017, Essar Capital served a motion for an order directing the applicants to re-open the SISP. The motion referred to the continued interest of Essar Global.

[72] There is support in the evidence for a finding that the expectations relied on by the Monitor have been established by drawing reasonable inferences from the circumstances that existed at Algoma in 2014. Algoma has gone through a number of insolvencies and court proceedings to restructure since the early 1990s. In 2014, Algoma was under financial distress with a highly leveraged debt structure and liquidity issues. Given the cyclical nature of the steel business, it was entirely reasonable in the circumstances for all stakeholders to expect that significant corporate changes might be necessary for Algoma in the future, i.e. a restructuring might be necessary again. GIP made it clear that it had concerns that Algoma might find it necessary to go through another insolvency proceeding in light of its history and for that reason structured its loan and the resulting Port Transaction to provide some protection against that. It was reasonable for the stakeholders to expect that Algoma would not lose its ability to restructure in the future without the agreement of its parent, Essar Global.

[73] Often equity is entirely wiped out in a restructuring. This substantially occurred at Algoma in 1992 when majority ownership of the restructured company ended up in the hands of the employees. It would not seem reasonable to expect in 2014 that the equity holder would in the future have the right to veto any restructuring in a CCAA process in which it was not an applicant and thus the right to prefer its own interests to those of other stakeholders. That would not be fair treatment of creditors. Stakeholders have a reasonable expectation of fair treatment.

See *BCE* at para. 70. This is particularly the case in Sault Ste. Marie in which Algoma is of critical importance and the major industry which trade creditors and employees rely on.

[74] I do not accept the argument that the Algoma secured lenders or senior noteholders, who were informed of the Recapitalization and Port Transaction at the time and decided to support it, could be considered as proxies for all stakeholders and that their expectations should be accepted as the expectations of all stakeholders. Different groups of stakeholders can have different expectations, particularly from sophisticated institutional participants who were quite able to negotiate for themselves in the new capital structure. See *BCE* at para. 64.

[75] I find that the reasonable expectations of the trade creditors, the employees, pensioners and retirees of Algoma were that Algoma would not deal with a critical asset like the Port in such a way as to lose long-term control over such a strategic asset to a related party on terms that permitted the related party to veto and control Algoma's ability to do significant transactions or restructure and which gave unwarranted value to the third party.

### **Were the reasonable expectations violated?**

[76] These reasonable expectations were violated in two principle ways, being (1) the Port Transaction itself and (2) the change of control veto provided to Portco, and thus Essar Global, in the Port Transaction.

#### **(1) The Port Transaction**

[77] The Port Transaction, which was caused as a result of the breach by Essar Global of the Restructuring Support Agreement and the Equity Commitment Letter under which Essar Global agreed with Algoma to inject \$250 to 300 million into Algoma, transferred control of the Port



facilities from Algoma to Portco/Essar Global. This transfer of control was caused by the Port Transaction under which the fixed assets were transferred to Portco and a lease of the land used by the Port was given by Algoma to Portco for 50 years. The Cargo Handling Agreement, under which Portco agreed to provide cargo handling services to Algoma, provided for an initial term of 20 years and automatic renewal for successive three year periods unless either party gave notice of termination. Thus Essar Global will be in a position to terminate the Cargo Handling Agreement after 20 years which would give it leverage to negotiate a new payment schedule from Algoma, assuming it wanted to continue providing services to Algoma. Algoma will be at its mercy.

[78] The transfer of the Port assets to Portco was driven by the desires of GIP. GIP first became involved in April, 2014 when it was approached by Barclays, which was exploring alternative financial structures for Algoma on behalf of Essar Global. Mr. Seifert of Essar Capital was introduced to GIP by Barclays.

[79] On May 12, 2014, representatives of GIP met with representatives of Essar Global and Barclays to discuss Algoma's infrastructure assets and potential asset disposition transactions. They discussed the possibility of a Port transaction in which Algoma might sell its Port assets to a new corporate entity as a means to generate cash proceeds. GIP thought it of critical importance that an independent corporate entity for the Port assets be set up. On May 22, 2014, GIP sent Barclays a term sheet for a \$150 million facility described as a facility "with a bankruptcy remote SPV that includes the ports and related infrastructure of Essar Steel Algoma Inc."

[80] Regarding the need for a "bankruptcy remote structure", GIP was aware that Algoma had sought insolvency protection twice in the last 25 years, largely due to high leverage combined with economic downturns and the cyclical volatility of the steel industry. One of GIP's main concerns was bankruptcy remoteness. It would only lend to a new entity that would purchase the Port assets if that entity was separate and distinct from Algoma and had a mechanism in place,

i.e a take or pay contract, to receive a stable cash flow stream rather than cash flow dependent upon fluctuating steel prices. The utilization of a “bankruptcy remote” structure is apparently very common in project finance transactions associated with infrastructure assets and frequently utilized by banks and other institutional investors such as GIP.

[81] That the Port Transaction took on a form dictated by GIP does not, however, excuse the actions of Essar Global in breaching its equity commitment to Algoma, without which breach the Port Transaction would not have been necessary.

[82] The entire Port Transaction and the GIP secured loan to Portco would not have been necessary had Essar Global lived up to its obligations under the Restructuring Support Agreement it made with Algoma and the accompanying Equity Commitment Letter dated July 24, 2014 pledging a cash investment of \$250 to \$300 million. However, it is quite clear from the evidence that, despite its obligations to Algoma under these agreements, Essar Global had no intention of living up to its promises. Essar Global acted in bad faith in this regard.

[83] On March 28, 2014, the Ruias made it clear to Mr. Saraf of Essar Services India Limited in Mumbai that they did not have \$250 million for an equity investment in Algoma, that they did not want to tell any banks or investors that they would put in \$250 million of equity and that they could only put in \$120 million but would just take it out to reduce liabilities of Algoma owed to Essar companies.

[84] Mr. Saraf was dealing with Goldman Sachs, who were advising on the Recapitalization that would pay out Algoma’s junior unsecured noteholders. Goldman Sachs advised that up to \$300 million was needed as an equity contribution. On July 29, 2014, just five days after Essar Global signed the Equity Commitment Letter obliging it to provide equity of \$250 to 300 million (less \$50 million in potential third party inventory financing), Mr. Saraf advised Goldman Sachs that Essar Global wanted to limit its equity contribution to Algoma to \$150-160 million and asked if it could be reduced to \$100 million. On his cross-examination, Mr. Seifert referred to the

equity commitment in the Restructuring Support Agreement as “a temporary agreement to an ultimate refinancing”. That agreement was not by its terms a temporary agreement. While the Equity Commitment Letter provided for a payment to be made if it or the RSA were breached, it did not make the agreement temporary.

[85] Beginning in October, 2014, Mr. Seifert led a series of roadshow presentations to potential investors, marketing the securities being offered through the recapitalization. The transaction presented in the roadshow presentation was not what was contemplated by the RSA. Instead, it described a transaction in which the Essar Group contributed less than \$100 million of cash to Algoma, rather than the \$250-\$300 million required under the Equity Commitment Letter. This alternative transaction also contemplated cash being contributed to the recapitalization through the sale of the Port, something forbidden by the terms of the RSA without the express consent of the noteholders which had not been obtained. This roadshow presentation failed, and one reason given by Deutsche Bank, the lead bookrunner in the roadshow, was an insufficient contribution of cash equity into Algoma by Essar Global. This concern of potential investors over current and previous support from Essar Global was referred to at a board meeting of Algoma on October 30, 2014.

[86] The Essar Defendants argue that a shareholder has no obligation to inject cash equity into the company in which it owns shares. In the abstract that is certainly the case. But it was not the case with Essar Global which had obligated itself to inject \$250 to 300 million in cash into Algoma.

[87] The Essar Defendants also argue that there was no connection between the Essar Global equity commitment, i.e., the failure to advance under that commitment, and the Port Transaction and that the Port Transaction was a “key component” of the Recapitalization by May, 2014. I do not accept that. It is the case that the Port Transaction was contemplated as a possible transaction when first introduced in May, 2014, but it was by no means a certainty. In the first plan of arrangement to effect the Recapitalization that was approved by the Court on September 15,

2014, it was a condition of the plan that Essar Global comply with its cash funding commitment of \$250 to 300 million under its Equity Commitment Letter. The Port Transaction was not a part of the plan at all.

[88] It was Essar Global's decision not to fund Algoma according to the terms of the Equity Commitment Letter that made it necessary to carry out the Port Transaction. The Port Transaction was the result of the structure required by GIP to support the loan of \$150 million to Portco that was advanced to Algoma net of costs. That reduced the amount of cash equity previously promised by Essar Global to be advanced to Algoma. In the amended RSA, \$150 million of historical debt owed by Algoma to Essar Global was converted into preferred equity for Essar Global. That however was not cash as had been agreed to be advanced by Essar Global to Algoma in the Equity Commitment Letter. Moreover, the \$150 million debt had been at the bottom of the capital structure of Algoma and its value was certainly questionable, making the conversion of debt to equity also of questionable value. On cross-examination, Mr. Seifert chose not to "speculate" on what he would pay for the \$150 million debt and said the value was something in the eye of the beholder. This is confirmatory of the fact that the loans and equity conversion was of questionable value and certainly less than the cash infusion that Essar Global had previously agreed to put into Algoma and later reneged on.

[89] In my view, Essar Global's failure to inject cash equity into Algoma as agreed was the root cause of the Port Transaction and the resulting long-term effect on Algoma and its stakeholders of the transfer of control over the Port facilities from Algoma to Portco/Essar Global. The cash equity injection agreed to by Essar Global was a contractual alternative and clearly more beneficial to Algoma. That root cause was an exercise in bad faith. Had an independent committee of the board of directors of Algoma been struck, it may have been that steps may have been taken to hold Essar Global to its bargain rather than simply look to third party financing from GIP under the structure of the Port Transaction. The failure of the board of

Algoma to look to some other way to effect a Recapitalization was in itself an indication of a lack of regard for the interests of stakeholders of Algoma.

[90] The Essar Defendants contend that there was no legal requirement to appoint an independent committee of the Algoma board. However, actual unlawfulness is not required to invoke section 241 of the CBCA. The remedy is focused on concepts of fairness and equity rather than legal rights. A court is to look beyond legality to what is fair, given all of the interests at play. See *BCE* at para. 71.<sup>7</sup>

[91] The Monitor argues that although it is no longer claiming that the Port assets were transferred to Portco at an undervalue, the long-term value given to Essar Global, after the GIP loan is repaid, was itself oppressive. Essar Global paid cash to Algoma of under \$5 million, but will receive a stream of payments of \$25 million each year after GIP has been repaid. It would not be in the interests of the lenders to Algoma to want such a stream being paid out after the GIP loan was repaid. Their interest, as understood by Ms. Glass, was that they wanted to ensure that the port charges did not result in an ever increasing cost to Algoma and thus the reason for the amount to be paid by Portco annually for the shared services was to escalate at a higher rate of 3% as against an increase in the annual cost to be paid by Algoma to Portco for access to the Port facilities of 1%. It also would not be in the interests of the trade creditors, pensioners and retirees of Algoma.

[92] Two critical assumptions in the Duff & Phelps valuation of the cash flows were (i) that the amount of \$6 per ton to be paid by Algoma to Portco under the Cargo Handling Agreement

---

<sup>7</sup> On June 16, 2014 Prashant Ruia resigned as a director of Algoma. On June 23, 2014 Mr. Mirchandani became a director and on August 24, 2014 Mr. Kothari became a director. The four directors were then Mr. Mehra of Essar Global, Mr. Ghosh and Messrs. Mirchandani and Kothari. In an October 2014 offering memorandum, it was said that there were two independent directors, presumably being Messrs. Mirchandani and Kothari. They may have been legally independent of Essar Global, but there is no evidence of what their business connections to Essar Global were, or why they were appointed. Mr. Kothari had over 19 years' experience in financial services in India. Mr. Mirchandani had over 25 years' experience in the finance and accounting fields, having held numerous senior positions in major international firms. As will be seen, they took no steps to hold Essar Global to its original equity commitment under the RSA, despite being advised by Algoma's legal advisors to do so.

was reasonable and (ii) that the price would escalate by 1% for each of the 50 years. The Monitor is critical of the evidence of the comparable transactions used by Duff & Phelps and Susan Glass to test the \$6 per ton to be paid by Algoma to Portco under the Cargo Handling Agreement. I am not satisfied that the criticism is warranted. I accept the evidence of Duff & Phelps and Susan Glass in that regard that the \$6 per ton at the time in 2014 was reasonable.

[93] Regarding the assumption that the price to be paid by Algoma to Portco would be \$6 per ton escalated by 1% for 50 years, I find it somewhat difficult to accept that anyone can anticipate what the price of anything will be for 50 years, particularly in the steel industry, which on the evidence is quite cyclical. While the Cargo Handling Agreement provides for such an increase, an issue is whether that could be considered to be an indication of the market value over 50 years, albeit discounted to the present value. Duff & Phelps assumed that to be the case without any analysis to support it. The comparables they looked at were for three years only. Ms. Glass said that in her experience, annual price escalation can be something less than one percent or slightly higher than one percent and that the one percent in the Cargo Handling Agreement was not out of line with industry practice. No particulars were provided as to any other agreements and how long the escalation terms were, except for three comparables and two years of pricing in 2013 and 2014. No evidence of any comparable transaction for any port for anything close to 50 years was provided.

[94] One cannot question the expertise of Duff & Phelps or Ms. Glass. But I must say that the assumption that the price to be paid by Algoma to Portco of \$6 per ton for 50 years increased by 1% each year for 50 years was reasonable is weakly supported (in reality virtually not at all). Thus whether the amount paid to Algoma for the lease represented market value is to my mind somewhat questionable. Thus whether it was fair to the stakeholders whose reasonable expectations are to be taken into account is also questionable. The concern is heightened by the fact that Essar Global advanced only approximately \$4.2 million of its own money for this right to the cash flow, with by far the lion's share of the money going to Algoma coming from the

\$150 million GIP Loan advanced to Portco. Essar Global also became obligated to pay the \$19.8 million promissory note from Portco to Algoma that was assigned to Essar Global, which Essar Global has refused to pay since due in November 2015.

[95] There is evidence that Mr. Ghosh voted in favour of the Port Transaction as being in the best interests of Algoma at the board meeting in November 2014. However, it is clear that he did so not because it was ideal, but because there was no other option given the failure of Essar Global to capitalize Algoma with the \$250 to \$300 million.

[96] Mr. Ghosh said that on a stand-alone basis, he would not have done the Port Transaction as it was too expensive with effective interest at 20%, being a cost of \$25 million annually on \$150 million. However, he said he had to agree to the Port Transaction as it was the only way to close the refinancing that was bringing in \$150 million and it was the only deal on the table because Essar Global was not providing \$250 to \$300 million in equity as previously agreed. He did not think that the refinancing at the time was adequate for Algoma's needs. I accept this evidence.

[97] Mr. Marwah, the CFO of Algoma (but not a director), said the same thing. He thought the payment of \$25 million annually on \$150 million was high and said that it did not concern him as it was the only option available at that point in time. In his words, there was no other option to keep the company alive. I accept that evidence as well.

[98] The Essar Defendants submit that Mr. Marwah, in his capacity as CFO, swore an affidavit in support of the arrangement application deposing that Algoma's trade creditors, retirees and employees "will not be affected" by the Recapitalization. I do not see that as assisting Essar Global. That was an affidavit in support of the first plan of arrangement approved by the Court. It was a condition of that plan of arrangement that Essar Global would comply with its financing obligations under the RSA to provide a cash equity infusion of between \$250 million to \$300 million. Mr. Marwah referred to this in his affidavit and said that Essar Global

will fund up to \$300 million by way of equity on the closing of the Recapitalization. When Essar Global failed to provide that equity and a revised plan of arrangement was approved, there was no affidavit of Mr. Marwah saying that the trade creditors, retirees and employees would not be affected. Whether he was obliged as argued by the Essar Defendants to say in that affidavit that these creditors would be affected was really not for him to say.

[99] The fact that Mr. Ghosh and Mr. Marwah acted in good faith thinking they were doing the best for Algoma in the circumstances is not in itself an answer to an oppression claim. Good faith is not necessary.

[100] The Essar Defendants argue that in the amended RSA and order approving it, a release was given to Essar Global for breach of the Equity Commitment Letter, and it would be an improper attempt to re-litigate an issue previously decided by Morawetz R.S.J. and an abuse of process which should not be allowed. I do not see this as an issue in this proceeding. First, the release in the amended RSA was a release of any claim arising out of the Equity Commitment Letter. The Monitor is not making a claim under the Equity Commitment Letter or asking that Essar Global provide the equity it agreed to provide in that commitment. Nor is the Monitor asking that the release be set aside. The Monitor contends, and I agree, that the failure of Essar Global to fund as agreed in the RSA and Equity Commitment Letter is a part of the factual circumstances to be taken into account in considering whether the affected stakeholders who were not party to the agreements were treated fairly by the Port Transaction.

[101] Second, it was only the failure of the roadshow to attract investor interest that left Algoma with a shortfall of funds to refinance its debt. Algoma was compelled to amend the RSA to permit proceeds from the Port Transaction to be used as a source of funding. Nowhere in the affidavits adduced in support of the amendment to the Plan of Arrangement was there any reference to the Port Transaction. The order approving the amendment to the RSA was obtained without opposition. It cannot be said that the Court adjudicated at all on the terms of the Port Transaction. Nor did the Court make any finding in the unopposed order that a release of Essar



Global in respect of that transaction was warranted as being fair and reasonable in the circumstances. The trade creditors, employees, pensioners and retirees of Algoma were not a party to the motion approving the amended RSA.

[102] It is also argued by the Essar Defendants that the claim of the Monitor is only brought with the benefit of hindsight and that there is no evidence that a subsequent CCAA filing was reasonably foreseeable in 2014 when the amended Recapitalization was agreed and closed. I disagree. It was the concern based on Algoma's past history and its previous CCAA filings that led GIP to require a "bankruptcy remote" loan structure to protect it in the event of a future insolvency. At the time, Mr. Ghosh did not think that the amended Recapitalization was adequate for Algoma in the future without the equity injection of \$250 to \$300 million that Essar Global had agreed to make. That turned out to be prescient. This argument by the Essar Defendants is also somewhat inconsistent with its argument that the trade creditors, employees, retirees and pensioners knew, or ought to have known, of Algoma's history of insolvency in 2014 and taken steps to protect themselves.

[103] I conclude and find that the Port Transaction was in itself unfairly prejudicial to, and unfairly disregarded, the interests of Algoma's trade creditors, employees, pensioners and retirees.

**(2) Change of control provision**

[104] The change of control provision contained in section 15.2 of the Cargo Handling Agreement gives Portco (and thus Essar Global) effective control over who may acquire the Algoma business. It provides that the Cargo Handling Agreement may not be assigned by either party, being Algoma and Portco, without the prior written consent of the other and that a change of control of a party will be deemed to be an assignment:

15.2 Assignment

... this Agreement may not be assigned by either Party without the prior written consent of the other Party. This Agreement shall enure to the benefit of the successors and permitted assigns of the Parties hereto. For greater certainty, a change of control of a Party will be deemed to be an assignment. Any successor to PortCo or assignee of PortCo's obligations hereunder will enter into an express agreement to be bound by this Agreement in favour of ESAI.

[105] It is clear that the Port facilities are of crucial importance to the operation of the Algoma steel mill.<sup>8</sup> In light of the 50 year lease of the Port facilities from Algoma to Portco, and the Cargo Handling Agreement and Shared Services Agreement, any buyer of the Algoma business would require the Cargo Handling Agreement to be assigned to it in order to be able to operate the steel mill. Thus the veto of Portco under this clause, which Essar Global controls, is effectively a veto of Essar Global over any change of control of the Algoma business.

[106] The change of control clause in the Cargo Handling Agreement was driven by GIP. The evidence of Mr. Sreckovic of GIP was that GIP required the Cargo Handling Agreement to have an assignment or change of control provision (section 15.2) to ensure that Portco (and GIP) would always know who its counterparty to the agreement was. For instance, if Algoma was sold to an entity with limited financial resources or a hedge fund with no experience in running a steel company, Portco would have the ability to withhold consent to the assignment of its contract. GIP also had a change of control provision in its credit agreement with Portco for its protection. It provided that if a change of control of Portco or Algoma occurred, GIP had the right to require immediate repayment of 101% of the loan amount.

[107] Mr. Seifert, who had been chosen by Essar Global to undertake the exercise to recapitalize Algoma's balance sheet, had no discussion with any other party other than GIP regarding a debt investment, i.e. a loan to Portco. Thus it was the decision of Mr. Seifert and the controlling shareholder not to have any lender to Portco other than GIP. Had there been other

---

<sup>8</sup> The fact that the Port was referred to in an offering memorandum as a non-core asset of Algoma does not mean that it was not crucial to the operation of the steel mill. Mr. Seifert's evidence is that whether an asset is important to a business is not determinative of whether it is core and that companies regularly sell off infrastructure without which they cannot operate.

investment advisors to an independent committee of the board of Algoma, it may have been that the purpose of the control clause given to Portco in section 15.2 of the Cargo Handling Agreement could have been achieved by some other means. There is no evidence that anyone at Essar Global or Algoma tried to avoid the clause. There was a way to achieve that purpose other than giving Portco/Essar Global a veto over a change of control of Algoma.

[108] The Essar Defendants say that any infrastructure lender would have required a clause giving Portco a veto over any change of control. It relies on the opinion of Mr. Weisdorf as to why GIP, as an infrastructure lender, would want Portco to hold a veto over any change of control of Algoma. In his report he said that it is ordinary practice in the circumstances for Portco to require change of control provisions in order to be assured that any new potential owner of Algoma would continue to operate the Port to the same standard as the prior owner of Algoma. He explained this in his cross-examination, saying that the reason why GIP would request the clause is because if GIP elected to act on its security and become the equity owner of Portco i.e. it was no longer a lender to, but an owner of Portco, it could no longer act or rely on its security that had a change of control provision and it would have to rely on the right of Portco to veto any purchaser. Mr. Weisdorf conceded that such a scenario was remote and unlikely to occur.

[109] There was, however, another way for GIP to protect itself in this scenario, but no one from Essar Global or Algoma sought to pursue it with GIP.

[110] One of the agreements signed at the time of the Recapitalization and Port Transaction on November 14, 2014 was an Assignment of Material Contracts made among a number of the secured lenders, including GIP, Portco and Algoma. It contained covenants by Algoma in favour of GIP, such as a clause precluding it from selling or assigning any material contract, which included the Cargo Handling Agreement. There was no reason why the agreement could not have contained a change of control provision that Algoma or its parent could not enter into any arrangement leading to a change of control of Algoma without the consent of GIP if GIP became

an equity owner of Portco under its security and unable to act on the change of control provision contained in its security. Such a clause would have given GIP everything that Mr. Weisdorf said an infrastructure lender would want. It was an alternative definitively available and clearly more beneficial to Algoma.

[111] Had there been a committee of independent directors with advisors independent of the Essar Global interests, that result may have been achieved. What happened however is that GIP, the lender to Portco decided on by Essar Global and Mr. Seifert, had no real pushback on the change of control giving Portco/Essar Global a veto. It was in Essar Global's interest to have such a veto reside in Portco and it had no reason to argue against it.

[112] In its pleading, the Monitor claimed a declaration that the Port Transaction was a transfer of assets from Algoma to Portco at undervalue. At the time of the Port Transaction, GIP required that a valuation be done to assist it in later defending any possible attack in a bankruptcy that the assets had been transferred to Portco at an undervalue. For that purpose, Duff & Phelps did a valuation which would suggest that the assets were not transferred at an undervalue. For the purposes of the trial Essar Global obtained an opinion from Susan Glass of KPMG that the Duff & Phelps opinion was reasonable. It is important however to note that none of the opinions took into account the change of control provision in the Cargo Handling Agreement or attempted to value it.

[113] There is little doubt that the change of control clause is of considerable value to Essar Global. On May 10, 2016, counsel for Portco wrote to counsel for Algoma to highlight matters of particular concern to Portco in connection with the CCAA process. Included was a concern that any prospective bidder be told of the veto right of Portco/Essar Global under the change of control clause. The letter stated:

Portco and ESAI [Algoma] are party to a Cargo Handling Agreement pursuant to which ESAI has committed to long-term use of the Port. Portco has, of course, a

keen interest in any successor to ESAI as counterparty to that Agreement and would like it to be clear to prospective bidders that, pursuant to the terms of the Cargo Handling Agreement, Portco has a consent right in the event of any assignment by ESAI of the Agreement or a change of control of ESAI. Again please confirm that this has been made clear to prospective bidders.

[114] This letter was sent around the time that Ontario Steel, a subsidiary of Essar Global, negotiated and signed a term sheet with Local 2251 under which Ontario Steel would acquire the Algoma business. The letter was clearly meant to be a shot across the bow of any potential buyer of the Algoma assets. Essar Global continues to have an interest in being a bidder, as is clear from the motion of Essar Capital to reopen the SISP, first made returnable on January 30, 2017.

[115] The evidence of Mr. Ghosh is that, as the Cargo Handling Agreement governs the rights of Algoma to access the Port and since Algoma cannot survive without access to the Port, this right of Portco to refuse assignment in the event of a change of control is a material impediment to restructuring Algoma. The evidence of Mr. Marwah, formed from discussions with several potential purchasers, is that Portco's right to refuse an assignment is an impediment to the sale of Algoma. This evidence is not surprising and was not challenged. I accept it. It is clear that the dictate of Portco through its solicitors that prospective purchasers should be made aware of the change of control provision was successful.

[116] I do not accept GIP's argument that they had no chance to consider this issue. It was clear from the opening bell in this proceeding in the conferences held that this change of control power was central to the claim of the Monitor. It was pleaded in the statement of claim. The affidavits of Mr. Ghosh and Mr. Marwah were served on the parties, including GIP, and GIP could have answered them in its own affidavit evidence if its wished. Mr. Ghosh and Mr. Marwah could have been cross-examined on this issue as well. They were not.

[117] In argument, counsel for Essar Capital said that it would not unreasonably withhold its consent to a transaction. There is no evidence to this effect, but I put little weight in that

statement in any event. As long as Essar Global holds out a prospect of being a buyer, it cannot be expected to consent to another bidder buying Algoma. It would be in its interest to dissuade other buyers in order for it to achieve the lowest possible purchase price. Essar Global has moved to reopen the bidding process and indicated an interest in being a bidder, perhaps with some financial partner, and I would not be prepared to say there is no concern raised by the change of control provision on the mere say so of Essar Global.<sup>9</sup> The letter from counsel for Essar Global on May 12, 2016 speaks volumes. It clearly invites any bidder to understand that Essar Global has control rights.

[118] I conclude and find that the change of control provision in favour of Portco in section 15.2 of the Cargo Handling Agreement was unfairly prejudicial to, and unfairly disregarded the interests of, Algoma's trade creditors, employees, pensioners and retirees.

### **The business judgment rule**

[119] The Essar Defendants rely on the business judgment rule as a defence to the claims made against them. The business judgment rule was described in *BCE* at para. 40:

40 In considering what is in the best interests of the corporation, directors may look to the interests of, inter alia, shareholders, employees, creditors, consumers, governments and the environment to inform their decisions. Courts should give appropriate deference to the business judgment of directors who take into account these ancillary interests, as reflected by the business judgment rule. The "business judgment rule" accords deference to a business decision, so long as it lies within a range of reasonable alternatives.... It reflects the reality that directors, who are mandated under s. 102(1) of the CBCA to manage the corporation's business and affairs, are often better suited to determine what is in the best interests of the

---

<sup>9</sup> In a decision released contemporaneously with this judgment, I have dismissed the motion to re-open the SISF. However, as stated in that decision, it is open to any person to reach out to the Term Lenders and the Consenting Secured Noteholders to propose and negotiate a transaction that they are willing to accept and support.

corporation. This applies to decisions on stakeholders' interests, as much as other directorial decisions.

[120] In this case I do not think that the business judgment rule provides a defence to the Essar Defendants.

[121] The Essar Defendants argue that throughout the Recapitalization and Port Transaction, Algoma's Board had the benefit of advice from sophisticated financial and legal advisors. That surely was the case. What all the advice was that was provided is not in the record. However there was one piece of advice not heeded by the Algoma board that is of central importance in this case.

[122] Algoma's Board held meetings on October 30 and November 1, 2014. It is quite clear from the meeting minutes that it was Mr. Seifert who was leading the Recapitalization effort. At the November 1 meeting, Mr. Schrock of Weil, Gotschal & Manges advised that unsecured noteholders would not react well to proposed changes to the Port Transaction and would likely push for a higher infusion of cash/equity from Essar Global, as promised in the Equity Commitment Letter. The advisors said that the board should insist that Algoma press all parties to fully satisfy their commitments and this could include a letter to Essar Global setting forth its obligations regarding the equity commitments. That advice was not followed.

[123] I fail to see how the directors of Algoma can rely on the business judgment rule in the face of not following advice to go after Essar Global on its cash equity commitment. There was no issue about the validity of that commitment. If the Ruia interests had acquiesced to forming an independent committee of the board, or listened to the truly independent directors before they resigned in frustration, steps may have been taken differently including accepting and following Mr. Schrock's advice. What happened in the Port Transaction was an exercise in self-dealing in that Algoma's critical Port asset was transferred out of Algoma to a wholly owned subsidiary of Essar Global with a change of control provision that benefited Essar Global at a time that a

future insolvency was a possibility.<sup>10</sup> That would not have been necessary had Essar Global lived up to its cash injection commitment. Yet the board did not take any steps to call Essar Global on its commitment, even in the face of legal advice that it should do so.

[124] The Board of Algoma also accepted the change of control provision without considering whether other steps could be taken to protect GIP. There is no evidence that the Board even considered the issue. There were steps that could be taken and failure to consider those steps on such an important matter for Algoma was not reasonable.

### **The appropriate remedy**

[125] The Monitor has taken somewhat different positions on the appropriate remedy as this case has progressed. In the original statement of claim, the Monitor sought to set aside the Port transaction and the relief sought against GIP was vague other than to say that its interests should be addressed. The pleading requested:

an order setting aside the Port Transaction, and vesting Algoma with all right, title and interest in and to the lands....which are subject of the Port Transaction...free and clear of the claims of Portco, EGFL, Essar Ports Algoma Holding Inc. and Algoma Port Holding Company Inc. on such terms as this Court deems just, including terms addressing the interests of those arm's length parties unrelated to the Essar Group who have provided secured credit facilities in connection with the Port Transaction...

[126] GIP sought particulars of the relief claimed against it. In a short handwritten endorsement of January 5, 2017 I ordered further particulars as follows:

---

<sup>10</sup> I do not agree with the Essar Defendants' argument that control of the Port remained unchanged by the Port Transaction as control rested with Essar Global before and after the Port Transaction. The argument ignores the reality of Algoma as a separate company that had control of the Port assets and would continue to have control in this insolvency that would not be control in the hands of Essar Global once the Initial Order was made in the CCAA proceedings and after the SISP was ordered.



I appreciate that without the evidence of GIP, the plaintiff is not able to clearly articulate what specific relief should be granted and what relief to GIP, if any, should be granted.

GIP needs to know what evidence to lead in its affidavit evidence to be filed, and needs to know as best it can which evidence it thinks it needs to cross-examine on.

In my view, the statement of claim should be amended to provide as much particulars of possible relief against GIP it will seek, presumably in alternatives depending on the evidence.

GIP should then file a defence as an intervening party setting out its position and as best as it can what relief (or protection) it seeks if the Port Transaction is set aside.

There is no particular easy solution here in light of the way this trial is being structured. It may be that GIP may need to lead more than less evidence it wishes.

I urge the plaintiff to give as many particulars as it can at their (sic) stage of what relief it may seek.

[127] In its amended statement of claim, the Monitor claimed an order setting aside the Port Transaction free and clear of the security interests of GIP and directing Algoma to enter into alternative arrangements as to its indebtedness to Portco and security in favour of GIP:

(o) an Order setting aside the Port Transaction and vesting Algoma with all right, title and interest in and to the lands, fixtures and chattels which are the subject of the Port Transaction (the “Port Assets”) free and clear of all security interests...[of GIP];

(p) further or in the alternative, and on the condition that the Port Transaction is set aside... an order directing that Algoma enter inter alternative arrangements as to any indebtedness owed to the Port Lenders [GIP] and as to any security in favour of the Port Lenders on such terms as this Court deems just, including

arrangements addressing the terms of such indebtedness and the priority of such security;

(q) further or in the alternative, and on the condition that the Port Transaction is set aside... an order directing that Algoma enter into arrangements as to any indebtedness owed to the Port Lenders and as to any security in favour of the Port Lenders on terms no less favourable on the whole than the terms currently in effect in favour of [GIP];

[128] In its response to the motions of Portco and GIP to strike the claim as disclosing no cause of action heard at the outset of the trial, the Monitor stated in its factum that it was no longer seeking the relief in (o) and therefor was not seeking relief against GIP directly. During the argument on the motion, counsel for the Monitor stated that the Monitor was seeking to set aside the Port Transaction as per (p) and (q) of the amended statement of claim, and that what was not being sought under (o) was the relief “free and clear of all security interests [of GIP]”. What I take from counsel’s statement, while not acknowledged as such, was that the factum was sloppily, and no doubt quickly, drafted.

[129] In its factum on the motion to strike, the Monitor did state:

[29] Should an oppression remedy be granted, the plaintiff will seek to have it tailored as carefully as possible so as not to disturb the legitimate interests of the Lender Intervenors; and

[30] The remedy sought is to have the Port returned to Algoma ownership so as to facilitate a restructuring. If a restructuring is ultimately successful and a new owner purchase Algoma, then if that new owner does not pay out the Lender Intervenor loan as part of the purchase transaction, the Monitor will seek to put in place substantially the same package of security currently enjoyed by the Lender Intervenors, but in a structure where the Port is under Algoma ownership.

[130] In oral argument, counsel for the Monitor said that one thing that could have been done was to insert a clause in the Assignment of Material Contracts to which Algoma and GIP were parties preventing a change of control of Algoma without the consent of GIP. He argued that I

could strike the change of control clause from the Cargo Handling Agreement if it was found to be oppressive.<sup>11</sup> He also argued that if the entire Port Transaction was found to be oppressive, a remedy could be to transfer the shares of Portco to Algoma and keep all of the agreements relating to GIP in place as against Portco and Algoma. This argument was reiterated in the closing written submissions of the Monitor.

[131] GIP argues that its interests as a stakeholder in the Port Transaction must be taken into account in considering an oppression remedy and that it expected the terms of the secured loan to be respected. I have considerable doubt that GIP is a stakeholder whose interests were to be protected under oppression principles. The stakeholders whose interests were to be protected were the existing stakeholders and the issue is whether the transaction that is attacked was oppressive to those stakeholders. In *BCE* at para. 70 it is stated that “the claimant must identify the expectations that he or she claims have been violated by the conduct at issue”. The conduct at issue here is the Port Transaction and the GIP loan.

[132] Nevertheless, I am reluctant to order the shares of Portco to be transferred to Algoma. GIP lent on a certain basis. That included lending to a company that was separate and not owned by Algoma with a cash flow stream generated by the Cargo Handling Agreement on a take or pay basis.

[133] I have some sympathy with the argument of the Monitor that in substance and practically, the position of GIP will realistically be no different if Portco becomes a subsidiary of Algoma. What GIP strove to do was to achieve a “bankruptcy remote” structure with its loan to Portco. As a practical matter, however, the cash flow generated by the Cargo Handling Agreement will certainly be affected if Algoma does not survive in the hands of a solvent buyer. The cash flow has already been affected by the order that payments under the Cargo Handling Agreement were

---

<sup>11</sup> GIP says that the Monitor has not sought this remedy, as it is not in its closing written submissions. I do not agree. The remedy was claimed by the Monitor in oral argument. All parties, including GIP at para. 13 of its closing written submissions, rely on their opening submissions, the submissions on the motion to strike, their oral submissions, as well as their closing written submissions.

to be stopped, as Essar Global was not paying the \$19.8 million owing to Algoma under the promissory note assigned to Essar Global and a set-off issue arose from Essar Global's refusal to pay this promissory note.

[134] Transferring the shares of Portco to Algoma would have a negative effect on GIP. GIP's security, which was to be a first ranking security, would rank behind each of several charges in the CCAA proceedings over Algoma's assets if Portco were a subsidiary of Algoma. There might also be a risk of Algoma leveraging itself and taking on additional debt. Also, GIP was prepared to lend at a higher multiple of EBITDA because Portco was considered bankruptcy remote and the loan would not have been for the full \$150 million if Portco was not bankruptcy remote.

[135] Under section 241(3) of the CBCA, a court may make any interim or final order it thinks fit. It has been said, however, that a remedy for oppression should be taken with a scalpel. In *Nanef v. Con-Crete Holdings Ltd.* (1995), 23 O.R. (3d) 481 (C.A.), Galligan J.A. quoted with approval the following statement of Farley J. in *820099 Ontario Inc. v. Harold E. Ballard Ltd.* (1991), 3 B.L.R. (2d) 113:

The court should not interfere with the affairs of a corporation lightly. I think that where relief is justified to correct an oppressive type of situation, the surgery should be done with a scalpel, and not a battle axe. I would think that this principle would hold true even if the past conduct of the oppressor were found to be scandalous. The job for the court is to even up the balance, not tip it in favour of the hurt party. I note that in *Explo [Explo Syndicate v. Explo Inc.]*, a decision of the Ontario High Court, released June 29, 1989, Gravelly L.J.S.C. stated at p. 20:

In approaching a remedy the court, in my view, should interfere as little as possible and only to the extent necessary to redress the unfairness.

[136] If there were no less obtrusive way to remedy the oppression in this case, I would order the shares of Portco to be transferred to Algoma. But in my view there are less obtrusive ways. Included under section 241(3) is the power to order a variation of a transaction.

[137] The change of control provision in section 15.2 of the Cargo Handling Agreement was inserted at the instance of GIP. It was not something that Essar Global requested, although it is something that Essar Global wants to take advantage of now. GIP can be protected from the very thing that motivated section 15.2 according to the evidence of Mr. Weisdorf whose opinion was relied on by Essar Global and GIP. The purpose was to protect GIP in the unlikely event that GIP elected to act on its security and become the equity owner of Portco, i.e. if it were no longer a lender but an owner of Portco, it could no longer act on its security that contained a change of control provision.

[138] That purpose, however, could have been accomplished by an agreement between GIP and Algoma that if GIP became the owner of Portco, Algoma or its parent could not effect or be a party to any arrangement leading to a change of control of Algoma without the consent of GIP. GIP and Algoma were parties to the Assignment of Material Contracts agreement that contained covenants by Algoma in favour of GIP. In my view, and I so order, the appropriate relief for the oppression involving the change of control clause in the Cargo Handling Agreement is to delete section 15.2 from that agreement and to insert a provision in the Assignment of Material Contracts agreement that if GIP becomes the equity owner of Portco, Algoma or its parent cannot agree to or undertake a change of control of Algoma without the consent of GIP.

[139] GIP has not provided any argument as to why that relief would not protect it instead of relying on section 15.2 of the Cargo Handling Agreement. GIP has instead made arguments on the pleadings and said that relief was not spelled out in the claim. I am not sympathetic to this argument.

[140] As can be seen by my endorsement on the motion by GIP for particulars, I had some concerns that without the evidence of GIP, the Monitor could not clearly articulate what specific relief should be granted. I urged the Monitor to provide as full particulars as possible at that stage of the relief that it was seeking.

[141] The evidence subsequently filed and relied on by GIP was that of Mr. Weisdorf, who was cross-examined on January 18, 2017 shortly before the trial was to commence. It is the cross-examination of Mr. Weisdorf that revealed the real reason why section 15.2 was required and it is that cross-examination that the Monitor relies on to support its claim to delete section 15.2 from the Cargo Handling Agreement. I grant leave to the Monitor to amend its claim to support this relief that I order. Neither GIP nor Essar Global were taken at all by surprise. The issue with the change of control clause was pled by the Monitor and the affidavit material filed by Essar Global and GIP dealt with the issue.

[142] The other concerns are with respect to the obligations in the Cargo Handling Agreement. I have a concern with the imbalance in the term of the lease to Portco for 50 years against the term of the Cargo Handling Agreement for 20 years with automatic renewal for successive three year periods unless either party gives written notice of termination to the other party. If Essar Global thought that it wanted an increased payment after 20 years, it could refuse to continue the Cargo Handling Agreement and put Algoma at its complete mercy. If the market did not support an increased payment, or indicated that the payments from Algoma to Portco should be less in the future, Algoma would still be at the mercy of Essar Global. As the Port facilities are critical to the operation and survival of Algoma, it would be foolhardy indeed for Algoma to refuse to extend the Cargo Handling Agreement. The language in the Cargo Handling Agreement that Algoma can refuse to extend it after 20 years is illusory and not realistic. In reality, it is a provision that is one-sided in favour of Essar Global.

[143] GIP is entitled to the assurance that the net \$25 million (as adjusted by the 1% increase to be paid by Algoma to Portco and the 3% increase to be paid for shared services by Portco to Algoma) is to be paid by Algoma to Portco so long as the GIP loan to Portco has not matured and remains unpaid. That is the basis on which it made the loan and GIP is entitled to that protection. The loan terms require that any principal and interest amounts outstanding on the maturity of the loan be repaid on the maturity date of November 14, 2022. Without

oversimplifying the details of the loan agreement and the charges under it, in the 8 years during which the loan is outstanding, the expected \$25 million per year to be paid by Algoma to Portco and paid by way of a cash sweep to GIP would amount to \$200 million. The loan was for \$150 million. Interest was to be LIBOR plus, I believe, around 8% and there were costs. Whether Algoma is able to pay off GIP at the maturity date or required to refinance it through GIP is not known.

[144] For the balance of the first 20 years under the Cargo Handling Agreement after the GIP loan matures, if that agreement survives only to that date, Algoma will pay a further 12 years at \$25 million, or \$300 million, to Portco which will benefit Essar Global after the balance of the GIP loan is paid off. If the Cargo Handling Agreement is not terminated before the end of its life of 50 years, that will be another 30 years at \$25 million, or \$750 million, paid to Portco/Essar Global. Taken with the small amount paid by Essar Global, the \$4.2 million in cash (and the \$19.8 million note that it has refused to pay), it means that Essar Global will obtain an extremely large amount of cash from Algoma for little money. I realize that if Algoma became solvent and able to pay its debts, it would be able to pay a dividend to Essar Global (or the appropriate subsidiary) so long as Essar Global remained its shareholder. Whether and when Algoma could become solvent with its pension deficits that have existed for some time and be in a position to pay dividends to its shareholder is a significant unknown. But the payments under the Cargo Handling Agreement do not require any solvency test and are in the financial circumstances Algoma finds itself in, a clear contractual benefit for little money. It is an unreasonable benefit that was prejudicial to, and unfairly disregarded, the interests of the creditors on whose behalf this action has been brought by the Monitor.

[145] In my view, the appropriate relief for the oppression that I have found in the Port Transaction, and I so order, is that the Lease to Portco, the Cargo Handling Agreement and the Shared Services Agreement be amended to provide that after the GIP loan has matured and been paid, Algoma shall have at any time thereafter during which the Lease exists the option of

terminating the Lease to Portco, the Cargo Handling Agreement and the Shared Services Agreement. Further, if the Cargo Handling Agreement continues and if Portco elects not to renew it after 20 years or after any three year extension, the Lease to Portco shall terminate at that time along with the Cargo Handling Agreement and Shared Services Agreement. Upon termination of the Lease, Algoma shall repay to Portco \$4.2 million with interest from the date of the termination of the Lease calculated under the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C. 43. If there is any issue as to any payment to be made by Algoma to Portco under section 2.1 of the Lease, that issue shall be arbitrated under the provisions of article 18 of the Lease.

[146] I do not think that any amendment to the claim of the Monitor is necessary for this order to be made. It goes partway to the full setting aside of the Port Transaction that was claimed by the Monitor. However, if necessary I would grant leave to the Monitor to amend its claim to support this relief that I order. The issues were fully canvassed in the evidence and argument.

### **Counterclaim**

[147] Portco has made a counterclaim for a declaration that the \$19.8 million note has been paid in full as a result of set-off and for payments beyond that amount said to be owing under the Cargo Handling Agreement. When and how the set-off occurred is not in the record and whether that could be affected by the stay of proceedings in the CCAA has not been argued. Nor are the amounts said to be owing set out with any precision. In my view the appropriate place to make this claim is in the CCAA proceedings and I do not intend to deal with it in this counterclaim.

### **Costs**

[148] Any party seeking costs may make brief cost submissions in writing within two weeks along with a proper cost outline and brief responding cost submissions may be made in writing within a further two weeks.



---

Newbould J.

**Released:** March 6, 2017

**CITATION:** Ernst & Young Inc. v. Essar Global Fund Ltd et al, 2017 ONSC 1366  
**COURT FILE NO.:** CV-16-11570-00CL  
**DATE:** 20170306

**ONTARIO  
SUPERIOR COURT OF JUSTICE  
COMMERCIAL LIST**

**BETWEEN:**

ERNST & YOUNG INC. in its capacity as Monitor of  
all of the following: ESSAR STEEL ALGOMA INC.,  
ESSAR TECH ALGOMA INC., ALGOMA  
HOLDINGS B.V., ESSAR STEEL ALGOMA  
(ALBERTA) ULC, CANNELTON IRON ORE  
COMPANY

and ESSAR STEEL ALGOMA INC. USA  
Plaintiff

- and -

ESSAR GLOBAL FUND LIMITED, ESSAR POWER  
CANADA LTD., NEW TRINITY COAL, INC.,  
ESSAR PORTS ALGOMA HOLDINGS INC.,  
ALGOMA PORT HOLDING COMPANY INC., PORT  
OF ALGOMA INC., ESSAR STEEL LIMITED and  
ESSAR STEEL ALGOMA INC.

Defendants

---

**REASONS FOR JUDGMENT**

---

Newbould J.

**Released:** March 6, 2017



COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

CITATION: Ernst & Young Inc. v. Essar Global Fund Limited, 2017 ONCA 1014

DATE: 20171221

DOCKET: C63581/C63588

Blair, Pepall and van Rensburg JJ.A.

BETWEEN

Ernst & Young Inc. in its capacity as Monitor  
of all of the following: Essar Steel Algoma Inc.,  
Essar Tech Algoma Inc., Algoma Holdings B.V.,  
Essar Steel Algoma (Alberta) ULC,  
Cannelton Iron Ore Company and  
Essar Steel Algoma Inc. USA

Plaintiff (Respondent)

and

Essar Global Fund Limited, Essar Power Canada Ltd.,  
New Trinity Coal, Inc., Essar Ports Algoma Holding Inc.,  
Algoma Port Holding Company Inc., Port of Algoma Inc.,  
Essar Steel Limited and Essar Steel Algoma Inc.

Defendants (Appellants/Respondent)

Patricia D.S. Jackson, Andrew D. Gray, Jeremy Opolsky, Alexandra Shelley and Davida Shiff, for the appellants Essar Global Fund Limited, New Trinity Coal, Inc., Essar Ports Algoma Holding Inc., Essar Ports Canada Holding Inc., Algoma Port Holding Company Inc., Port of Algoma Inc., and Essar Steel Limited

Clifton P. Prophet, Nicholas Kluge and Delna Contractor, for the respondent Ernst & Young Inc. in its capacity as Monitor of Essar Steel Algoma Inc. et al.

Eliot N. Kolers and Patrick Corney, for the respondent Essar Steel Algoma Inc.

Peter H. Griffin, Monique Jilesen and Kim Nusbaum, for the appellants GIP Primus, L.P. and Brightwood Loan Services LLC

Heard: August 15-17, 2017

On appeal from the judgment of Justice Frank Newbould of the Superior Court of Justice, dated March 15, 2017, with reasons reported at 2017 ONSC 1366, 137 O.R. (3d) 438 and from the costs order, dated June 29, 2017, with reasons reported at 2017 ONSC 4017, 50 C.B.R. (6th) 148.

**Pepall J.A.:**

[1] This appeal concerns a successful oppression action brought pursuant to s. 241 of the *Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44 (the “CBCA”). It involves the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (the “CCAA”) restructuring proceedings of the respondent, Essar Steel Algoma Inc. (“Algoma”) <sup>1</sup>, one of Canada’s largest integrated steel mills and the respondent, Ernst & Young Inc., the court-appointed Monitor.

[2] The supervising CCAA judge authorized the Monitor to commence an action for oppression against Algoma’s parent, the appellant Essar Global Fund Limited (“Essar Global”), and the remaining appellants, other companies owned directly or indirectly by Essar Global (the “Essar Group”). The action arose in the context of a recapitalization of Algoma and a transaction between Algoma and Port of Algoma Inc. (“Portco”), two companies indirectly owned by Essar Global, in which Algoma’s port facilities in Sault Ste. Marie (the “Port”) were conveyed to Portco.

---

<sup>1</sup> Algoma was named in the proceeding below as a defendant, but supports the position taken by the respondent, Ernst & Young Inc. It is therefore a respondent on this appeal.

[3] Portco is a single purpose company established by Essar Global. As Portco's name suggests, it currently controls the Sault Ste. Marie Port. Portco obtained control in November 2014 in a transaction between Algoma, Portco, and Essar Global (the "Port Transaction"). The Port Transaction effectively provided Portco with the ability to veto any change in control of Algoma's business. The interveners below and appellants on appeal, GIP Primus, L.P. and Brightwood Loan Services LLC (collectively "GIP"), are arm's length lenders who loaned Portco US\$150 million to effect the transaction.

[4] The trial judge found the Port Transaction and other conduct of Essar Global to be oppressive and granted a remedy that was designed to address that oppression. Essar Global and some of the members of the Essar Group, together with GIP, appeal from that judgment. The appellants advance a number of arguments, many of them factual, in support of their appeal. The appellants' two principal legal submissions are first, that the Monitor lacked standing to bring an oppression claim and second, that the alleged harm was to Algoma and that therefore the appropriate redress was a derivative action.

[5] For the reasons that follow, I would dismiss the appeal.

## **A. FACTS**

### **(1) Algoma's Operations**

[6] The City of Sault Ste. Marie sits on the shore of St. Mary's River, a waterway that links Lake Superior to Lake Huron at the heart of the Great Lakes, close to the Canada/U.S. border. The steel production operations that are owned by Algoma have been the primary employer and economic engine of the City since construction of the steel mill in 1901. Not surprisingly, the City's Port, which is situated next to Algoma's buildings and facilities, is integral to the steel operations. Indeed, Algoma is the Port's primary customer and its employees have traditionally run the Port operations. Raw materials used to produce steel are shipped to the Port and the steel that is produced is shipped to market from the Port. The relationship is one of mutual dependence.

[7] Unfortunately, Algoma was in and out of CCAA protection proceedings both in 1991 and in 2001. In late 2013, Algoma faced another liquidity crisis and restructured under the CBCA in 2014. The recent CCAA filing occurred on November 9, 2015.

### **(2) The Essar Group**

[8] Essar Global is a Cayman Islands limited liability company and the ultimate parent of the respondent Algoma, which it acquired through its subsidiaries in 2007. Essar Global is also the parent of the appellants Portco, Essar Power

Canada Ltd., New Trinity Coal Inc., Essar Ports Algoma Holding Inc., Algoma Port Holding Company Inc., and Essar Steel Limited. Its investments are managed by Essar Capital Limited (“Essar Capital”), which is based in London, England. These companies are part of the Essar Group, a multinational conglomerate that was founded in India by two brothers, Sashi and Ravi Ruia. Members of the Ruia family are the beneficial owners of the Essar Group.

### **(3) Algoma’s Recapitalization**

[9] In late 2013, Algoma was facing a liquidity crisis. Algoma anticipated being unable to meet a coupon payment due to unsecured bondholders in June 2014, and its US\$346 million term loan was to mature in September 2014. Although Essar Global had been injecting substantial funds into Algoma, it was hesitant to advance further cash to Algoma. Algoma decided to consider mechanisms to restructure and reduce its debt and therefore embarked on a recapitalization project.

[10] At the time of the discussions relating to the recapitalization, Algoma’s Board of Directors consisted of five appointees affiliated with the Ruia family or the Essar Group, and three independent directors. In early January 2014, the Board of Directors placed responsibility for Algoma’s recapitalization efforts in the hands of Essar Global and Essar Capital employees. Algoma personnel had no day-to-day control over the recapitalization project.



[11] Although the three independent directors had begun expressing concerns about their roles on the Board as early as the fall of 2013, in the face of Algoma's serious financial challenges, their concerns became more acute. Specifically, they were concerned that their requests for timely, full disclosure of information and full participation in the strategic decisions of the Board had not been properly taken into account by the other Board members. On January 19, 2014, the three sent a memo to the Board proposing the establishment of an independent committee to work with outside financial advisors to evaluate options and alternatives for Algoma's recapitalization. The Board held a meeting on February 11, 2014, and rejected this proposal by a vote of four to three, the three being the independent directors. In response, one of the three independent directors resigned. The other two initially remained on the Board.

[12] On February 17, 2014, one of the remaining independent directors, Thomas Dodds, wrote to Prashant Ruia seeking a meeting. Prashant Ruia was then the vice-chair of Algoma's Board, the son of one of the founders of Essar Group, and a director of Essar Capital. Mr. Dodds wrote:

If your expectation of [the Algoma] Board is to simply be a formality and our role as independent directors is to essentially "rubberstamp" shareholder and management decisions, we are not prepared to continue serving as directors.

As you know, Directors and particularly independent directors have a legal, fiduciary responsibility to all the stakeholders of the Company starting with the Company

first, followed by the shareholders, employees, community and others. This Director responsibility may on occasion conflict with the objectives of the shareholder who may, understandably, be more interested in matters of import to themselves. Most of the time there will be no conflict between the responsibilities of the Directors, objectives of the shareholder and that of the Company stakeholders as broadly defined. However, there are other occasions when they do.

What we as independent directors have experienced in the last few Board meetings is a complete disregard for any discussion or wholesome debate on alternatives to re-financing or contingency planning at [Algoma].

...

In addition when we ask questions, or propose alternatives, we are asked to wait a while for additional information and told that everything will work out.

We cannot discharge our responsibilities under such an environment.

[13] The two remaining independent directors resigned on February 21 and May 5, 2014, respectively. In his resignation letter, Mr. Dodds explained his rationale, stating:

I lacked confidence that I was receiving information and engaged in decision-making in the same manner as those Board members who are directly affiliated with the company or its parent.

[14] The trial judge found, at para. 15 of his reasons, that the four directors who voted against the independent committee were “Essar-affiliated directors”, that it was clear that the Ruia family did not want an independent committee, and that the Essar-affiliated directors voted accordingly.

[15] The trial judge also found that the recapitalization and the Port Transaction were run by Joe Seifert, Chief Investment Officer of Essar Capital. The trial judge rejected the contention that Mr. Seifert was merely an advisor to the Board that independently made all of the critical decisions. Rather, Essar Global and Essar Capital, led by Mr. Seifert, directed and made decisions relating to the recapitalization and the Port Transaction. As the trial judge noted at para. 49, the evidence was “overwhelming” that Essar Global and Essar Capital were “calling the shots”.

#### **(4) Restructuring Support Agreement**

[16] Essar Global engaged Barclays Capital, an investment bank, to pursue alternative financing structures for Algoma on behalf of Essar Global. Barclays introduced GIP to Mr. Seifert of Essar Capital. In May 2014, representatives of Essar Global, GIP, and Barclays met to discuss Algoma’s infrastructure assets and potential asset disposition transactions. They discussed the possibility of a transaction in which Algoma might sell its Port assets to a new corporate entity to generate cash proceeds, but not for the purpose of recapitalizing Algoma. Rather, the proceeds would flow upstream to Essar Global. In light of Algoma’s prior insolvencies, GIP thought it important that a separate corporate entity distinct from Algoma be established to hold the Port assets. By the end of June 2014, Algoma had an exclusivity agreement with GIP regarding GIP’s loan to finance the Port Transaction.

[17] Soon after entering into the exclusivity agreement with GIP, on July 24, 2014, Algoma entered into a Restructuring Support Agreement (the “RSA”) with Essar Global and an *ad hoc* committee of Algoma’s unsecured noteholders. The RSA set out the principal terms of a restructuring. It provided for a reduction of Algoma’s debt through the exchange of the unsecured notes in return for the payment of a percentage of their original principal amount and the issuance of new notes. The note restructuring would be implemented through a court-approved *CBCA* Plan of Arrangement. As a condition of the RSA and pursuant to an Equity Commitment Letter dated July 23, 2014, Essar Global agreed to acquire equity in Algoma for cash in the minimum amount of US\$250 million and subject to a maximum of US\$300 million. The trial judge found that Essar Global never intended to honour this obligation.

[18] The Equity Commitment Letter provided a remedy in the event of a breach. The Plan of Arrangement contained a release of any claim arising out of the Equity Commitment Letter in favour of Essar Global, the noteholders, and the other corporations participating in the Arrangement.

[19] It was a condition of the proposed Plan of Arrangement that Essar Global would comply with its RSA obligation to provide the aforementioned cash equity infusion. However, as early as March 28, 2014, representatives of the Ruia family had made it clear that they did not have US\$250 million for equity. Efforts were made to reduce Essar Global’s contribution. In late July 2014, one of the

Ruia representatives wrote that ideally the equity contribution would be kept to US\$150 to US\$160 million.

[20] Nonetheless, an application for approval of the Plan of Arrangement was made to the court. The recapitalization contemplated by the RSA was approved as an arrangement under s. 192 of the *CBCA* on September 15, 2014.

[21] Beginning in October 2014, roadshow presentations were made to market the securities being offered through the recapitalization. However the transaction marketed did not accord with the transaction contemplated by the RSA. First, the roadshow presentation described an Essar Global cash equity contribution in Algoma of less than US\$100 million, not the US\$250 to US\$300 million described in the RSA. Second, the presentation provided for the cash to be generated from the sale of the Port by Algoma. The RSA did not allow for such a sale absent the noteholders' consent. No such consent had been obtained. In addition, the proceeds of any sale were to be used to reduce Algoma's debt.

[22] The roadshow was unsuccessful and investors failed to subscribe for the securities marketed. The lead bookrunner attributed this failure to the perception among investors that the transaction described in the roadshow presentation contemplated an insufficient contribution of equity into Algoma by Essar Global.

[23] And so it was that Algoma was left without the cash to repay or refinance its debt.

[24] Ultimately, the RSA was amended on November 6, 2014, such that Essar Global contributed US\$150 million rather than the cash contribution of between US\$250 and US\$300 million originally contemplated by the Equity Commitment Letter. The amended RSA went on to provide that upon fulfillment of this revised contribution, Essar Global was deemed to have satisfied all of its obligations under the Equity Commitment Letter. The releases contained in the original filing were repeated in the amended Plan of Arrangement.

[25] As subsequently discussed, in light of the amended RSA, an amended Plan of Arrangement was approved on November 10, 2014.

#### **(5) Port Transaction**

[26] The Port Transaction closed on November 14, 2014. In summary, Algoma sold to Portco the Port assets consisting of the Port buildings, the plant, and machinery, but not the land. Algoma leased the realty to Portco for a term of 50 years. Portco agreed to provide Port cargo handling services in return for a monthly payment from Algoma to Portco. Algoma agreed to provide to Portco the services necessary to operate the Port in return for a monthly payment from Portco that would be less than the monthly payment paid by Algoma to Portco for cargo handling services.

[27] Turning to the details of the Port Transaction, Algoma and Portco entered into a Master Sale and Purchase Agreement (“MSPA”). Under the MSPA:

(i) Algoma conveyed to Portco all of the fixed assets owned and used by Algoma in relation to the Port, and agreed to lease the realty to Portco;

(ii) Portco agreed to pay Algoma US\$171.5 million to be satisfied by:

- a cash payment by Portco of US\$151.66 million; and
- the issuance of an unsecured promissory note in the amount of US\$19.84 million payable in full on November 13, 2015.

[28] To fund these obligations, Portco obtained a US\$150 million term loan from GIP. GIP Primus, L.P. lent US\$125 million, while Brightwood Loan Services LLC lent US\$25 million. This term loan was secured by all of Portco's current and future real and personal property and supported by two guarantees in favour of GIP: one from Essar Global, and another from Algoma Port Holding Company Inc., Portco's direct parent.

[29] Pursuant to the MSPA, Algoma and Portco executed five additional documents: a promissory note, a lease, a Shared Services Agreement, an Assignment of Material Contracts Agreement, and a Cargo Handling Agreement.

**(i) Promissory Note**

[30] The promissory note was for US\$19.84 million payable by Portco to Algoma. Portco immediately assigned its obligations under the promissory note to Essar Global. Essar Global therefore became the obligor under the note and Algoma released Portco from its obligation. As of the date of the trial, the

promissory note remained unpaid. At para. 27 of a subsequent decision released on June 26, 2017, the trial judge granted a declaration that any amounts owing to Algoma under the promissory note given by Portco to Algoma have been set-off against amounts owing by Algoma to Portco under the Cargo Handling Agreement: 2017 ONSC 3930, 53 C.B.R. (6th) 321. The decision allows for set-off against Portco, but preserves GIP's right to repayment.

**(ii) Lease**

[31] Under the lease, Portco leased from Algoma the Port lands, roads, and outdoor storage space for a 50-year term. Portco prepaid Algoma the rent for the entire 50-year period. The present value of this leasehold interest was stated to be US\$154.8 million. Algoma maintained responsibility for all maintenance, repairs, insurance, and property taxes.

**(iii) Shared Services Agreement**

[32] Under the Shared Services Agreement, Algoma was to be responsible for providing all the services necessary for Portco to fulfill its obligations under the Cargo Handling Agreement. These services were to be provided by Algoma employees, not Portco employees. Portco agreed to pay Algoma US\$11 million annually subject to escalation at the rate of 3 percent per annum beginning in 2016.



**(iv) Assignment of Material Contracts**

[33] Under the Assignment of Material Contracts Agreement, Algoma provided a covenant in favour of GIP, which precluded Algoma from selling or assigning any material contract relating to the Port, including the Cargo Handling Agreement except by way of security granted to its other third party lender.

**(v) Cargo Handling Agreement**

[34] Under the Cargo Handling Agreement, Portco agreed to provide Algoma with cargo handling services for an initial 20-year term with automatic renewal for successive three-year periods unless either party gave written notice of termination to the other. Algoma agreed to pay Portco based on tonnage with a minimum monthly assured volume of US\$3 million. In other words, Algoma was obliged to pay a minimum of US\$36 million annually to Portco for 20 years subject to an escalation in price of 1 percent per annum commencing in 2016. Therefore, while Algoma was entitled to US\$11 million annually under the Shared Services Agreement, it had to pay Portco at least US\$36 million annually under the Cargo Handling Agreement, such that Portco would receive an annual revenue stream from Algoma of US\$25 million. This amount was intended to service GIP's term loan at US\$25 million a year. However, GIP's loan had a term of eight years, and therefore Portco would have the full benefit of the US\$25

million for at least 12 years of the initial 20-year term of the Cargo Handling Agreement, and potentially for 42 years if the Agreement was not terminated.

[35] Section 15.2 of the Cargo Handling Agreement also contained a change of control clause that stated that the “Agreement may not be assigned by either Party without the prior written consent of the other Party.” This provision became particularly contentious because it effectively gave Portco – and therefore Portco’s parent, Essar Global – a veto over any party acquiring Algoma in the CCAA proceedings.

[36] Although inclusion of the change of control provision in the Cargo Handling Agreement was driven by GIP, the trial judge found that it was effectively for the benefit of Essar Global, as it gave Portco a veto. Furthermore, the trial judge noted at para. 117 that Essar Global had in fact relied on s. 15.2 to its benefit, by holding out its change of control rights to dissuade competing bidders for Algoma in the restructuring process while Essar Global continued to express its own interest as a prospective bidder.

[37] In discussing the financial ramifications of the Shared Services Agreement and the Cargo Handling Agreement, the trial judge observed at para. 26 of his reasons:

When the costs of operating the Port (shared services) are netted from the cargo handling charges, the result is that Algoma will pay approximately \$25 million per year to Portco, which is the amount required by Portco to

service the Term Loan each year. That amount of \$25 million for 20 years comes to \$500 million, far more than the amount needed to repay the \$150 million GIP loan.

[38] Duff & Phelps assessed the fair value of the Portco Transaction as ranging between US\$150.9 million and US\$174.2 million with a midpoint of US\$161.7 million. However, this assessment failed to take into account the change of control provision in the Cargo Handling Agreement. Deloitte LLP reviewed Duff & Phelps' assessment and concluded it was reasonable.<sup>2</sup>

## **(6) Final Recapitalization**

[39] Ultimately the recapitalization of Algoma consisted of the following transactions:

- (a) Algoma issued US\$375 million in senior secured notes pursuant to an offering memorandum;
- (b) Algoma entered into a new US\$50 million senior secured asset-based revolving credit facility and a new US\$375 million term loan;
- (c) Algoma's unsecured noteholders were paid a portion of their principal and were issued new junior secured notes;
- (d) Algoma completed the Port Transaction;

---

<sup>2</sup> In early 2015, Essar Consulting obtained two additional valuations of the Port assets, one in February from Royal Bank of Canada and one in April from ICICI Securities. The RBC valuation, which was an exhibit to the affidavit of Joseph Seifert, was between US\$165 and US\$200 million. The ICICI valuation, which was an exhibit to the affidavit of Anshumali Dwivedi, was US\$349 million.

(e) Essar Global contributed US\$150 million in cash in exchange for common equity, and also contributed US\$150 million in debt forgiveness; and

(f) All other Algoma lenders were repaid in full.

[40] In addition, GIP entered into a secured term loan for US\$150 million with Portco, secured by a GSA over all of Portco's assets. It also received guarantees – one from Essar Global and one from Algoma Port Holding Company Inc. – guaranteeing Portco's liabilities. In November 2014, the transactions in furtherance of Algoma's recapitalization, including the Port Transaction, were approved unanimously by Algoma's Board of Directors after receiving advice and on the recommendation of Algoma's management. By this time, the Board consisted of four directors: Mr. Kishore Mirchandani, who became a director on June 23, 2014; Mr. Naresh Kothari, who became a director on August 24, 2014; the Board's chair, Mr. Jatinder Mehra of Essar Global; and Algoma's CEO, Mr. Kalyan Ghosh. Mr. Ghosh, and Mr. Rajat Marwah, Algoma's CFO, both testified that they supported the Port Transaction not because it was ideal, but because there was no other option given Essar Global's failure to capitalize Algoma as it had committed to do.

[41] As mentioned, the approved Plan of Arrangement that included the original RSA had to be amended in light of the revised equity contribution. A CBCA Plan of Arrangement incorporating the recapitalization and authorizing the amendment

of the September 2014 approval order was granted by Morawetz J. on November 10, 2014.

[42] Based on the materials before this court, it would appear that the Port Transaction was not mentioned or brought to Morawetz J.'s attention. In this regard, the trial judge found that there was no reference to the Port Transaction in the affidavits filed in support of the amendment to the Plan of Arrangement. The Port Transaction is not mentioned in that order or in any endorsement.

[43] The outcome of the Port Transaction was that all Port assets were transferred from Algoma to Portco, the Port lands were leased to Portco for 50 years, and Portco obtained change of control rights. Portco paid Algoma US\$151,660,501.50 in cash, provided the US\$19,840,000 promissory note, and was obliged to pay Algoma US\$11 million per annum under the Shared Services Agreement. In turn, Algoma was obliged to pay Portco US\$36 million per annum for an initial term of 20 years under the Cargo Handling Agreement, subject to renewal, netting Portco US\$25 million per annum as against the Shared Services Agreement payments. Meanwhile, under the revised RSA, Essar Global contributed cash of US\$150 million to Algoma rather than the original cash commitment of US\$250 to US\$300 million.

**(7) Insolvency Protection Proceedings**

[44] On November 9, 2015, Newbould J. granted an order placing Algoma, Essar Tech Algoma Inc., Algoma Holdings B.V., Essar Steel Algoma (Alberta) ULC, Cannelton Iron Ore Company, and Essar Steel Algoma Inc. USA (the “CCAA Applicants”) under CCAA protection. As mentioned, he appointed Ernst & Young Inc. as the Monitor. The order contained various paragraphs addressing the rights and obligations of the Monitor, including a direction to perform such duties as were required by the Court. On November 20, 2015, Morawetz J. granted an Amended and Restated Initial Order that, among other things, directed the Monitor to review and report to the Court on any related party transactions (expressly including the Port Transaction).

[45] During the CCAA proceedings, on February 10, 2016, a sales and investment solicitation process (“SISP”) for Algoma’s business and property was approved by the Court. Essar North America, a subsidiary of Essar Global, submitted a bid but was disqualified in April 2016 under the terms of the SISP because it failed to provide sufficient evidence of financial ability to purchase. In May and July of 2016, Essar Global persisted in its efforts to be the purchaser of the CCAA Applicants. On May 10, 2016, counsel to Portco, who was also counsel to Essar Global, wrote to counsel for Algoma to highlight matters of particular concern in connection with the CCAA process. The letter stated that any prospective bidder was to be told of the consent or veto right:

Portco and [Algoma] are party to a Cargo Handling Agreement pursuant to which [Algoma] has committed to long-term use of the port. Portco, has, of course, a keen interest in any successor to [Algoma] as counterparty to that agreement and would like it to be clear to prospective bidders that, pursuant to the terms of the Cargo Handling Agreement, Portco has a consent right in the event of any assignment by [Algoma] of the agreement or a change of control of [Algoma].

Again please confirm that this has been made clear to prospective bidders.

[46] On June 20, 2016, the Monitor filed its Thirteenth Report, which described the Portco Transaction and indicated that there may be grounds for further review of that transaction. The Monitor noted that the renegotiated equity commitment resulted in Essar Global contributing the sum of US\$150 million in equity rather than US\$250 to US\$300 million, and that the Portco Transaction transferred control of one of Algoma's most critical assets, the Port, to Essar Global. The Monitor stated that it remained "particularly concerned about the effect on the completion of a restructuring transaction of the restrictions on assignment in the Portco Transaction documents."

[47] On September 26, 2016, Deutsche Bank AG, who led the Debtor-in-Possession ("DIP") Lenders of Algoma and also represented the interests of potential bidders in the CCAA process, applied for an order empowering the

Monitor to commence certain proceedings and make certain investigations.<sup>3</sup> On September 26, 2016, Newbould J. granted an order authorizing the Monitor to commence and continue proceedings under s. 241 of the *CBCA* in relation to related party transactions, including but not limited to the Port Transaction.

[48] The action proceeded on an accelerated timetable due to the progress of the *CCAA* restructuring.<sup>4</sup> On October 20, 2016, the Monitor commenced proceedings claiming oppression pursuant to s. 241 of the *CBCA* against Essar Global and others in the Essar Group including Portco. It pleaded that by reason of its role as a court officer directed to commence the oppression proceedings and to oversee the interests of all stakeholders of Algoma, it was a complainant within the meaning of ss. 238 and 241 of the *CBCA*.

[49] It alleged that since June 2007, the Essar Group had exercised *de facto* control over Algoma and had engaged in a course of conduct that consistently preferred the interests of the Essar Group and in particular, Essar Global, to those of Algoma and its stakeholders. This included the transfer to the Essar Group of long-term control over, and a valuable equity interest in, Algoma's Port facilities, an irreplaceable and core strategic asset of Algoma. The value of

---

<sup>3</sup> Although Deutsche Bank intervened in the proceedings below, it was not involved in this appeal.

<sup>4</sup> Before this court, no submissions on urgency were advanced.



control over the Port to Algoma and its stakeholders was immeasurable, since Algoma's business could not function without access to the Port.

[50] The Monitor pointed out that the Essar Group obtained its control and equity interest in the Port through a cash contribution of less than US\$4.7 million. It pleaded that the US\$150 million raised as part of the Port Transaction came from third party lenders, namely GIP, and was money raised against the security and value of the Port facilities, an asset of Algoma, as well as a promissory note that remained unpaid, and a guarantee from Essar Global. The Monitor also stressed that the control obtained by the Essar Group was not only over the Port facilities, but extended to any sale of the Algoma business such that Essar Global had an indirect veto on transactions involving Algoma's enterprise. Essar Global also obtained a right to substantial payments under the Cargo Handling Agreement.

[51] The oppression occasioned was exacerbated by the fact that the borrowed monies raised through the transaction were a substitution for monies Essar Global had promised to contribute as equity in Algoma.

[52] The Monitor also argued that s. 15.2 of the Cargo Handling Agreement itself constituted oppression, because it was for the long-term benefit of Essar Global and not in the interests of Algoma's non-shareholder stakeholders. The Monitor took the position that the provision gave Portco and Essar Global a veto

over any party acquiring Algoma in the CCAA process, thus negatively affecting the sales process. The Monitor also argued that the change of control provision was not necessary for the protection of GIP because it had its own change of control rights under its credit agreement.

[53] In addition, the Monitor pleaded that the oppression and prejudice to creditors was continuing as Essar Global and other related companies had insisted that bidders for Algoma's business under the SISF, which was approved by the court on February 11, 2016, be advised of Portco's consent rights under the change of control clause in the Cargo Handling Agreement.

[54] Essar Global and the remaining defendants filed their defence rejecting the Monitor's allegations, describing the action as "an improper and ill-conceived leverage tactic". They asserted that the litigation was an attempt to attack the Port Transaction for the benefit of other bidders under the sales process, including the DIP Lenders. They pleaded that the Monitor had no standing, the claim was improperly pleaded, an oppression remedy seeking to unwind or claim damages in respect of the Port Transaction was unavailable at law, and in any event there was no oppression, prejudice, or unfairness.

[55] Portco's lenders, GIP, were granted intervener status as parties on December 22, 2016. They noted that they were *bona fide*, arm's length, and independent commercial parties and no cause of action or wrongful conduct was

asserted by the Monitor against them. Nonetheless, the Monitor was seeking remedies that eviscerated the security held by them. They asserted that the Monitor did not have standing and could not establish any oppressive conduct in any event. Moreover, the structure of the Port Transaction was transparent to all of Algoma's stakeholders. Lastly, even if the court granted a remedy to the Monitor, it had no jurisdiction to prejudice the interests of GIP. The Monitor subsequently amended its statement of claim to modify the language on the relief claimed relating to the indebtedness and security interests in favour of GIP.

[56] Various procedural motions were brought. Others who are not before this court intervened: Deutsche Bank AG; the Ad Hoc Committee of Algoma's Noteholders; Algoma Retirees; and two locals from the union United Steelworkers, Locals 2724 and 2251. The Essar Group and GIP brought motions to strike on the basis that the Monitor lacked standing and later also sought an order for particulars. On December 1, 2016, Newbould J. ordered that the standing motions be dealt with at the trial scheduled for January 30, 2017. On January 5, 2017, he urged the Monitor to give as many particulars as it could regarding the relief it might seek.

[57] On January 30, 2017, Essar Capital served a motion for an order re-opening the SISF and to make information available to Essar Global to allow it to consider submitting a bid. Newbould J. dismissed the request. At para. 114 of

his reasons, the trial judge found that Essar Global was still interested in purchasing the assets of Algoma.

[58] The action proceeded to a five-day trial before Newbould J. commencing on January 31, 2017.

## **B. TRIAL JUDGMENT**

[59] The trial judge organized his reasons for decision under six principal headings: the Monitor's standing; who directed the recapitalization and the Port Transaction; reasonable expectations and were they violated; the business judgment rule; and the appropriate remedy. I will summarize his conclusions on each issue.

### **(1) Monitor's Standing**

[60] As mentioned, both Essar Global and GIP challenged the Monitor's standing as a complainant under the oppression provisions of the *CBCA*. They also argued that only persons directly damaged by the oppressive conduct could bring the action and that this action was in substance a derivative claim by Algoma. The trial judge rejected these arguments.

[61] He found that the stakeholders harmed were Algoma's trade creditors, pensioners, retirees, and employees. At para. 32, he noted that Algoma owed CDN\$911.9 million as of the date of the Port Transaction to a group of creditors including trade creditors, pensioners, retirees, and the City of St. Sault Marie.

[62] The trial judge acknowledged at para. 34 that normally a monitor, who is a court officer, is to be neutral and not take sides. However, there are exceptions. Under s. 23(1)(k) of the CCAA, a monitor must carry out any function in relation to the debtor that the court may direct. At para. 35, the trial judge also pointed to the CCAA proceedings of Nortel Networks Corp. as a precedent: *Nortel Networks Corp., Re* (3 October 2012), Toronto, 09-CL-7950 (Ont. S.C.J. [Commercial List]). In those proceedings, a monitor was authorized to act as a litigant after all of Nortel's directors and senior executives had resigned.

[63] Moreover, the trial judge observed that determining whether someone is a complainant under s. 238 of the CBCA is a discretionary decision. In *Olympia & York Developments Ltd. (Trustee of) v. Olympia & York Realty Corp.* (2003), 68 O.R. (3d) 544 (C.A.), this court confirmed that a trustee in bankruptcy acting on behalf of the creditors of a bankrupt estate could be a complainant within the meaning of s. 238. In so doing, the court noted the need for flexibility to ensure that the remedial purpose of the oppression provisions is achieved. The trial judge saw no reason why the principle of collective action – which posits that it is more efficient for creditors to pursue their claims in a bankruptcy collectively with a trustee acting as their representative rather than individually – should not be followed in the present CCAA proceeding. At para. 37, he concluded that the Monitor had taken the action as an adjunct to its role in facilitating a restructuring and was therefore a proper complainant.

[64] To respond to Essar Global and GIP's arguments that the claim was properly a derivative action and that no person had been personally harmed beyond Algoma, at para. 40 the trial judge relied on *Rea v. Wildeboer*, 2015 ONCA 373, 126 O.R. (3d) 178, at para. 27. There, Blair J.A. commented that the derivative action and the oppression remedy are not mutually exclusive. Although on the facts of *Wildeboer*, Blair J.A. had struck out a statement of claim pleading the oppression remedy, the trial judge distinguished *Wildeboer* on the basis that the relief sought was for the benefit of the corporation and there was no allegation that individualized personal interests were affected by the alleged wrongful conduct.

**(2) Essar Global Directed the Recapitalization and the Portco Transaction**

[65] The trial judge observed that in some respects, it did not matter who made the decisions regarding the recapitalization and the Port Transaction – if the conduct was oppressive, relief could be granted. Nonetheless, he found at para. 49, that the evidence was “overwhelming” that Essar Global and Essar Capital were “calling the shots.”

[66] At para. 52, he accepted the evidence of Mr. Ghosh and Mr. Marwah that they did not negotiate the economic terms of the refinancing or the Port Transaction. Nor was either involved in the renegotiation of the RSA.

[67] The trial judge relied on other evidence, including Algoma's annual Business Plan dated February 3, 2014, to support his factual findings. He also considered evidence of the witnesses. He found at paras. 56-57 that some of the witnesses had been evasive, including: Rewant Ruia, the Ruia family's lead in the Essar Group's North American operations; Mr. Seifert,; and Rajiv Saxena, the Executive Director of Essar Steel India Ltd.

[68] After reviewing the evidence, the trial judge noted at para. 58 that he was satisfied that Mr. Seifert, who represented the Essar Group's interests, had primary responsibility for pursuing the recapitalization negotiations and Algoma's refinancing via the Port Transaction. He concluded at para. 60:

I am satisfied that representatives of Essar Global including Essar Capital carried out the Recapitalization and Portco Transaction negotiations and made the critical decisions. Algoma management were handed the economic terms of the Recapitalization and Port Transaction and implemented them from an operational perspective. Algoma management did not negotiate the terms. Their role was to support the negotiations with regard to non-economic, primarily operational, issues.

### **(3) Reasonable Expectations and their Violation**

[69] The trial judge identified the two-step process to determine whether a violation of reasonable expectations has occurred under s. 241 of the *CBCA*, which is described at para. 68 of *BCE Inc. v. 1976 Debentureholders*, 2008 SCC 69, [2008] 3 S.C.R. 560: (i) does the evidence support the reasonable expectation asserted by the complainant; and (ii) does the evidence establish

that the reasonable expectation was violated by conduct that is oppressive, unfairly prejudicial, or unfairly disregards a relevant interest?

[70] He described the reasonable expectations asserted by the Monitor as relating to the loss by Algoma of a critical asset and the change of control clause in the Cargo Handling Agreement. He stated at para. 64:

The Monitor contends that the reasonable expectations of the creditors of Algoma, including the trade creditors, employees, pensioners and retirees, were that Algoma would not deal with its core assets like the Port in such a way as it would lose long-term control and value over those assets to a related party on terms that permitted the related party to veto or thwart Algoma's ability to do significant transactions or restructure, as was done in this case.

[71] At para. 67, the trial judge did not accept that the expectations of creditors such as the employees, pensioners, and retirees were governed only by their agreements with Algoma. Furthermore, the evidence, including the inferences drawn from the circumstances that existed at Algoma in 2014, supported the expectations relied upon by the Monitor. He noted at para. 73 that stakeholders have a reasonable expectation of fair treatment and this was particularly so in Sault Ste. Marie, where Algoma is of critical importance to the local economy and relied upon greatly by trade creditors and employees.

[72] He concluded at para. 75 that:

[T]he reasonable expectations of the trade creditors, the employees, pensioners and retirees of Algoma were



that Algoma would not deal with a critical asset like the Port in such a way as to lose long-term control over such a strategic asset to a related party on terms that permitted the related party to veto and control Algoma's ability to do significant transactions or restructure and which gave unwarranted value to the third party.

[73] The trial judge held that the reasonable expectations of the trade creditors, employees, pensioners, and retirees were violated in two principal ways: first, the Port Transaction itself; and second, the change of control veto provided to Portco, and thus Essar Global, in the Port Transaction.

[74] The Port Transaction was caused by Essar Global's breach of both the RSA and the Equity Commitment Letter. Because the lease of the land from Algoma to Portco was for 50 years and Essar Global was in a position to terminate the Cargo Handling Agreement after 20 years, Algoma would be at Essar Global's mercy for the duration of these agreements. The trial judge found at para. 78 that the transfer of the Port assets to Portco was driven by GIP's desire for a "bankruptcy remote" special purpose vehicle. GIP was aware of Algoma's previous insolvencies and would only lend to a new entity that held the Port assets and that was separate from Algoma.

[75] The Port Transaction and the GIP secured loan to Portco would not have been necessary had Essar Global lived up to its obligations under the RSA and the Equity Commitment Letter under which Essar Global had pledged a cash investment of US\$250 to US\$300 million. The trial judge found at para. 82 that

Essar Global had no intention of living up to its promises and had acted in bad faith in this regard. The content of the roadshow presentations reflected the discordance with the RSA. The alternative transaction in the roadshow presentations contemplated cash being contributed to the recapitalization through the sale of the Port. That these presentations failed was partially attributable, as the trial judge found at para. 82, to Essar Global's insufficient contribution of cash equity into Algoma.

[76] The trial judge concluded that Essar Global's decision not to fund Algoma according to the terms of the Equity Commitment Letter made it necessary to carry out the Port Transaction. GIP's loan of US\$150 million reduced the amount of cash equity Essar Global promised to advance to Algoma. Essar Global's failure to inject cash equity into Algoma as agreed was the root cause of the Port Transaction and the transfer of control. This was, as the trial judge concluded at para. 89, an exercise in bad faith. Had an independent committee of Algoma's Board of Directors been struck, Essar may have been held to its bargain rather than looking to third party financing from GIP under the Port Transaction structure. The Board's failure to examine alternatives to effect Algoma's recapitalization indicated a lack of regard for the interests of Algoma's stakeholders.

[77] Additionally, the long-term value given to Essar Global by the Port Transaction was itself oppressive (although in stating this, the trial judge noted

that the Monitor did not pursue its claim that the Port assets were transferred to Portco at an undervalue).

[78] As for the release in the amended RSA, the trial judge observed that it was a release of any claim arising out of the Equity Commitment Letter. The trial judge found at para. 100 that the Monitor was not making a claim under that Letter, nor was it asking that Essar Global provide the equity it had promised in that commitment. Rather, Essar Global's failure to live up to its commitment was part of the factual circumstances to be taken into account in considering whether Algoma's stakeholders were treated fairly under the Port Transaction.

[79] The trial judge also observed that when the court approved the amended Plan of Arrangement under the amended RSA, it did not have knowledge of the Port Transaction. There was no reference to the Port Transaction in the affidavits filed in support of the amendment to the Plan of Arrangement; there was no finding relating to the release of Essar Global; the trade creditors, the employees, pensioners and retirees were not parties to the motion approving the amended RSA; and the order was obtained without opposition.

[80] Ultimately he concluded that the Port Transaction was itself unfairly prejudicial to, and unfairly disregarded, the interests of Algoma's trade creditors, employees, pensioners, and retirees.

**(4) Change of Control Provision**

[81] The trial judge determined at para. 104 that the change of control provision gave effective control to Portco (*i.e.* Essar Global) over who may acquire the Algoma business. Any buyer of Algoma or its business would need to be assigned the Cargo Handling Agreement so that it could operate the steel mill. Therefore the veto under this clause was effectively a veto over any change of control of the Algoma business.

[82] Although the evidence indicated that the change of control provision was included for GIP's protection, the trial judge found that this end could have been achieved in other ways. For example, as the trial judge pointed out at para. 110, the parties could have included a provision in the Assignment of Material Contracts Agreement that prevented a change of control of Algoma without GIP's explicit consent. Such an alternative might have been considered had there been a committee of independent directors with advisors independent of Essar Global. But, as the trial judge concluded at para. 111, the reality was that there was no pushback on the change of control provision that was implemented, and which gave Portco/Essar Global a veto.

[83] The trial judge concluded at para. 113 that the change of control provision was of considerable value to Essar Global. Furthermore, as mentioned, the trial judge stated at para. 117 that Essar Global had in fact relied on s. 15.2 to its

benefit by holding out its change of control rights to dissuade competing bidders for Algoma in the restructuring process while Essar Global continued to express its own interest as a prospective bidder.

[84] The May 10, 2016 letter from Portco's counsel, which sought confirmation from Algoma's counsel that prospective bidders would be advised of Portco's rights, exemplified this. In the letter, Essar Global effectively held out its consent to any change of control right to dissuade competing bidders for Algoma in the restructuring process while it continued to express its own interest as a prospective bidder. The trial judge observed at para 115 that: "[I]t is clear that the dictate of Portco through its solicitors that prospective purchasers should be made aware of the change of control provision was successful".

[85] The trial judge also observed that the evidence established that Portco's right to refuse assignment of the Cargo Handling Agreement was a material impediment to restructuring Algoma as Algoma could not survive without access to the Port. He concluded that the change of control provision in favour of Portco in the Cargo Handling Agreement was unfairly prejudicial to, and unfairly disregarded, the interests of Algoma's trade creditors, employees, pensioners, and retirees.

## **(5) The Business Judgment Rule**

[86] The trial judge also determined that the business judgment rule, which accords deference to a business decision of a Board of Directors so long as the decision lies within a range of reasonable alternatives, did not provide a defence to Essar Global. The Board had not followed advice that it insist Essar Global comply with its commitments under the RSA and the Equity Commitment Letter. As the trial judge stated at para. 123, the result of this was the Port Transaction, which was:

[A]n exercise in self-dealing in that Algoma's critical Port asset was transferred out of Algoma to a wholly owned subsidiary of Essar Global with a change of control provision that benefitted Essar Global at a time that a future insolvency was a possibility.

[87] Moreover, there was no evidence that the Board even considered whether protection to GIP could be provided in the absence of the change of control provision in favour of Portco and hence Essar Global. This failure was unreasonable.

## **(6) Remedy**

[88] The trial judge stated at para. 136 that if there were no less obtrusive way to remedy the oppression, he would have ordered that Portco's shares be transferred to Algoma. However, mindful that a remedy for oppression should be approached with a scalpel, he instead relied on s. 241(3) of the *CBCA* to order a

variation of the Port Transaction. He accordingly deleted s. 15.2 of the Cargo Handling Agreement and inserted a provision in the Assignment of Material Contracts Agreement, which provided that, if GIP becomes the equity owner of Portco, its consent would be required for a change of control of Algoma. He rejected the suggestion that either GIP or Essar Global were taken by surprise by this relief.

[89] He also addressed the imbalance created by the 50-year term of the lease between Algoma and Portco as against the 20-year term of the Cargo Handling Agreement (with automatic renewal for successive three year periods, barring either party's termination). As the Port was critical to Algoma's operation and survival, Algoma's ability under the Cargo Handling Agreement to refuse an extension after 20 years was illusory and, in reality, the renewal provision was one-sided in favour of Essar Global.

[90] He concluded at para. 144 that the payments under the Cargo Handling Agreement were an unreasonable benefit in favour of Essar Global. If the Agreement lasted only the initial 20-year term, Portco/Essar Global would receive US\$300 million after GIP's loan was paid off. If the Agreement was not terminated before the end of its 50 year life, Portco/Essar Global would receive an additional US\$750 million for the last 30 years.

[91] Accordingly, the trial judge ordered that the lease, the Cargo Handling Agreement, and the Shared Services Agreement be amended to provide Algoma with the option to terminate any of these three agreements once GIP's loan matured and was paid. If Portco elected not to renew after 20 years, or any of the three-year extensions, those three agreements would terminate, and Algoma would then owe Portco US\$4.2 million plus interest.

[92] The trial judge decided at para. 147 that the appropriate place for Portco to assert its claims for a declaration that the US\$19.8 million promissory note had been paid as a result of set-off and for amounts owing under the Cargo Handling Agreement was in the ongoing CCAA proceedings.

#### **(7) Costs**

[93] Lastly, following the release of the judgment, Essar Global agreed to pay costs of CDN\$1.17 million to the Monitor. The trial judge then ordered Essar Global to pay Algoma CDN\$1.5 million in costs and ordered that no costs be payable by the Monitor or by or to GIP.

#### **C. ISSUES**

[94] There are eight issues to be addressed:

1. Did the Monitor lack standing to be a complainant under s. 238 of the *CBCA*?
2. Could the claim of the Monitor only be brought as a derivative action under s. 239 of the *CBCA* rather



than an oppression action under s. 241 of the *CBCA*?

3. Did the trial judge err in his analysis of reasonable expectations?
4. Did the trial judge err in his analysis of wrongful conduct and harm?
5. Did the trial judge err in tailoring a remedy?
6. Was there procedural unfairness?
7. Should the fresh evidence be admitted?
8. Should leave to appeal costs be granted to GIP and the costs award varied?

## **D. ANALYSIS**

### **(1) Standing of the Monitor**

[95] Essar Global submits that the Monitor is not a proper complainant given the conflict between it and the stakeholders it represents. The trial judge failed to consider whether the Monitor could avoid conflicts.

[96] GIP supports the position of Essar Global. It states that the trial judge erred in assuming that the court's broad jurisdiction under the *CCAA* could be combined with the equally broad jurisdiction under the *CBCA* to create a super remedy that would interfere with the contractual rights of non-offending third parties. A trustee in bankruptcy is a representative of the creditors of the bankrupt. A monitor owes duties to all stakeholders, not just creditors. Its duty to Essar Global as sole shareholder of Algoma cannot be reconciled with the

Monitor's oppression claim against it. Also, Algoma can be directed to make the Cargo Handling Agreement payments to GIP directly and therefore the Monitor owed a fiduciary duty to GIP.

[97] In addressing this issue, I will first discuss the evolution of the role of a monitor. I will then discuss who can be a complainant under the *CBCA* oppression provisions. Lastly, I will consider whether in the particular circumstances of this case, the trial judge was correct in concluding that the Monitor could have standing to bring an oppression action.

**(a) The Purpose of CCAA Restructurings**

[98] As has been repeatedly described, the *CCAA* was originally enacted in 1933 to respond to the ravages of the Great Depression and to allow large corporations with outstanding bonds and debentures to restructure their debt in a court-supervised process through plans of arrangement or compromise negotiated with their creditors.

[99] As outlined by Deschamps J. in *Ted Leroy Trucking [Century Services] Ltd., Re*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, the *CCAA* fell into disuse after amendments in 1953 that limited its application to companies issuing bonds. Courts breathed new life into the statute in the early 1980s in response to an economic recession, and the *CCAA* became the primary vehicle through which major restructurings were attempted. Amendments to the *Bankruptcy and*

*Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (the “BIA”), introduced in 1992, allowed insolvent debtors to make proposals to creditors under that statute, and were expected to supplant the CCAA. However, the CCAA continues to be employed as the vehicle of choice to restructure large corporations, particularly where flexibility is needed in the restructuring process: Roderick J. Wood, *Bankruptcy & Insolvency Law*, 2nd ed. (Toronto: Irwin Law, 2015), at pp. 336-337; and *Century Services*, at para. 13.

[100] The corporate restructuring process at the heart of the CCAA “provide[s] a constructive solution for all stakeholders when a company has become insolvent”: *Indalex Ltd., Re*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271, at para. 205. There are a number of justifications for why such a process is desirable. The traditional justification for CCAA-enabled restructurings, as explained by Duff C.J. shortly after the statute’s enactment, was to rescue financially-distressed corporations without forcing them to first declare bankruptcy: *Reference Re Constitutional Validity of the Companies’ Creditors Arrangement Act (Dom.)*, [1934] S.C.R. 659, at p. 661.

[101] The restructuring process can also allow creditors to obtain a higher recovery than may otherwise be available to them through bankruptcy or other liquidation proceedings, by preserving the corporate entity or the value of its business as a going concern: Wood, at pp. 338-339. Additionally, restructuring proceedings can provide an opportunity to evaluate the root of a corporation’s

financial difficulties, and develop strategies to achieve a turnaround, whether the best option be a full restructuring, or a liquidation of the corporation within the restructuring regime: Wood, at p. 340.

[102] The benefits of the restructuring process are not limited to creditors. Even early commentary lauded restructurings as promoting the public interest by salvaging corporations that supply goods or services important to the economy, and that employ large numbers of people: see Stanley E. Edwards, “Reorganizations Under the Companies’ Creditors Arrangement Act” (1947), 25 Can. Bar Rev. 587, at p. 593. This view remains applicable today, with restructurings “justified in terms of rehabilitating companies that are key elements in a complex web of interdependent economic relationships in order to avoid the negative consequences of liquidation”: *Century Services*, at para. 18.

[103] To summarize, by enabling the restructuring process, the CCAA can achieve multiple objectives. It permits corporations to rehabilitate and maintain viability despite liquidity issues. It allows for the development of business strategies to preserve going-concern value. It seeks to maximize creditor recovery. It can serve to preserve employment and trade relationships, protecting non-creditor shareholders and the communities within which the corporation operates: see Janis P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, 2nd ed. (Toronto: Thomson Reuters, 2013), at pp. 13-17. The flexibility inherent in the restructuring process permits a broad balancing of these

objectives and the multiple stakeholder interests engaged when a corporation faces insolvency.

[104] It is against this background that the role of a monitor must be considered.

**(b) The Role of the Monitor**

[105] Originally, the CCAA was a very slim statute and made no mention of a monitor. Born of the court's inherent jurisdiction, the term "monitor" was first used in *Re Northland Properties Ltd.* (1988), 29 B.C.L.R. (2d) 257 (S.C.). In that case, an interim receiver was appointed whose role was described at p. 277 as that of a monitor or watchdog. As a watchdog, the monitor could "observe the conduct of management and the operation of the business while a plan was being formulated": A.J.F. Kent and W. Rostom, "The Auditor as Monitor in CCAA Proceedings: What is the Debate?" (2008), online: Mondaq <[www.mondaq.com](http://www.mondaq.com)>. The monitor was thus a court-appointed officer.

[106] The 1997 amendments to the CCAA gave legislative recognition to the role of the monitor and made the appointment mandatory. The 2007 amendments to the CCAA expanded the description of the monitor's role and responsibilities. In essence, its minimum powers are set out in the Act and they may be augmented through the exercise of discretion by the court, typically the CCAA supervising judge. This framework is reflected in s. 23 of the CCAA, which enumerates certain duties and functions of a monitor. Paragraph 23(1)(k) directs that a

monitor shall carry out “any other functions in relation to the company that the court may direct.” Its express duties under s. 23(1)(c) include making, or causing to be made, any appraisal or investigation that the monitor “considers necessary to determine with reasonable accuracy the state of the company’s business and financial affairs and the cause of its financial difficulties or insolvency”. It is then to file a report on its findings.

[107] Not surprisingly, as with the CCAA itself, the role of the monitor has evolved over time. As stated by David Mann and Neil Narfason in their article entitled “The Changing Role of the Monitor” (2008) 24 Bank. & Fin. L. Rev. 131, at p. 132:

Born out of invention, the role has developed from one of passive observer to one of active participant. The monitor has enhanced communication, mediated disputes, provided input into plans of reorganization, and provided expert advice in complex affairs. As the business community has become more sophisticated and global, so too has the monitor—taking on larger mandates, often times involving complex, cross-border restructurings.

[108] Examples of the use of expanded powers for a monitor are found in *Philip’s Manufacturing Ltd., Re* (1991), 67 B.C.L.R. (2d) 385 (C.A.), where the British Columbia Court of Appeal ordered a monitor to report on the causes of financial problems of the company and report on improper payments made to management, shareholders and directors, and in *Woodward’s Ltd., Re* (1993), 77 B.C.L.R. (2d) 332 (S.C.), where Tysoe J. (as he then was) held that a monitor

was to review all transactions and conveyances for fraud, preferences, or other reviewable features and act in a similar manner to a trustee in bankruptcy.

[109] Under s. 11.7(1) of the *CCAA*, a monitor must be a licensed trustee in bankruptcy, and as such, under s. 13 of the *BIA*, is subject to the supervision of the Office of the Superintendent of Bankruptcy. The monitor is to be the eyes and the ears of the court and sometimes, as is the case here, the nose. The monitor is to be independent and impartial, must treat all parties reasonably and fairly, and is to conduct itself in a manner consistent with the objectives of the *CCAA* and its restructuring purpose. In the course of a *CCAA* proceeding, a monitor frequently takes positions; indeed it is required by statute to do so. See for example s. 23 of the *CCAA* that describes certain duties of a monitor.

[110] Of necessity, the positions taken will favour certain stakeholders over others depending on the context. Again, as stated by Messrs. Kent and Rostom:

Quite fairly, monitors state that creditors and the Court currently expect them to express opinions and make recommendations. ... [T]he expanded role of the monitor forces the monitor more and more into the fray. Monitors have become less the detached observer and expert witness contemplated by the Court decisions, and more of an active participant or party in the proceedings.

**(c) A Monitor as Complainant in an Oppression Action**

[111] Turning to the issue of a monitor and an oppression action, there is some difference in academic opinion on the suitability of the oppression remedy in

insolvency proceedings. Professor Stephanie Ben-Ishai has argued that the remedy should be unavailable for use once the debtor has entered a court-supervised reorganization under the *BIA* or the *CCAA*.<sup>5</sup> Professor Janis Sarra has countered that the oppression remedy continues to be an important corporate law remedy that should be available in such proceedings.<sup>6</sup> I do not understand the appellants to be taking the former position; rather they simply argue that the Monitor has no standing.

[112] Section 238 of the *CBCA* defines a complainant as:

- (a) a registered holder or beneficial owner, and a former registered holder or beneficial owner, of a security of a corporation or any of its affiliates,
- (b) a director or an officer or a former director or officer of a corporation or any of its affiliates,
- (c) the Director, or
- (d) any other person who, in the discretion of a court, is a proper person to make an application under this Part.

For the purposes of this analysis, s. 238(d) is the relevant subsection.

[113] Section 241 of the *CBCA* describes the oppression remedy:

---

<sup>5</sup> Stephanie Ben-Ishai and Catherine Nowak, "The Threat of the Oppression Remedy to Reorganizing Insolvent Corporations" in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law, 2008* (Toronto: Carswell, 2009) 429, at pp. 430-431 and 436.

<sup>6</sup> Janis Sarra, "Creating Appropriate Incentives, A Place for the Oppression Remedy in Insolvency Proceedings" in Janis P. Sarra ed., *Annual Review of Insolvency Law, 2009* (Toronto: Carswell, 2010) 99, at p. 99.



(1) A complainant may apply to a court for an order under this section.

(2) If, on an application under subsection (1), the court is satisfied that in respect of a corporation or any of its affiliates

(a) any act or omission of the corporation or any of its affiliates effects a result,

(b) the business or affairs of the corporation or any of its affiliates are or have been carried on or conducted in a manner, or

(c) the powers of the directors of the corporation or any of its affiliates are or have been exercised in a manner

that is oppressive or unfairly prejudicial to or that unfairly disregards the interests of any security holder, creditor, director or officer, the court may make an order to rectify the matters complained of.

[114] The question here is whether the trial judge erred in concluding that the Monitor had standing to be a complainant. There are two elements to this analysis: can a monitor be a complainant under the *CBCA*; and should the Monitor have been a complainant in this case? I would answer both questions affirmatively.

[115] As is clear from s. 238(d) of the *CBCA*, a court exercises its discretion in determining who may be a complainant, and this discretion is broad. There has been much jurisprudence on who qualifies as a complainant. In *Olympia & York*, a trustee in bankruptcy, acting on behalf of the creditors of the bankrupt estate, was entitled to be a complainant in an oppression action involving an oppressive

agreement between the debtor and a non-arm's length party. As this court said in that case at para. 45:

...the trustee is neither automatically barred from being a complainant nor automatically entitled to that status. It is for the judge at first instance to determine in the exercise of his or her discretion whether in the circumstances of the particular case, the trustee is a proper person to be a complainant.

[116] Admittedly, a monitor differs from a trustee in bankruptcy in that the latter represents the interests of the creditors whereas the monitor has a broader mandate. However, like a trustee in bankruptcy, a monitor is neither automatically barred from being a complainant nor automatically entitled to that status.

[117] Section 241 speaks of a proper person, not *the* proper person, therefore allowing for discretion to be exercised in the face of more than one proper person. The appellants did not direct us to any authority saying that a monitor could not be a complainant. Paragraph 23(1)(k) of the CCAA expressly provides that a monitor shall carry out any functions in relation to the company that the court may direct. Moreover, s. 23(1)(c) directs a monitor to conduct any investigation that the monitor considers necessary to determine the state of the company's business and financial affairs. It does not strain credulity that this responsibility will frequently place a monitor at odds with the shareholders or other stakeholders.

[118] Additionally, there is nothing in the CCAA itself to suggest that a monitor cannot be authorized to act as a complainant. Indeed, the broad language of s. 11 of the CCAA, which permits a supervising court to “make any order it considers appropriate in the circumstances”, is permissive of such orders. As this court and the Supreme Court have made clear, the broad language of s. 11 “should not be read as being restricted by the availability of more specific orders”: *U.S. Steel Canada Inc., Re*, 2016 ONCA 662, 39 C.B.R. (6th) 173, at para. 79, citing *Century Services*, at para. 70. Courts can, and sometimes should, make “creative orders” in the context of CCAA proceedings: *U.S. Steel*, at paras. 80, 86-87.

[119] Generally speaking, the monitor plays a neutral role in a CCAA proceeding. To the extent it takes positions, typically those positions should be in support of a restructuring purpose. As stated by this court in *Ivaco Inc., Re* (2006), 83 O.R. (3d) 108 (C.A.), at paras. 49-53, a monitor is not necessarily a fiduciary; it only becomes one if the court specifically assigns it a responsibility to which fiduciary duties attach.

[120] However, in exceptional circumstances, it may be appropriate for a monitor to serve as a complainant. In my view, this is one such case.

[121] Here, in para. 37(c) of the Amended and Restated Initial CCAA Order dated November 20, 2015, the Monitor was directed to investigate whether there

were potential related party transactions that should be reviewed. It then reported back to the supervising CCAA judge that there were, and on that basis the CCAA judge authorized the Monitor to commence proceedings under s. 241 of the CBCA. The Monitor proceeded with the oppression action in the interests of the restructuring consistent with the objectives of the CCAA. The trial judge ultimately found that aspects of the Port Transaction, such as the change of control clause in the Cargo Handling Agreement that gave Essar Global control over who can be a buyer of the Algoma business, were oppressive and also harmful to the restructuring process. The Monitor took the action as an “adjunct to its role in facilitating a restructuring”.

[122] Moreover, it cannot be said that the Monitor was a fiduciary. Indeed, the appellants did not say this in their pleadings, opening submissions, or closing submissions before the trial judge. The remedy granted by the trial judge was directed at the oppression and removed an insurmountable barrier to a successful restructuring. In addition, it was brought in the face of Essar Global demonstrating a continuous desire to acquire Algoma and, as evident from the letter sent by its counsel, a desire to discourage others from doing so.

[123] It will be a rare occasion that a monitor will be authorized to be a complainant. Factors a CCAA supervising judge should consider when exercising discretion as to whether a monitor should be authorized to be a complainant include whether:

- (i) there is a *prima facie* case that merits an oppression action or application;
- (ii) the proposed action or application itself has a restructuring purpose, that is to say, materially advances or removes an impediment to a restructuring; and
- (iii) any other stakeholder is better placed to be a complainant.

These factors are not exhaustive, and none of them is necessarily dispositive; they are simply factors to consider.

[124] In the circumstances that presented themselves here, the CCAA supervising judge was justified in providing authorization. A *prima facie* case had been established; the Monitor had reviewed and reported to the court on related party transactions; the oppression action served to remove an insurmountable obstacle to the restructuring; and the Monitor could efficiently advance an oppression claim, representing a conglomeration of stakeholders, namely the pensioners, retirees, employees, and trade creditors, who were not organized as a group and who were all similarly affected by the alleged oppressive conduct.

[125] Quite apart from meeting the aforementioned criteria, I would also observe that as the presiding judge in the CCAA proceeding and the trial judge, Newbould J. had insight into the dynamics of the restructuring and was well positioned to supervise all parties including the Monitor to ensure that no unfairness or unwarranted impartiality occurred.

[126] Lastly, I do accept the appellants' position that the *Nortel* proceedings relied upon by the trial judge in support of his conclusion were quite different from this case. In *Nortel*, the monitor's powers were expanded by an order authorizing the Monitor to exercise any powers properly exercisable by a Board of Directors of Nortel or its subsidiaries. But this expansion was a response to the resignations of the Boards of Nortel and its subsidiaries, not, as here, a response to the results of investigations the Monitor had been directed to pursue. That said, the case does illustrate the need to avoid rigid definition of a monitor's role and responsibilities.

[127] In conclusion, I would not give effect to the appellants' submission that the trial judge erred in granting the Monitor standing to pursue an action for oppression.

## **(2) Derivative or Oppression Action**

[128] In addition to attacking the standing of the Monitor to bring the action, the appellants also submit that the Monitor was precluded from bringing the action in the form of an oppression remedy proceeding pursuant to s. 241 of the *CBCA*. In their view, the action could only have been brought as a derivative action pursuant to s. 239 of that *Act*. They say the claim asserted is a corporate claim belonging to Algoma, if anyone, and the stakeholders, on whose behalf the

Monitor asserts the claim, were not harmed directly or personally but only derivatively through harm done to Algoma. I disagree.

[129] In support of their submission, the appellants rely heavily on the decision of this Court in *Wildeboer*. This case is not *Wildeboer*, however.

[130] In *Wildeboer*, “insiders” who controlled the corporation had misappropriated many millions of dollars from the corporation. The sole claim advanced by the complainant minority shareholder by way of oppression remedy was for the return of the misappropriated funds to the corporation. There was no claim asserted by the complainant, of any kind, for a personal remedy qua shareholder. As the court noted at para. 45, “[t]he substantive remedy claimed is the disgorgement of all the ill-gotten gains back to Martinrea [the corporation in question].”

[131] The *Wildeboer* decision must be read in that context. It does not stand for the proposition that in all cases where there has been a wrong done to the corporation, the action must be brought as a derivative action. Consistent with a number of other authorities, this court expressly re-affirmed the principles that the derivative action and the oppression remedy are not mutually exclusive and that there may be circumstances giving rise to overlapping derivative actions and oppression remedies where harm is done both to the corporation and to stakeholders in their separate stakeholder capacities. This is clear from para. 26:

I accept that the derivative action and the oppression remedy are not mutually exclusive. Cases like *Malata* [*Malata Group (HK) Ltd. v. Jung*, 2008 ONCA 111, 89 O.R. (3d) 36] and *Jabalee* [*Jabalee v. Abalmark Inc.*, [1996] O.J. No. 2609 (C.A.)] make it clear that there are circumstances where the factual underpinning will give rise to both types of redress and in which a complainant will nonetheless be entitled to proceed by way of oppression. Other examples include: *Ontario (Securities Commission) v. McLaughlin*, [1987] O.J. No. 1247 (Ont. H.C.); *Deluce Holdings Inc. v. Air Canada* (1992), 12 O.R. (3d) 131 (Ont. Gen. Div. [Commercial List]); *Covington Fund Inc. v. White*, [2000] O.J. No. 4589 (Ont. S.C.J.), aff'd [2001] O.J. No. 3918 (Ont. Div. Ct.); *Waxman v. Waxman*, [2004] O.J. No. 1765 (C.A.), at para. 526, leave to appeal refused, (2005), [2004] S.C.C.A. No. 291 (S.C.C.).

[132] Or, as Armstrong J.A. put it in *Malata*, at para. 30:

[T]here is not a bright line distinction between the claims that may be advanced under the derivative action section of the Act and those that may be advanced under the oppression remedy provisions.

[133] In short, there will be circumstances in which a stakeholder suffers harm in the stakeholder's capacity as stakeholder, from the same wrongful conduct that causes harm to the corporation. In my opinion – unlike in *Wildeboer*, where the harm alleged was solely harm to the corporation – this case falls into the overlapping category.

[134] For the purposes of this analysis, it is the nature of the claim put forward by the claimants, on whose behalf the Monitor was pursuing the oppression remedy, that must be examined. As the trial judge noted at para. 31, the Monitor initially



cast quite widely the net of stakeholders affected by the Port Transaction and on whose behalf it was claiming a remedy. By the time of the hearing, however, the net's reach had been narrowed to Algoma's trade creditors, employees, pensioners, and retirees.

[135] In oppression remedy parlance, the nub of the exercise lies in determining whether the claimant has identified a "reasonable expectation" and shown that it has been violated by wrongful conduct that is "oppressive" (in the broad sense contemplated by the *Act*) of the interests of the claimant: see *BCE*. The Monitor asserted at the hearing, and the trial judge found at para. 75:

[T]hat the reasonable expectations of the trade creditors, the employees, pensioners and retirees of Algoma were that Algoma would not deal with a critical asset like the Port in such a way as to lose long-term control over such a strategic asset to a related party on terms that permitted the related party to veto and control Algoma's ability to do significant transactions or restructure and which gave unwarranted value to the third party.

[136] It was alleged, and the trial judge found, that these reasonable expectations had been violated both by aspects of the Port Transaction itself, and by the change of control veto provided to Portco, and thus Essar Global, in the Port Transaction.

[137] The appellants argue that the reasonable expectations asserted relate only to harm done to Algoma. The trial judge disagreed, as do I. As he concluded at para. 37:

Aspects of the Port Transaction, such as the change of control clause in the Cargo Handling Agreement that gives the parent control over who can be a buyer of the Algoma business, are harmful to a restructuring process and negatively impact creditors. [Emphasis added]

[138] On this basis, at para. 40, the trial judge distinguished *Wildeboer* because the Monitor was asserting “that the personal interests of the creditors ha[d] been affected.”

[139] The appellants place considerable emphasis on certain language contained in *Wildeboer* to the effect that, in circumstances where there may be overlapping derivative and oppression claims, the wrong must both harm the corporation and must also affect the claimant’s “individualized personal interests”. They interpret these comments as mandating not only that each claimant must suffer an identifiable individual harm but also that this harm must be different from other individualized personal harms suffered by others in their same class.

[140] For example, the appellants rely on certain aspects of the following comments by this court at paras. 29, 32-33 of *Wildeboer*:

On my reading of the authorities, in the cases where an oppression claim has been permitted to proceed even though the wrongs asserted were wrongs to the corporation, those same wrongful acts have, for the most part, also directly affected the complainant in a manner that was different from the indirect effect of the conduct on similarly placed complainants.

...

The appellants are not asserting that their personal interests as shareholders have been adversely affected in any way other than the type of harm that has been suffered by all shareholders as a collectivity. Mr. Rea – the only director plaintiff – does not plead that the Improper Transactions have impacted his interest *qua* director.

Since the creation of the oppression remedy, courts have taken a broad and flexible approach to its application, in keeping with the broad and flexible form of relief it is intended to provide. However, the appellants' open-ended approach to the oppression remedy in circumstances where the facts support a derivative action on behalf of the corporation misses a significant point: the impugned conduct must harm the complainant personally, not just the body corporate, *i.e.*, the collectivity of shareholders as a whole.

[141] While pertinent to the *Wildeboer* context, some of the foregoing language, when read in isolation and out of context, may be misconceived when it comes to a more general application. However, I do not read *Wildeboer* as precluding an oppression remedy in respect of individuals forming a homogenous group of stakeholders – for example, trade creditors, employees, retirees, or pensioners – simply because each of them, separately, may have suffered the same type of individualized harm.

[142] Instead, I read the reference at para. 29 to the complainant being directly affected “in a manner that was different from the indirect effect of the conduct on similarly placed complainants” to be another way of capturing the notion expressed in paras. 32-33 that the individualized harm is to be distinct from

conduct harming only “the body corporate, *i.e.*, the collectivity of shareholders as a whole.”

[143] Were the appellants correct in their submissions, as counsel for the Monitor points out, this court would not have upheld an oppression remedy on behalf of all shareholders of a company that had suffered harm as a result of a non-market executive compensation contract: see *UPM-Kymmene Corp. v. UPM-Kymmene Miramichi Inc.* (2002), 214 D.L.R. (4th) 496 (Ont. S.C.J.) [Commercial List], *aff'd* (2004), 42 B.L.R. (3d) 34 (Ont. C.A.), at para. 153. Nor would it have upheld an oppression remedy claim on behalf of a class of shareholders who were harmed as a result of the existence of a transfer pricing regime that was disadvantageous to the company, as it did in *Ford Motor Company of Canada v. OMERS* (2006), 79 O.R. (3d) 81 (C.A.). *Wildeboer* contains no suggestion that these authorities are no longer good law; nor would it have done.

[144] The same may be said, in my view, about a group of creditors who have suffered similar harm from a corporate wrong that affects both their interests as creditors and the interests of the corporation. While the oppression remedy is not available as redress for a simple contractual breach (such as the failure to pay a debt), it has long been held to be available, in appropriate circumstances, to creditors whose interests “have been compromised by unlawful and internal corporate manoeuvres against which the creditor cannot effectively protect itself”:

*J.S.M. Corp. (Ontario) Ltd. v. Brick Furniture Warehouse Ltd.*, 2008 ONCA 183, 41 B.L.R. (4th) 51, at para. 66. See also: *Fedel v. Tan*, 2010 ONCA 473, 101 O.R. (3d) 481, at para. 56.

[145] The question is whether the impugned conduct is “oppressive” (in the broad sense contemplated by the *CBCA*) and, if so, whether the stakeholder has suffered harm in its capacity as a stakeholder as a result of that conduct.

[146] Moreover, the circumstances that presented themselves emphasize the need for flexibility in the availability of the oppression remedy. The court and the Monitor were faced with *prima facie* evidence of oppression including bad faith and self-dealing. There was *prima facie* evidence of personal harm to the pensioners, employees, retirees, and trade creditors. While leave of the court is required for a derivative action, in substance, in the context of a *CCAA* proceeding, court supervision is present, thereby neutralizing the need for the derivative action procedural safeguard of leave.

[147] I would also note that GIP argues that the decision not to bring this action by way of derivative action may have been a strategic decision made because Algoma was contractually prohibited from seeking to set aside or vary the contracts arising from the Port Transaction, including the Cargo Handling Agreement and the lease. If anything, this argument supports the conclusion that it was appropriate for this action to be brought as an oppression claim.

[148] In conclusion, at law, the Monitor was at liberty to bring an action for oppression. I will now turn to the issue of reasonable expectations.

### **(3) Reasonable Expectations**

[149] Essar Global and GIP submit that the trial judge erred in his analysis of reasonable expectations. They argue that there was no evidence of any subjectively held expectations, that the trial judge did not consider whether the expectations were objectively reasonable, and that he failed to consider factors identified in *BCE*.

[150] The Monitor and Algoma respond by saying that the existence of reasonable expectations is a question of fact that can be proved by direct evidence or by the drawing of reasonable inferences. In this case, the trial judge properly considered the evidence that was before him to conclude that the pensioners, employees, retirees, and trade creditors held expectations that had been violated and that those expectations were objectively reasonable.

[151] In his analysis, the trial judge correctly identified the two prongs of the oppression inquiry identified by the Supreme Court at para. 68 of *BCE*: (i) does the evidence support the reasonable expectation asserted by a claimant; and (ii) does the evidence establish that the reasonable expectation was violated by conduct falling within the terms “oppression”, “unfair prejudice”, or “unfair disregard” of a relevant interest?

[152] In identifying these two prongs, at paras. 58-59, the Supreme Court made two preliminary observations:

First, oppression is an equitable remedy. It seeks to ensure fairness – what is “just and equitable”. It gives a court broad, equitable jurisdiction to enforce not just what is legal but what is fair. ... It follows that courts considering claims for oppression should look at business realities, not merely narrow legalities.

Second, like many equitable remedies, oppression is fact-specific. What is just and equitable is judged by the reasonable expectations of the stakeholders in the context and in regard to the relationships at play. Conduct that may be oppressive in one situation may not be in another. [Citations omitted.]

[153] As also stated in *BCE* at para. 71:

Actual unlawfulness is not required to invoke s. 241; the provision applies “where the impugned conduct is wrongful, even if it is not actually unlawful.” The remedy is focused on concepts of fairness and equity rather than on legal rights. In determining whether there is a reasonable expectation or interest to be considered, the court looks beyond legality to what is fair, given all the interests at play.

[154] Evidence of an expectation “may take many forms depending on the facts of the case”: *BCE*, at para. 70. The “actual expectation of a particular stakeholder is not conclusive”: *BCE*, at para. 62. Furthermore, a stakeholder’s reasonable expectation of fair treatment “may be readily inferred”, because fundamentally all stakeholders are entitled to expect fair treatment: *BCE*, at paras. 64, 70. Once the expectation at issue is identified, the focus of the inquiry is on whether it has

been established that the particular expectation was reasonably held: *BCE*, at para. 70.

[155] The Monitor particularized the reasonable expectations in issue. It stated that the stakeholders had reasonable expectations that the Essar Group would not cause Algoma to engage in transactions for their benefit to the detriment of Algoma and its stakeholders, cause Algoma to transfer long-term control over an irreplaceable and core strategic asset of Algoma (*i.e.* the Port) to the Essar Group, and, among other things, provide the Essar Group with a veto. The source and content of the expectations were stated by the Monitor to include commercial practice, the nature of Algoma, and past practice. These particulars would all feed an expectation of fair treatment.

[156] Based on the reasonable expectations particularized by the Monitor, as already noted, the trial judge found at para. 75 that:

[T]he reasonable expectations of the trade creditors, the employees, pensioners and retirees of Algoma were that Algoma would not deal with a critical asset like the Port in such a way as to lose long-term control over such a strategic asset to a related party on terms that permitted the related party to veto and control Algoma's ability to do significant transactions or restructure and which gave unwarranted value to the third party.

[157] There was evidence of subjective expectations before the trial judge. For example, at para. 65 of his reasons, the trial judge considered the evidence of subjective expectations of two trade creditors explaining that they were unaware



of the Port Transaction and would not have expected an outcome in which Algoma no longer had full control over the Port facility.

[158] The trial judge also drew reasonable inferences from the evidence and circumstances that existed at Algoma in 2014 in support of the expectations relied upon by the Monitor, as he was entitled to do: see *Ford Motor*, at para. 65. In that regard, he noted that Algoma had gone through a number of insolvencies and restructurings since the early 1990s. Given the cyclical nature of the steel business, it was reasonable for the stakeholders to expect a restructuring in the future. The reasonableness of this restructuring-related expectation was confirmed by GIP's insistence on a "bankruptcy remote" structure for its loan "given the fluctuating prices of steel and Algoma's history of insolvencies", as GIP said in its factum.

[159] Based on the evidence of subjective expectations and the reasonable inferences the trial judge drew from the record, it cannot be said that there was no evidence supporting the trial judge's conclusion that a future restructuring was not reasonably foreseeable.

[160] The trial judge also concluded that it was objectively reasonable for the stakeholders to expect, as he noted at para. 73, that Algoma would not lose its ability to restructure absent the consent of Essar Global – particularly in Sault Ste. Marie, where Algoma is the major industry on which trade creditors and

employees rely. Put differently, it would not be reasonable to expect that the shareholder would have the right to veto any restructuring in a CCAA proceeding in which it was not an applicant and have the right to prefer its own interests over those of others such as the retirees, pensioners, trade creditors, and employees. Contrary to the assertions of the appellants, the trial judge expressly considered those issues.

[161] Similarly, Essar Global submits that the foreseeability of another insolvency was contradicted by Mr. Marwah's affidavit evidence on the application for approval of the Plan of Arrangement, where he deposed that he believed that Algoma would be solvent. I would not give effect to this argument, as the trial judge's conclusion on the foreseeability of the insolvency is a factual finding, based on his review of the record as a whole. Essar Global has not demonstrated that this finding is subject to any palpable and overriding error.

[162] The appellants' complaint that the trial judge failed to consider any of the factors identified in *BCE* is also misplaced. In that decision, the Supreme Court stated at para. 62:

As denoted by "reasonable", the concept of reasonable expectations is objective and contextual. ... In the context of whether it would be "just and equitable" to grant a remedy, the question is whether the expectation is reasonable having regard to the facts of the specific case, the relationships at issue, and the entire context, including the fact that there may be conflicting claims and expectations.

[163] Essar Global's argument that the trial judge did not turn his mind to the *BCE* factors ignores the trial judge's explicit reasons on this point. At para. 68 of his decision, the trial judge referred to the factors identified by the Supreme Court as "useful" in determining whether an expectation was reasonable. These factors include: i) general commercial practice; ii) the nature of the corporation; iii) the relationship between the parties; iv) past practice; v) steps the claimant could have taken to protect itself; vi) representations and agreements; and vii) the fair resolution of conflicting interests between corporate stakeholders.

[164] The trial judge correctly noted that, due to the fact-specific nature of the inquiry into reasonable expectations, not all listed factors must be satisfied in any particular case. I agree with his conclusion. The *BCE* factors are "not hard and fast rules", but are merely intended to "guide the court in its contextual analysis": Dennis H. Peterson and Matthew J. Cumming, *Shareholder Remedies in Canada*, 2nd ed. (Toronto: LexisNexis, 2017), at §17.47.

[165] Nonetheless, the trial judge did consider a number of the *BCE* factors based on the facts before him. For instance, at para. 68, he concluded that Algoma's prior sale of a non-critical asset, relating to factor iv), past practice, was not helpful in determining reasonable expectations. This was because the sale of a non-critical asset differs from the sale of a critical asset, as in the Port Transaction. Also under the rubric of past practices, he considered Algoma's prior insolvencies and restructuring proceedings. He concluded that while it was

reasonable for stakeholders to expect that significant corporate changes might be necessary for Algoma in the future, it was not reasonable for them to expect that Algoma would lose its ability to restructure without the prior agreement of its parent, Essar Global.

[166] As the trial judge's reasons reveal, he specifically considered the *BCE* factors and made findings on the objective reasonableness of the expectations at issue. I endorse the comments of the Monitor found at para. 80 of its factum:

In this case, Justice Newbould found that the employees, retirees, and trade creditors all had a reasonable expectation that Essar Group would not engineer a transaction that deprived Algoma of a key strategic asset, rendering it incapable of restructuring or engaging in significant transactions without the approval of Essar Global, for minimal cash consideration in circumstances where there had been no consideration of alternative transactions. This was entirely supported by the entirety of the record adduced at trial.

[167] This was essentially a factual exercise. There was conflicting evidence before the trial judge. However it was for the trial judge to weigh the evidence and make factual findings. That is what he did. Based on the record before him, those factual findings were available to him. He considered both subjective expectations and whether the expectations were objectively reasonable. I see no reason to interfere.

[168] I therefore reject the appellants' submissions on reasonable expectations.

**(4) Wrongful Conduct and Harm**

[169] Essar Global also takes issue with the trial judge's conclusion that Essar Global's conduct was wrongful and harmful.

[170] First, Essar Global submits that the trial judge inappropriately relied on the Equity Commitment Letter. It argues that the court approved the amended Plan of Arrangement that released Essar Global from any claim relating to the Equity Commitment Letter, and that reliance on a released obligation in connection with the wrongful conduct requirement of oppression was an impermissible collateral attack on the approval order.

[171] I disagree. I can state no more clearly than the trial judge did at para. 100 of his reasons:

The Monitor is not making a claim under the Equity Commitment Letter or asking that Essar Global provide the equity it agreed to provide in that commitment. Nor is the Monitor asking that the release be set aside. The Monitor contends, and I agree, that the failure of Essar Global to fund as agreed in the RSA and Equity Commitment Letter is a part of the factual circumstances to be taken into account in considering whether the affected stakeholders who were not party to the agreements were treated fairly by the Port Transaction.

[172] An amended Plan of Arrangement became necessary when Essar Global did not provide the promised equity contribution, the roadshow presentations

were unsuccessful, and the Port Transaction was the only available means to generate sufficient cash for Algoma.

[173] I also note that the trial judge recognized that the trade creditors, the employees, pensioners and retirees were not parties to nor did they play any role in the amended Plan of Arrangement proceedings. Although the release was in both the original RSA and the amended RSA, it would appear that there was no express reference to the Port Transaction being part of the Plan of Arrangement, nor was there any mention of it in any endorsement or the order approving the amended Plan of Arrangement.

[174] In addition, the trial judge did not make his finding of wrongful conduct based on Essar Global's breach of the Equity Commitment Letter. Rather, he found that the totality of Essar Global's conduct regarding the Recapitalization and Port Transaction satisfied the wrongful conduct requirement.

[175] Taken in context, the trial judge made no error in his treatment of the release in favour of Essar Global.

[176] Second, Essar Global submits that the trial judge made factual errors relating to Essar Global's cash contributions. In particular, it submits that he erred in concluding that the cash Essar Global did advance in the recapitalization, namely US\$150 million rather than the US\$250 to US\$300 million that was originally promised, was generated by the Port Transaction when

it was not. They also complain that he erred in granting an oppression remedy when the Equity Commitment Letter provided for a limited remedy in the event of a breach.

[177] The reasons of the trial judge on Essar Global's cash contribution are admittedly somewhat confusing. In para. 20 of his reasons, he states that Essar Global's revised cash contribution under the amended RSA was "to be funded largely not by Essar Global but by a loan from third party lenders to Portco of \$150 million." Reading that paragraph in isolation might lend credence to the appellants' submission. That said, having regard to the record before him and reading the reasons as a whole, I am not persuaded that the trial judge misunderstood Essar Global's contribution to the recapitalization.

[178] The relevant contributions made to Algoma in November 2014 consisted of:

- US\$150 million in cash from Essar Global under the amended RSA;
- US\$150 million in debt reduction in the form of loan forgiveness for certain loans owed by Algoma to members of the Essar Group under the amended RSA; and
- US\$150 million in cash generated from the Port Transaction.

[179] Essar Global only provided Algoma with US\$150 million in cash equity, not the US\$250 to 300 million in cash equity it had originally promised. The debt

forgiveness would not assist Algoma in addressing its impending liquidity issues in the same way a cash injection would. Additionally, as the trial judge noted at para. 88, the US\$150 million in debt reduction related to loans at the bottom of Algoma's capital structure, and therefore this reduction was of "questionable value" to Algoma at the time.

[180] Algoma, the Monitor and Essar Global all provided the trial judge with written submissions describing the cash equity contribution as consisting of US\$150 million in cash from Essar Global and US\$150 million in cash from the Port Transaction. The contributions were also repeatedly referenced in the record. For example, the affidavit of Mr. Seifert – which the trial judge considered in great detail – clearly sets out Essar Global's cash contribution to Algoma and the US\$150 million in cash paid by Portco to Algoma under the Port Transaction as separate transactions. Similarly, these contributions are described as separate transactions in the affidavits of Messrs. Marwah and Ghosh.

[181] The trial judge's reasons establish that he understood that there were two separate cash payments made to Algoma – one made by Essar Global in satisfaction of its commitments under the amended RSA and one made by Portco under the Port Transaction. He also understood that these cash payments were made in addition to Essar Global's forgiveness of US\$150 million debt owed to it by Algoma.



[182] Specifically, at para. 85, the trial judge noted that in October 2014, after the original RSA had been executed, Essar Global contemplated reducing the amount of its cash contribution promised under the RSA and the Equity Commitment Letter. The roadshow presentation prepared regarding Algoma's capitalization showed that Essar Global proposed to contribute less than US\$100 million of cash rather than the US\$250-\$300 million required. He obviously understood that there was to be a cash component to Essar Global's contribution separate and apart from the proceeds of the Port Transaction.

[183] In addition, at para. 88, the trial judge noted that the Port Transaction "reduced the amount of cash equity previously promised by Essar Global to be advanced to Algoma" (emphasis added). This shows that the trial judge understood that the proceeds from the Port Transaction were not replacing Essar Global's promised cash contribution. The trial judge recognized that the cash equity contribution of US\$150 million and the debt reduction of US\$150 million were insufficient to successfully refinance Algoma, and using the Port Transaction proceeds was the only way to generate the additional US\$150 million in cash necessary. The trial judge highlighted at para. 96 that Algoma's CEO, Mr. Ghosh, had indicated that "he had had to agree to the Port Transaction" as it was the "only way" to refinance Algoma, since Essar Global's contribution was only "bringing in \$150 million".

[184] Even if the appellants were correct in this regard, which I do not accept, on their analysis, they themselves admit that Essar Global's contribution was short by US\$50 million.

[185] No matter the correct figure, Essar Global's conduct created a situation where Algoma had no choice but to accept the Port Transaction. There was no palpable and overriding error in the trial judge's understanding of the recapitalization requirements.

[186] In any event, the reduction in Essar Global's cash contribution was only one aspect of Essar Global's overall conduct considered by the trial judge. He did not conclude that the cash equity reduction was itself the oppressive act. Accordingly, again, any factual error regarding Essar Global's actual cash contribution was not a palpable and overriding error.

[187] As mentioned, Essar Global also asserts that the remedy for breach contained in the Equity Commitment Letter precluded any oppression remedy. No one was suing for breach of the Equity Commitment Letter. Rather, it formed part of the context that included a failure to explore alternatives, the Port Transaction itself, control rights that were proffered as a disincentive to other bidders and that erased any possibility of a successful restructuring, all in disregard of the expectations of the pensioners, employees, retirees, and trade creditors.

[188] Third, although not identified as a ground of appeal nor advanced as such in their factum, in oral argument, the appellants submitted that the alleged breach of the Equity Commitment Letter did not cause Algoma to enter the Port Transaction.

[189] Essar Global contends that the trial judge made factual errors in finding a causal connection between Essar Global's equity commitment and the Port Transaction. It argues that the Port Transaction was a key component of the recapitalization before the execution of the Equity Commitment Letter.

[190] At trial, the trial judge rejected Essar Global's argument, finding at para. 87 that the Port Transaction was contemplated as a possible transaction when first introduced in May 2014, but that the transaction was not a certainty. He accurately noted that the first Plan of Arrangement that was approved by the Court required Essar Global to comply with its cash funding commitment of US\$250 to US\$300 million pursuant to the Equity Commitment Letter and that the Port Transaction was not a part of that plan. He found that the Port Transaction had to be carried out because of Essar Global's decision not to fund Algoma according to the terms of the Equity Commitment Letter.

[191] The causal connection between Essar Global's equity commitment and the Port Transaction is a factual matter and the trial judge's factual finding was supported by the evidence.

[192] Furthermore, the Port Transaction that was floated in May 2014 was an entirely different transaction, in which the proceeds of sale would flow upstream to Essar Global and would not be used to recapitalize Algoma. Moreover, the RSA prohibited a related party transaction without noteholder consent, and the proceeds of any sale in excess of US\$2 million had to be used to reduce Algoma's debt.

[193] I am not persuaded that the trial judge made any palpable and overriding error in his finding.

[194] Fourth, Essar Global submits that the trial judge erred in disregarding the business judgment rule, which should have applied to prevent judicial second-guessing of the Board's decisions.

[195] The trial judge correctly described the business judgment rule relying on para. 40 of *BCE*:

In considering what is in the best interests of the corporation, directors may look to the interests of, *inter alia*, shareholders, employees, creditors, consumers, governments and the environment to inform their decisions. Courts should give appropriate deference to the business judgment of directors who take into account these ancillary interests, as reflected by the business judgment rule. The "business judgment rule" accords deference to a business decision, so long as it lies within a range of reasonable alternatives...It reflects the reality that directors, who are mandated under s. 102(1) of the *CBCA* to manage the corporation's business and affairs, are often better suited to determine what is in the best interests of the

corporation. This applies to decisions on stakeholders' interests, as much as other directorial decisions.

[196] Two additional points should be made with respect to the business judgment rule. First, the rule shields business decisions from court intervention only where they are made prudently and in good faith: *CW Shareholdings Inc. v. WIC Western International Communications Ltd.* (1998), 160 D.L.R. (4th) 131 (Ont. Gen. Div. [Commercial List]), at pp. 150-151.

[197] Second, the rule's protection is available only to the extent that the Board of Directors' actions actually evidence their business judgment: *UPM-Kymmene*, at para. 153.

[198] In deciding that the rule afforded no defence to Essar Global, the trial judge, at para. 123, relied on the fact that the Board did not follow "advice to go after Essar Global on its cash equity commitment". The trial judge went on to note that had Algoma's Board formed an independent committee in February 2014, events may have evolved differently, and the Board may have accepted the advice to hold Essar Global to its commitment.

[199] Essar Global takes issue with this conclusion by asserting that the trial judge should not have characterized Algoma's Board as lacking independence because of its decision not to strike an independent committee. Essar Global points out that there was no evidence that Mr. Ghosh – who cast the deciding vote in that decision – was not free to vote as he chose.

[200] Essar Global's argument ignores the trial judge's key finding that the four directors who voted against the independent committee in February 2014, including Mr. Ghosh, were not independent. The trial judge noted at para. 15 that he could "not overlook" that Mr. Ghosh had been with Essar Steel India, adding that Algoma's CFO, Mr. Marwah, had described these four directors as "Essar-affiliated directors". On this basis, it was open for the trial judge to find that the Essar-affiliated directors were not free from the influence of Essar Global and the Ruia family, particularly when considered alongside his extensive comments at paras. 43-60 finding that the critical decisions regarding Algoma's recapitalization and the Port Transaction were made not by Algoma's Board, but by Essar Global and Essar Capital as led by Mr. Seifert.

[201] Specifically, the trial judge made findings of fact at paras. 51-53 regarding the limited role played by Algoma's Board and management. He accepted the evidence of Messrs. Ghosh and Marwah that they did not negotiate the economic terms of the debt refinancing or the Port Transaction. He also accepted the evidence of Mr. Ghosh that the Transaction was approved because there was no realistic alternative to generate sufficient cash to complete the recapitalization. He rejected the contradictory evidence of Mr. Seifert because the evidence of Messrs. Ghosh and Marwah was consistent with the documentary evidence. In my view, the trial judge was entitled to weigh the evidence as he did and make these findings of fact that were not infected by any palpable and overriding error.

[202] Essar Global maintained before the trial judge, as they do before this court, that the Algoma Board's decisions were nonetheless shielded from court intervention because the Board had the benefit of sophisticated advisors throughout the recapitalization process. And yet, the only evidence tendered of any such advice was advice that the Board elected not to follow.

[203] At para. 122, the trial judge described this advice, which was provided at least in part by Ray Schrock, described by the appellants as Algoma's lawyer. Mr. Schrock told the Board that unsecured noteholders would not react well to the Port Transaction and were likely to seek a higher infusion of cash from Essar Global, as promised in the Equity Commitment Letter. Mr. Schrock said that the Board should insist that Algoma press Essar Global to fulfill its equity commitments. There was no evidence that steps were taken in this regard and the trial judge found that this advice was not followed.

[204] Additionally, the circumstances surrounding the resignation of the independent directors from Algoma's Board lend support to the trial judge's conclusion that reliance on the business judgment rule was unavailable. Mr. Dodds' letter stated that his decision to resign was driven by his conclusion that as an independent director, he lacked confidence that he was "receiving information and engaged in decision-making in the same manner as those Board members who are directly affiliated with the company and/or its parent". It was

open to the trial judge to reach the conclusions he did. In these circumstances, the business judgment rule was of little assistance.

[205] Essar Global also submits that the trial judge should not have gone on to censure the activities of the Board in November 2014 (when the Board approved the transactions) by relying on the Board's February 2014 decision regarding the independent committee.

[206] The trial judge did not censure the decisions of the Algoma Board solely based on the February 2014 meeting. The February meeting, and the events surrounding it, are part of a larger context that included the November 2014 meeting, all of which the trial judge considered, and all of which demonstrated that the Board's decisions regarding the recapitalization were not made prudently or in good faith, as found by the trial judge, and thereby failed to attract the application of the business judgment rule.

[207] Specifically, the trial judge found at para. 123 that, if the Board had acquiesced to forming an independent committee, or listened to the truly independent directors before they resigned in frustration, subsequent steps taken in pursuit of the recapitalization transaction "may have been taken differently". He then went on to say that:

What happened in the Port Transaction was an exercise in self-dealing in that Algoma's critical Port asset was transferred out of Algoma to a wholly owned subsidiary of Essar Global with a change of control provision that



benefited Essar Global at a time that a future insolvency was a possibility.

[208] Additionally, the trial judge found that the Board had accepted the inclusion of the contentious change of control provision in the Cargo Handling Agreement without considering alternatives. If the provision was truly for the benefit of GIP, it could have been accomplished in another way, without providing Essar Global with an effective veto over a change of control of Algoma.

[209] All this evidence speaks to the Board's lack of business judgment and good faith, the failure to consider reasonable alternatives, and the Algoma Board's limited role in directing the recapitalization. There is no palpable and overriding error in the trial judge's conclusion that the Board was precluded from relying on the business judgment rule. His decision was amply supported by the record.

[210] Essar Global makes an additional point relating to the business judgment rule: that, in any event, no independent committee was required under corporate law.

[211] It is a contrivance for Essar Global to impugn the trial judge's conclusion regarding the business judgment rule on the basis that an independent committee was not required. Although it is true that an independent committee was not legally or technically required, the Board's decision not to strike one, in the circumstances surrounding the November 2014 restructuring transactions,

speaks volumes. The decision not to strike an independent committee must be considered alongside the evidence I have already reviewed: the Board's lack of independence, the Board's failure to follow its advisors' advice, the Board's failure to consider alternatives, and the Board's acquiescence to recapitalization transactions that primarily benefited the interests of Essar Global over those of Algoma. Again, the totality of the evidence supports the Board's lack of good faith, and renders the business judgment rule inapplicable.

[212] There is one final argument Essar Global raises in invoking the business judgment rule. It claims that it was procedurally offensive for the trial judge to criticize the directors for not following Mr. Schrock's advice because evidence of the advice was not before him. It adds that, had the directors relied on legal advice from Mr. Schrock in the legal proceedings, privilege had not been waived.

[213] Here, the minutes of the Board meeting held in November 2014 describe Mr. Schrock as "informing the Board [that] the [unsecured noteholders] would not react well to the proposed changes and that they were likely to push [Essar Global] for a higher infusion of cash/equity into [Algoma] as set forth in the Commitment [L]etter". Mr. Schrock also commented that the proposed Port Transaction "was likely to cause concern by the [unsecured noteholders]". Accordingly, Mr. Schrock advised the Board to "insist that [Algoma] should press all parties to fully satisfy their ... obligations regarding the equity contributions".

[214] To the extent that Mr. Schrock's comments amounted to legal advice, I would first note that his advice was only one piece of the evidentiary puzzle in the broader factual context. Even if Mr. Schrock's advice, and the Board's failure to implement it, are disregarded, the record still amply supports the trial judge's conclusions on this issue.

[215] I would also add that Essar Global's claim that the evidence of Mr. Schrock's advice was not before the trial judge is incorrect. The Board minutes were included in the record as an exhibit to an affidavit tendered by Essar Global. Finally, as for Essar Global's argument that privilege had not been waived, any privilege that may have attached to Mr. Schrock's advice belonged to Algoma and not Essar Global.

[216] Fifth, Essar Global submits that the involvement of Algoma's management and Board in the Port Transaction sanitizes that transaction, because the trial judge concluded that Messrs. Ghosh and Marwah acted in good faith thinking they were doing the best for Algoma in the circumstances. Essar Global also claims that the trial judge erred by holding otherwise because the Monitor failed to attack the Board's process in its pleading. I do not accept these arguments.

[217] Despite Essar Global's argument, this court has established that good faith corporate conduct does not preclude a finding of oppression: *Brant Investments Ltd. v. KeepRite Inc.* (1991), 3 O.R. (3d) 289 (C.A.).

[218] Moreover, Essar Global's argument on this point ignores the trial judge's findings that Algoma's Board and management played a limited role in the Port Transaction. It also ignores evidence that indicates that Messrs. Ghosh and Marwah's support was only given because there was no alternative to address Algoma's financial straits. This factual background demonstrates why it was open for the trial judge to conclude that the Port Transaction was oppressive, despite the good faith of Messrs. Ghosh and Marwah.

[219] On the pleadings issue, I note that the Monitor pleaded that the Port Transaction was the result of Essar Global's "*de facto* control" of Algoma. In response, Essar Global pleaded that the Port Transaction was in the best interests of Algoma, based on the approval of the transaction by Algoma's Board and senior management, who were acting on an informed basis and with the benefit of financial advice. Given the way in which Essar Global framed its defence in its pleadings, it cannot now say that issues related to the Board's process were not properly before the trial judge.

[220] Turning to the appellants' last argument relating to wrongful conduct and harm, they submitted that the trial judge identified two potential harms caused by Essar Global, neither of which is actionable in the oppression action: the undervalue of the Port Transaction to Algoma and the impairment of Algoma's ongoing restructuring.

[221] In my view, it is inaccurate to characterize the trial judge's findings and analysis as concluding that harm flowed to stakeholders because the Port Transaction did not provide sufficient value to Algoma.

[222] Specifically, he did not find that the US\$171.5 million in consideration paid by Portco to Algoma constituted undervalue. Indeed his remedy that GIP be repaid in full suggests the contrary. Rather, he found that Essar Global received an unreasonable benefit from the Port Transaction.

[223] Moreover, it was an exercise in self-dealing. As the trial judge stated at para. 144:

For the balance of the first 20 years under the Cargo Handling Agreement after the GIP loan matures, if that agreement survives only to that date, Algoma will pay a further 12 years at \$25 million, or \$300 million, to Portco which will benefit Essar Global after the balance of the GIP loan is paid off. If the Cargo Handling Agreement is not terminated before the end of its life of 50 years, that will be another 30 years at \$25 million, or \$750 million, paid to Portco/Essar Global. Taken with the small amount paid by Essar Global, the \$4.2 million in cash (and the \$19.8 million note that it has refused to pay), it means that Essar Global will obtain an extremely large amount of cash from Algoma for little money. I realize that if Algoma became solvent and able to pay its debts, it would be able to pay a dividend to Essar Global (or the appropriate subsidiary) so long as Essar Global remained its shareholder. Whether and when Algoma could become solvent with its pension deficits that have existed for some time and be in a position to pay dividends to its shareholder is a significant unknown. But the payments under the Cargo Handling Agreement do not require any solvency test and are in the financial

circumstances Algoma finds itself in, a clear contractual benefit for little money. It is an unreasonable benefit that was prejudicial to, and unfairly disregarded, the interests of the creditors on whose behalf this action has been brought by the Monitor.

[224] The trial judge also concluded that the mismatched terms of the Cargo Handling Agreement (20 years renewable) and the 50-year lease offered Essar Global an additional benefit. In that regard, he was not bound to accept the evidence of the appellants' expert. He reasoned, at para. 142, that the Port was critical to Algoma's functioning, and therefore that Algoma would not be in a position to terminate the Cargo Handling Agreement for the duration of the lease:

The other concerns are with respect to the obligations in the Cargo Handling Agreement. I have a concern with the imbalance in the term of the lease to Portco for 50 years against the term of the Cargo Handling Agreement for 20 years with automatic renewal for successive three year periods unless either party gives written notice of termination to the other party. If Essar Global thought that it wanted an increased payment after 20 years, it could refuse to continue the Cargo Handling Agreement and put Algoma at its complete mercy. If the market did not support an increased payment, or indicated that the payments from Algoma to Portco should be less in the future, Algoma would still be at the mercy of Essar Global. As the Port facilities are critical to the operation and survival of Algoma, it would be foolhardy indeed for Algoma to refuse to extend the Cargo Handling Agreement. The language in the Cargo Handling Agreement that Algoma can refuse to extend it after 20 years is illusory and not realistic. In reality, it is a provision that is one-sided in favour of Essar Global.

[225] The change of control provision or veto was also an exercise in “self-dealing”. The consent provision unnecessarily tied Algoma’s strategic options to Essar Global. The trial judge properly found that the insertion of control rights in the Cargo Handling Agreement served no practical purpose to GIP and the same rights could have been provided for in the Assignment of Material Contracts.

[226] As the trial judge concluded at para. 138:

In my view, and I so order, the appropriate relief for the oppression involving the change of control clause in the Cargo Handling Agreement is to delete section 15.2 from that agreement and to insert a provision in the Assignment of Material Contracts agreement that if GIP becomes the equity owner of Portco, Algoma or its parent cannot agree to or undertake a change of control of Algoma without the consent of GIP.

[227] There was evidence from Messrs. Ghosh and Marwah that supported the trial judge’s conclusion that harm had flowed from the presence of the change of control provision and the ensuing letter from counsel. They were not cross-examined and no competing evidence was tendered by the appellants. It was also open to the trial judge to interpret the letter sent by Portco’s counsel to Algoma’s counsel as a veto threat to potential bidders while Essar Global continued to be interested in being a bidder. I would not give effect to this argument.

[228] On the issue of the impairment of Algoma’s ongoing restructuring, the appellants argue that no harm could have flowed from this, as the restructuring

was not, in fact, impaired. Specifically, they argue that the only evidence of impairment consisted of statements in the affidavits of Messrs. Ghosh and Marwah that potential bidders for Algoma were concerned about the change of control clause. I would reject this argument as well. Again, I note that the appellants chose not to cross-examine on these affidavits, nor did they object to their admission into evidence. They cannot now, after the fact, impugn the trial judge's reliance on these statements.

[229] Additionally, the appellants argue that it was premature for the trial judge to conclude that the control clause impaired the restructuring, because Portco/Essar Global was never asked to consent to a new transaction or to new owners. However, at para. 117, the trial judge noted that the change of control rights had to be considered alongside Essar Global's holding itself out as a prospective buyer in any bidding process for Algoma. That Essar Global has never been asked to consent to a new transaction was immaterial, as it remained in Essar Global's "interest to dissuade other buyers in order for it to achieve the lowest possible purchase price". In coming to this conclusion the trial judge pointed to the letter from counsel for Portco/Essar Global on May 12, 2016, which "sp[oke] volumes" by "clearly invit[ing] any bidder to understand that Essar Global has control rights."

[230] I see no error in the trial judge's conclusion.



**(5) The Remedy**

[231] Turning then to the issue of the remedy. Essar Global submits that the trial judge erred in striking out the control clause in the Cargo Handling Agreement and in granting Algoma the option of terminating the Port agreements upon repayment of the GIP loan. They argue that he was only permitted to rectify the harm that was suffered. Deleting the provision was an overly broad remedy that was unconnected to the reasonable expectations of the stakeholders and instead, he should have considered a nominal damages award.

[232] GIP supports the submissions of Essar Global. It argues that the remedy awarded was not sought by any party, no evidence had been called in respect of that remedy, and no submissions were made. The practical effect of granting Algoma a termination right is that GIP does not have the security for which it bargained and it was prejudiced, despite its lack of involvement in the oppression found against Essar Global. GIP also argues that the Monitor and Algoma are seeking to set-off amounts owed by Essar Capital to Algoma against amounts owed to GIP, which results in additional prejudice.

[233] I would not give effect to these submissions. First, trial judges have a broad latitude to fashion oppression remedies based on the facts before them. Once a claim in oppression has been made out, a court may “grant any remedy it thinks fit”: *Pente Investment Management Ltd. v. Schneider Corp.* (1998), 42

O.R. (3d) 177 (C.A.), at para. 4. The focus is on equitable relief, and deference is owed to the remedy granted: *Fedel*, at para. 100.

[234] Second, the trial judge properly identified the need to avoid an overly broad remedy, stating at para. 136 that there were “less obtrusive ways” of remedying the oppression than ordering shares of Portco be transferred to Algoma (the remedy the Monitor had originally requested). Varying the transaction as he did was one such way. The trial judge’s remedy removes Portco’s control rights (the main obstacle to a successful restructuring) and, after GIP is paid, restores the Port to the ownership of Algoma. If GIP becomes the equity owner of Portco, its consent will be required to any change of control. Unlike a damages award, the remedy was responsive to the oppressive conduct. It served to vindicate the expectations of the stakeholders that Algoma would retain long-term control of the Port and that Essar Global would not have a veto over its restructuring efforts.

[235] Third, the remedy granted preserves the security GIP had bargained for and therefore GIP has not suffered any prejudice as a result of the remedy. The trial judge’s remedy, as described at para. 145, ensures that GIP is to be paid in full. Until “payment in cash of all amounts owing to GIP” is made, the Port remains in Portco’s hands and the contractual remedies held by GIP to enforce its security remain in place. Moreover, Essar Global guaranteed Portco’s liabilities to GIP under GIP’s loan in the Port Transaction, which further

demonstrates GIP's lack of prejudice. As GIP's own affiant indicated, this guarantee provides GIP with "an extra layer of protection in the event the debtor is unable to repay the loan".

[236] Finally, regarding the issue of set-off, I note that the arguments made by GIP in support of this ground were made prior to Newbould J.'s subsequent ruling dealing with this issue. In that decision, he held that Algoma had set-off amounts owed under the promissory note against Essar Global, but he preserved GIP's right to repayment. This decision is a full answer to GIP's arguments on this point, and ensures that GIP will not suffer any prejudice as a result of the remedy granted in response to Essar Global's oppressive conduct.

#### **(6) Was There Procedural Unfairness?**

[237] Essar Global submits that the trial judge erred in basing his decision and relief on bases that were not pleaded. GIP supports the position of Essar Global, with particular focus on the remedy that was ultimately imposed.

[238] As mentioned, the trial judge was the supervising CCAA judge and deeply acquainted with the facts of the restructuring. Of necessity, and on agreement of all parties to the oppression action, the timelines for pleadings, productions, and examinations were truncated. Additionally, no party objected at trial that the process had been procedurally unfair. Given the context and the complexity of the dispute, the pleadings were not as clear as they might have been in a less

abbreviated schedule. That said, on a review of the record, I am not persuaded that there was any procedural unfairness with respect to the claims or that the appellants did not know the case they had to meet.

[239] The focus of at least GIP's complaint lies in the remedy. The appellants are correct that the precise remedy awarded by the trial judge was not pleaded. A trial judge must fashion a remedy that best responds to the oppressive conduct and that is not overly broad. While it is desirable for a party seeking oppression relief to provide particulars of the remedy, a trial judge is not bound by those particulars. Because the discretionary powers under the oppression remedy must be exercised to rectify the oppressive conduct complained of (see: *Nanef v. Con-Crete Holdings Ltd.* (1995), 23 O.R. (3d) 481 (C.A.), at para. 27), it follows that the remedy will, by necessity, be linked to the oppressive conduct that was pleaded. Therefore a party against whom a specifically-tailored oppression remedy is ordered cannot fairly complain that the remedy caught them by surprise. This conclusion is consistent with *Fedel*, where this court upheld oppression remedies imposed by the trial judge where the relief granted had not been specifically pleaded or sought in argument.

[240] Moreover, absent error, a trial judge's decision on remedy is entitled to deference. As I have discussed, there is an absence of error. Furthermore, in this case, there is no prejudice to GIP. Its position is preserved by the remedy

granted by the trial judge. At the same time, the remedy is responsive to Essar Global's oppressive conduct.

[241] That said, the trial judge did consider whether Essar Global and GIP could fairly argue that they were taken by surprise by his remedy. At para. 141, he rejected this position, holding that the issue of the change of control clause was pleaded by the Monitor, and affidavit material filed by both Essar Global and GIP provided evidence on the provision's significance. At para. 146, he concluded that issues relating to the relief he ordered were "fully canvassed in the evidence and argument", and that the remedy he ordered in fact was less intrusive than the remedy originally pled by the Monitor. And although he did not think an amendment was necessary, he nonetheless ordered that the Monitor would be granted leave to amend its claim to support the relief he granted.

[242] I would not give effect to this ground of appeal.

## **(7) Fresh Evidence**

[243] Essar Global seeks to introduce fresh evidence on appeal that addresses the independence of Algoma's Board of Directors. It takes the position that the trial judge's rejection of the independence of two directors, Messrs. Kothari and Mirchandani, played a significant role in his decision. It adds that the lack of independent directors was not pleaded by the Monitor and so Essar Global had no reason to adduce this evidence earlier.

[244] Messrs. Mirchandani and Kothari joined Algoma's Board in June and August 2014, respectively, after the three independent directors resigned. They were therefore on the Board when the Port Transaction was approved in November 2014.

[245] Whether "a proper case" exists to allow fresh evidence is determined by applying the test outlined in *R. v. Palmer*, [1980] 1 S.C.R. 75, or the slightly modified test from *Sengmueller v. Sengmueller* (1994), 18 O.R. (3d) 208 (C.A.).

[246] As this court has noted, the two tests are quite similar: see *Chiang (Re)*, 2009 ONCA 3, 93 O.R. (3d) 483, at para. 77. Under the *Palmer* test, the party seeking to admit fresh evidence must demonstrate that the evidence could not, by due diligence, have been adduced at trial; that the evidence is relevant in that it bears on a decisive issue in the trial; that the evidence is credible; and that the evidence, if believed, could be expected to affect the result.

[247] Under the *Sengmueller* test, the moving party must demonstrate that the evidence could not have been obtained by the exercise of reasonable diligence prior to trial; that the evidence is credible; and that the evidence, if admitted, would likely be conclusive of an issue on appeal.

[248] Essar Global has failed to meet either the *Palmer* or the *Sengmueller* test for two main reasons.

[249] In both its original and its amended statement of claim, the Monitor alleged that representatives of Essar Global were members of Algoma's Board and exercised *de facto* control over Algoma, such that they made decisions for the benefit of Essar Global while unfairly disregarding the interests of Algoma's stakeholders. Essar Global cannot claim to have been caught by surprise by the issue of the Board's independence being in play. The fresh evidence could have been obtained with reasonable diligence prior to trial.

[250] In any event, the evidence would not have affected the result at trial, and is not conclusive of any issue on appeal. The fresh evidence Essar Global asks to proffer consists of the affidavit of Mr. Mirchandani, which states that he and Mr. Kothari were determined to be independent Board members as a result of a conflict of interest policy and by virtue of the questionnaires they each completed.

[251] However, there was evidence before the trial judge essentially to this effect, including Algoma's October 2014 offering memorandum, which stated that the Board included two independent directors. Indeed, the trial judge commented on this evidence in footnote 7 of his reasons, and rejected it in concluding that Messrs. Mirchandani and Kothari were not truly independent of Essar Global.

[252] Additionally, and as I have already discussed elsewhere in these reasons, the remainder of the record strongly supported the Board's lack of independence.

Even if the trial judge had Mr. Mirchandani's affidavit before him, it would not have made a difference.

[253] I would therefore dismiss the motion for fresh evidence.

**(8) Costs**

[254] GIP claimed costs of CDN\$750,156.18 against the Monitor payable on a partial indemnity scale. It claimed it was entirely successful because it successfully resisted relief sought by the Monitor that would have prejudiced GIP. The trial judge exercised his discretion and observed that success between the Monitor and GIP was divided. He also relied on GIP's appeal as a basis to conclude success was divided. He therefore did not order any costs in favour of or against GIP.

[255] GIP seeks leave to appeal the trial judge's costs award. Before this court, GIP in essence renews the arguments made before the trial judge. The awarding of costs is highly discretionary and leave is granted sparingly. I see no error in principle in the trial judge's exercise of discretion nor was the award plainly wrong: *Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 SCC 9, [2004] 1 S.C.R. 303, at para. 27.

[256] At trial, GIP was unsuccessful in challenging both the Monitor's claim of standing and its claim that the Port Transaction was oppressive. It also seems



incongruous for GIP to suggest that it was entirely successful in defeating the Monitor's claims, while it appeals the trial decision.

[257] I see no basis on which to interfere with the costs award of the trial judge and would refuse leave to appeal costs.

#### **E. DISPOSITION**

[258] For these reasons, I would dismiss the appeal, the motion for fresh evidence and the motion for leave to appeal costs.

[259] As agreed, I would order that the Monitor and Algoma are entitled to costs of the appeal fixed in the amounts of CDN\$100,000 and CDN\$60,000 respectively, inclusive of disbursements and applicable taxes on a partial indemnity scale. At the oral hearing, the parties had not agreed on whether the award should be payable on a joint and several basis and requested more time to consider the matter. On September 15, 2017, counsel wrote advising that they had still not agreed on this issue. GIP requested the opportunity to make additional costs submissions on this issue at the appropriate time. Under the circumstances, I would permit GIP to make brief written submissions on this issue by January 10, 2018. Essar Global shall have until January 17, 2018 to file its submissions. The Monitor and Algoma shall have until January 24, 2018 to respond.

Released:

“SP”

“DEC 21 2017”

“S.E. Pepall J.A.”

“I agree R.A. Blair J.A.”

“I agree K. van Rensburg J.A.”

**TAB 14**

**Ontario Court (General Division)**

Citation: Covia Canada Partnership Corp. v. PWA Corp.

Court File: 92-CQ-29998

Date: 1993-07-10

Farley J.

Counsel:

*Stephen T. Goudge, Q.C., Peter C. Wardle and Richard P. Stephenson*, for plaintiffs.

*Robert S. Russell, Roland K. Laing, Q.C., Barry L. Glaspell and Benjamin T. Glustein*, for defendants, PWA Corporation and Canadian Airlines International Ltd.

*John H. Francis, Q.C., and Geoff R. Hall*, for defendants, AMR Corporation and American Airlines Inc.

*H. Lorne Morphy, Q.C., and Kent E. Thomson*, for Rhys Eyton and Kevin Jenkins.

[1] FARLEY J.:—I heard three interlinked motions these past two days related to the "Airwars" matter. In Stage 1, Callaghan C.J.O.C. determined that PWA Corporation failed in its suit seeking an order dissolving the Gemini Group Limited Partnership (decision released April 2, 1993) [see *PWA Corp. v. Gemini Group Automated Distribution Systems Inc.* (1993), 101 D.L.R. (4th) 15, 39 A.C.W.S. (3d) 702]. The Chief Justice stated at pp. 2-3 [pp. 18-19 D.L.R.]:

It is one of four related actions, the others being the Gemini Group Automated Distribution Systems Inc. v. PWA Corporation, Canadian Airlines International Ltd., AMR Corporation and American Airlines Inc. ("*Gemini PWA et al.*"); Covia Canada Partnership and Covia Canada Corp. v. PWA Corporation, Canadian Airlines International Ltd., AMR Corporation and American Airlines Inc. ("*Covia v. PWA et al.*"); and the Gemini Group Limited Partnership v. Canadian Airlines International Ltd. ("*Gemini v. Canadian*"). By agreement of counsel, the trial of this action constitutes the first stage in the hearing of the various actions. The trial of *Gemini v. PWA et al.* and *Covia v. PWA et al.* will constitute the second stage. Counsel have agreed that all of the evidence from the first stage will apply to the second; for that reason, counsel appearing on behalf of AMR Corporation and American Airlines Inc. have been permitted to participate in the examination of witnesses in this trial, but have not taken part in the closing arguments. The fourth action, *Gemini v. Canadian*, will be tried at a later date.

The subject-matter of these motions is the action of *Covia v. PWA et al.*

**Definitions and corporate chart**

[2] For ease of reference, I attach a corporate chart showing the relationship of the various business entities. In addition, I set out a cast of characters (and their interrelationships), with definitions.

— Gemini Group Limited Partnership — "LPship", an Ontario limited partnership;

- limited partnership — "lpship";
- limited partner — "lp";
- Gemini Group Automated Distribution Systems Inc. — "Gemini GP"— a federally incorporated company which is the general partner of the LPship, holding a 1% interest therein;
- general partner — "gp";
- shareholders of Gemini GP — Covia Canada Corp., 166771 Canada Inc. and PWA Corporation as to one-third of the shares each;
- Covia Canada Corp. — "Covia Shareholder", an Ontario corporation, owned by Covia Partnership (U.S.), which in turn is 50% owned by United Airlines; it is a shareholder of Gemini GP;
- 166771 Canada Inc. — a federally incorporated company owned by Air Canada and a shareholder of Gemini GP;
- PWA Corporation — "PWA", an Alberta corporation which owns Canadian Airlines International Ltd., is a lp in the LPship and a shareholder of Gemini GP;
- Canadian Airlines International Ltd. — "CAIL";
- limited partners of LPship — Covia Canada Partnership Corp., Air Canada and PWA, each having a 33% interest in the LPship (Gemini GP having the remaining 1% interest);
- Covia Canada Partnership Corp. — "Covia Partner", an Ontario corporation owned by Covia Partnership (U.S.); it is a lp in the LPship;
- Air Canada — a federally incorporated company which is a lp in the LPship;
- Rhys Eyton — "Eyton", Chairman of PWA;
- Kevin Jenkins — "Jenkins", President of CAIL and a director of PWA;
- Brent Aitken — "Aitken", senior vice-president, human resources and administration of PWA (now retired), a nominee director of PWA on the Gemini GP board;
- Terrence DeMeza — "DeMeza", director, corporate affairs of PWA (now retired), a nominee director of PWA on the Gemini GP board;
- Terrence Francis — "Francis", director of marketing, CAIL, a nominee director of PWA on the Gemini GP board;

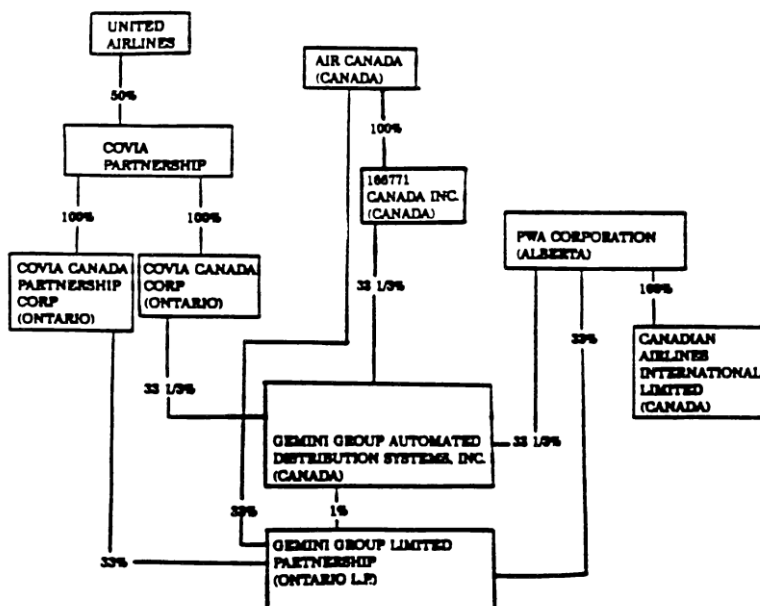
— William Palm — "Palm", senior vice-president, information services, CAIL, (now retired), a nominee director of PWA on the Gemini GP board;

— AMR Corp. — "AMR", the parent of American Airlines Inc.;

— American Airlines Inc. — "AA";

— AMR and AA are sometimes collectively referred to as "American".

## Corporate Chart



Note 1: AMR (AA's parent) has entered a conditional agreement with PWA for an equity investment in the latter provided that PWA is able to free itself from its arrangement with the LPship.

Note 2: Eyton, Jenkins, Aitken, DeMeza, Francis and Palm were during the material time senior officers of PWA, with the latter three being nominee directors for PWA of Gemini GP the gp of the LPship.

## Covia shareholder situation and nature of the motions generally

[3] The first motion was by PWA and CAIL for summary judgment, dismissing all, or part, of the claim of Covia Partner and Covia Shareholder on the basis that:

(i) the action commenced was derivative in nature; and

(ii) there was no genuine issue for trial, either in law or in fact, with respect to the claims advanced.

At the hearing it was acknowledged by its counsel that Covia Shareholder's claim was derivative as Gemini GP, a corporation, is interposed between it and the alleged wrongdoers. To the extent that this claim is not subsumed in Gemini GP's claim in *Gemini Group Automated Distribution Systems Inc. v. PWA Corp.*, it does not appear that Covia Shareholder has made any demand on Gemini GP to pursue such: see s. 246 of the *Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16. Therefore, there is to be summary judgment dismissing Covia Shareholders' action. An identical motion to (i) above was brought by American with the same result. As to (ii), both PWA/CAIL and American, *inter alia*, submitted that the rule in *Foss v. Harbottle* (1843), 2 Hare 461, 67 E.R. 189, should apply even though the subject-matter involved a lp (Covia Partner) being involved in a lpship (LPship) rather than a shareholder being involved in a corporation. The third motion was by Covia Partner and Covia Shareholder to amend their statement of claim. These amendments involved:

- (i) the addition of Eyton, Jenkins, Aitken, DeMeza, Francis and Palm, as party defendants with the assertion against them of claims based on breach of fiduciary duty and conspiracy; and
- (ii) the addition of claims against PWA for its vicarious responsibility concerning the alleged breaches of fiduciary duty and conspiracy by the six individuals.

Of course, given that Covia Shareholder's claim has been struck, this results in this motion being brought by Covia Partner alone.

### **Amendment of the claim by Covia Partner including adding new parties**

[4] The six individuals assert that they will be caused both procedural and substantive prejudice by being added as party defendants at this stage of the proceedings. This question is governed by rule 5.04 (2) of the Rules of Civil Procedure while the question of the amendment of the pleadings vis-à-vis already named parties (*i.e.*, PWA) is governed by rule 26.01.

5.04 (2) At any stage of a proceeding the court may by order add, delete or substitute a party or correct the name of a party incorrectly named, on such terms as are just, unless prejudice would result that could not be compensated for by costs or an adjournment.

• • • • •

26.01 On motion at any stage of an action the court shall grant leave to amend a pleading on such terms as are just, unless prejudice would result that could not be compensated for by costs or an adjournment.

[5] I would note the following.

(a) There was an unusual and unfortunate disagreement among counsel as to what would constitute the evidence of Stage 2 of the Airwars litigation. There appear to have been ambiguous words used in opening submissions to Callaghan C.J.O.C. at trial. Since all parties to the litigation were not represented at these hearings, I would not think it

appropriate for me to make any ruling at this stage. I am confident that all the parties will be able to work this out in the next several weeks after some reflection on the procedures discussed with me at the mechanical pre-trial.

(b) The Airwars litigation has been addressed by all parties and their counsel in a most commendable fashion. There has been a very high degree of co-operation in proceeding to what has been a *common* objective of all parties — a very speedy resolution of the subject disputes.

(c) With this consensus that this litigation should not proceed in the ordinary fashion, but rather be dealt with on as timely a basis as possible, the parties entered into some relatively novel approaches — *e.g.*, witness statements (in lieu of direct examination) being exchanged in advance, compendia and a "critical flow chart" to assist in scheduling production, discovery and motions. Thus, litigation which commenced in the commercial list at the end of November, 1992, was able to be resolved as to Stage 1 by a four-week trial which commenced February 26, 1993, with judgment being given by Callaghan C.J.O.C. on April 2, 1993. Counsel were generally of the opinion that, even if this litigation had proceeded at a normal expeditious pace with a first priority call using normal methods, it would have taken place over some three to four months sometime in 1994.

(d) No explanation was given by Covia Partner as to why it was only now proposing to add the six individuals. I note that this is a third amendment to Covia Partner's statement of claim so the answer cannot be that it wished to save up its amendments rather than bothering everyone with dribbling them out. The general nature of their involvement was well-known prior to the Stage 1 trial and related amendments were made to its statement of defence in that matter.

(e) No explanation was given by Covia Partner as to why it wished to add the six individuals to this action under which it is claiming \$1.2 billion.

(f) In his reasons, Callaghan C.J.O.C. made certain findings not only as to PWA and CAIL but also as to these individuals; findings which it would be fair to observe were quite critical.

(g) These individuals were not represented by counsel at Stage 1 nor did they have the opportunity to adduce evidence, subject other witnesses adverse in interest to cross-examination or make submissions. They were not party to the agreement amongst the corporate protagonists as to how the Airwars litigation should be conducted. Neither have they had the opportunity to argue the appeal from Callaghan C.J.O.C.'s decision which was heard by the Court of Appeal last week [see 103 D.L.R. (4th) 609, 41 A.C.W.S. (3d) 1204].

(h) It is conceivable that these individuals would wish to add third parties and make cross-claims as well as have discovery. Given the disastrous personal consequences of an award of only a fraction of that claimed, I would assume that they would have to aggressively conduct their defence to the extent they could afford.



(i) Covia Partnership's counsel candidly acknowledges that:

34. The Plaintiffs simply assert that as in an ordinary partnership, each of the partners owed fiduciary duties to the others, and that those obligations extended to PWA's nominees on the Board. Accordingly, the Plaintiffs allege a direct relationship between the PWA nominees and Covia [Partnership] and a direct cause of action which can be asserted against them.

35. While perhaps novel, it is submitted that it cannot be said that this claim bears no chance of success.

(j) It has been speculated by me that Stage 2 relating to damages could be resolved in approximately one week of trial if it were not otherwise settled. I received no adverse challenge to that observation but rather an endorsement — Mr. Lenczner hypothesized that it could be done in three days.

(k) The trial schedule for Stage 2 suggested by all parties is that pre-trials begin in September and the trial be held this October or November. I would understand that this is in recognition of the AMR deadline of December 31, 1993, as it understandably would want to see what the lay of the land is before committing a quarter billion dollars, assuming PWA found some legal way of freeing itself from the LPship arrangements.

(l) Gemini, Air Canada and Covia Partner delivered bills of cost amounting to approximately \$1.8 million, of which, more than half were legal fees on a party-and-party scale. The cost of such litigation is an indication of how detailed, complex and hard (but cleanly) fought it is.

[6] It seems to me that the use of the word "may" in rule 5.04 (2) (versus "shall" in rule 26.01) imports that the court has discretion over and above merely looking at whether any prejudice could be overcome by costs or an adjournment: see *Motruk v. Jeannot* (1987), 16 C.P.C. (2d) 160, 3 A.C.W.S. (3d) 135 (H.C.J.). As well, it seems that the only way that prejudice elimination is to be addressed is through costs or adjournment; albeit, it seems to me that the imposition of terms may pre-condition the element of prejudice.

[7] In *Seaway Trust Co. v. Markle* (1988), 25 C.P.C. (2d) 64, 8 A.C.W.S. (3d) 257 (Ont. Master); affirmed 40 C.P.C. (2d) 4 (H.C.J.), Master Sandler said, at pp. 91-2, in adopting the contra argument:

The argument contra is, that the reason a discretion remains (as reflected by the use of the word "may") when adding new parties to an existing action, is to ensure procedural fairness in such things as the state of the action, with the Court considering such factors as whether the trial is imminent or not, or whether the examinations for discovery of all parties have already been held (for example, see *Fusco v. Yofi Creations* (1987), 60 O.R. (2d) 287 (Ont. Master)), and also whether it would be a proper joinder of the new cause of action, and also whether there is an improper purpose for adding any defendant such as to only obtain discovery of the added party, and whether the proposed added party is a necessary or proper party, and other special problems in relation to class actions,

representation orders, trade unions, assignees, insurers, trustees, infants, persons under a disability, amicus curiae, accrual of the cause of action, and limitation periods. These are the procedural considerations that come quickly to mind and there may well be others.

[8] In the earlier case, *Fusco v. Yofi Creations Ltd.* (1987), 60 O.R. (2d) 287, 5 A.C.W.S. (3d) 331 (Master), referred to in *Seaway*, Master Sandler also observed at p. 288, as to a request to bring four new defendants into an action:

They will be brought into an action that is well advanced and under time-limits that were imposed because of delays in the prosecution of this case, howsoever caused.

It is unfair to these proposed defendants to add them when this action is under the time constraints that it is.

[9] *Bank of Montreal v. Bay Bus Terminal (North Bay) Ltd.* (1964), 45 D.L.R. (2d) 705, [1964] 2 O.R. 425 (C.A.), dealt with a situation in which a plaintiff financial institution obtained judgment against a carrier for the value of currency destroyed in a fire arising from the carrier's negligence. The trial judge had rejected the defence that the plaintiff could recover the value of bills destroyed from the Bank of Canada but he did not determine the bank's liability as it was not a party to the action. The Court of Appeal was faced with an after-the-appeal-was-argued request to add the bank as a defendant to the action, which request was granted. I pause to note that these were highly unusual circumstances. However, in dealing with the question of previously made findings at trial, the court said at p. 708:

Since there must be a trial as between the original parties and the added defendant, the nature and extent of the order to be made by this Court in disposition of the appeal and motion yet remain to be considered. Essentially the facts which the respondent must prove as against the added defendant are the same facts which were in issue at the trial between the original parties. The trial Judge before whom the further trial proceeds should not be embarrassed by findings already made upon the same subject-matter but binding upon some of the litigants only. Such embarrassment could have been obviated if all of the present parties had been represented at the first trial. For these reasons we are convinced that the only proper course to pursue is to set aside the judgment of the learned trial Judge and direct a new trial on all issues between all parties and we so order. Respondent may amend its statement of claim and appellants their statement of defence as they may be advised; the statement of defence of the added defendant will be delivered within 10 days of the date of service upon it of the amended statement of claim. The parties will be entitled in the usual way to discovery and production.

[10] The Nova Scotia Court of Appeal, in overturning a trial court's decision to add an individual as a defendant after all the evidence had been called, said in *Chapel Island Band Council v. Grand Anse Contracting Ltd.* (1990), 23 A.C.W.S. (3d) 558, [1990] N.S.J. No. 245 (C.A.):

The motion to add Mr. MacKenzie was made at the end of the proceedings in this action when the evidence called by the parties had all been adduced. The trial judge granted the

motion. Mr. MacKenzie has appealed from that decision.

It was contended that the proceedings are too far advanced and that Mr. MacKenzie could not make full answer and defence particularly as he did not have an opportunity to participate in the proceedings and to cross-examine the witnesses. We agree with that submission. In our view it would not be appropriate to add a party at this stage of the proceedings.

[11] While it is true that some of the individuals participated in the proceedings, that was only in the sense that they were discovered or were witnesses. They did not even have the advantage of participating at the trial in another capacity. However, in that regard the New Brunswick Court of Appeal cautioned against such merger of personality in overturning a trial court's decision following the end of a trial to permit a person who had been sued in her capacity as executrix of an estate to be added as a defendant in her personal capacity. The court said at p. 133 of *Mann v. Englehart* (1986), 76 N.B.R. (2d) 121:

I have concluded that, except in the clearest of circumstances, a party ought not be deprived of the usual procedural rights available to all litigants as set out in the Rules of Court. All the more so where the trial has been completed, a new cause of action is being entertained and the person may wish the advice of counsel independent from the advice of counsel who represents the party in a totally different capacity in her role as executrix.

[12] Let me now return to the subject litigation. This is immense, complicated and detailed litigation which has been fought by the five corporate entities under special procedures which they have all had a hand in formulating. It would be difficult, if not impossible, to see how anyone could be brought up to speed in order to continue this litigation in the agreed time-frame — *i.e.*, trial by this November with a speedy decision thereafter. Whilst there may be some present disagreement as to the evidence to the adduced at Stage 2, it is fair to observe that if the door has not shut already, one would be foolish to leave one's fingers in the door frame. A fresh start is not a practical option, but without it I think it is fair to observe that the six individuals and the trial judge would have the greatest degree of discomfort with each other given the trial judge's findings in Stage 1, a stage in which these individuals did not participate as parties and were unrepresented. If added, they would have to be afforded all the protection and procedure available normally to defendants unless they otherwise participated in the "condensed" arrangement previously agreed to by the five corporate entities. I do not find it unreasonable when they say that they would be totally unprepared to go for trial this fall. This is not a motion to strike as discussed in *Hunt v. Carey Canada Inc.* (1990), 74 D.L.R. (4th) 321, [1990] 2 S.C.R. 959, 4 C.C.L.T. (2d) 1, where the Supreme Court of Canada observed at p. 334 that:

The fact that the case the plaintiff wishes to present may involve complex issues of fact and law or may raise a novel legal proposition should not prevent a plaintiff from proceeding with his action.

Rather, one would hope that novel causes would not be advanced "at (or beyond) the last moment" against defendants that the plaintiff was trying to shoehorn into the litigation. Litigants should not have the unfair advantage of "waiting and seeing" how litigation turns out before

amending (or I would think adding parties): see *Germscheid v. Valois* (1989), 34 C.P.C. (2d) 267, 68 O.R. (2d) 670, 15 A.C.W.S. (3d) 77 (H.C.J.). It seems to me that for all of the above factors it would be quite inappropriate for me to exercise my discretion in favour of Covia Partnership and against the six individuals. I cannot conceive of any reasonable basis to impose terms such as would minimize the prejudice to a stage at which it could be overcome by an order on costs or an adjournment. The procedural and substantive unfairness to the six individuals cannot be addressed. I pause to note that if anything were attempted, it would likely create significant prejudice to some or all of the existing litigants in the Airwars arena.

[13] Over and above this though, I must note that I would think it appropriate for Covia Partnership to have indicated why it was so late in asking that the individuals be added in light of their very advanced stage of knowledge of their involvement and the nature thereof prior to the Stage 1 trial. Beyond that I would observe that I would be sceptical of Covia Partnership's motives in adding these individuals. This is a corporate fight, part of the litigation which will have a material impact on whether CAIL will continue as an independent national carrier. I cannot conceive that Covia Partnership would view the individuals as having deep pockets for this scale of litigation. What then is left of tactical or strategic advantage — the other parties suggested that it was to apply undue pressure on these individuals so as to obtain leverage in the litigation (or in pursuit of a settlement). Covia Partnership merely advised that it did not consider that it had any obligation to advise or respond as to timing or purpose. However, I would think that a plaintiff moving to add new defendants would have some obligation to justify such addition, at least in circumstances similar to these.

[14] I would therefore dismiss Covia Partnership's motion to add the six individuals as party defendants. It seems to me, since the amendment to the pleadings adding vicarious liability on PWA is based upon a finding of liability against the individuals or some of them, that this element of the pleading should not be allowed against PWA. In any event, the amendments and adding would cause prejudice to PWA and CAIL since: (i) the timing of hearing Stage 2 is critical to their attempt to survive; (ii) the "wait and see" attitude of Covia Partner should not be rewarded; and (iii) (with lesser import) if the conspiracy allegation had been upfront it may well have resulted in PWA changing its tactics and presenting its case differently. Such prejudice could not be overcome now. While I do not find it necessary to review at this moment the other grounds on which the individuals and PWA found the proposed amendments to the pleadings objectionable, I note that there are certain common threads with the balance of PWA's and CAIL's motion.

[15] In any event, if the Covia Shareholder and Covia Partner action is dismissed on the basis of the claims being derivative (as I in fact do determine below), there is no claim to amend or to which to add parties.

## **American's motion**

[16] Let me now turn to American's motion. I note in passing that Covia Partner's proposed (and now disallowed) amendments do not appear to have any affect vis-à-vis American. Turning then to the existing statement of claim of Covia Partner, there is reference to three agreements:

- (a) a Hosting Agreement to which neither Covia Partner nor Covia Shareholder is a party;
- (b) the 1989 Limited Partnership Agreement to which Covia Partner is a party; and
- (c) the Unanimous Shareholder Agreement to which Covia Shareholder is a party.

However, it is not alleged that any of these agreements has been breached. There is no allegation that American owes any fiduciary duty to Covia Partner. The allegations against American appear to be:

20. At all material times, AMR and American Airlines, with the consent of Canadian Airlines, imposed two conditions, which would require PWA to cause Canadian Airlines to:

- (a) obtain its release from its binding contractual obligations to Gemini under the Hosting Agreement; and
- (b) enter into a long term hosting contract with American Airlines' Sabre division.

21. The actions of the defendants to seek to induce a breach of the Hosting Agreement to release Canadian Airlines from its obligations to Gemini (as outlined in more detail below) are unlawful and are a breach of the fiduciary duties owed by PWA and the PWA Directors to the plaintiff.

22. The plaintiffs state that such wrongful conduct by the defendants was and is designed and calculated to injure and cause damage to the plaintiffs' economic interests in tortious disregard of the plaintiffs' legal rights.

•••••

28. The plaintiffs state that the defendants have caused, induced, or encouraged wrongful interference with the plaintiffs' economic interests by the acts alleged and others to the detriment interference with contracts of the plaintiffs and as a result of such conduct, the plaintiffs have suffered and will continue to suffer substantial losses.

The further paragraphs do not plead particular facts but simply motives and the effect of the conduct being the subject of complaint. There is an allegation that the conduct is "wrongful", but there is no explanation of or basis for this characterization. There is no allegation that PWA has breached the Limited Partnership Agreement to which it is a party; it is from that relationship which PWA must extricate itself in a legal way so as to complete its deal with American.

[17] Covia Partner does allege that American engaged in conduct "to seek to induce a breach of the Hosting Agreement" between the LPship and CAIL. However, there has been no breach of such hosting agreement, nor has Covia Partner alleged there has been. American's position is that there is no cause of action for inducing breach of contract unless there is a

resulting breach of contract. However, I do not see the cases relied on (*Posluns v. Toronto Stock Exchange* (1964), 46 D.L.R. (2d) 210, [1964], 2 O.R. 547 (H.C.J.); *Ontario Store Fixtures Inc. v. Mmmuffins Inc.* (1989), 70 O.R. (2d) 42, 17 A.C.W.S. (3d) 1006 (H.C.J.)) as going that far: see p. 44 where MacFarland J. said in paraphrasing Gale J. (at p. 262 of *Posluns*):

The issue in this motion is whether the plaintiff has properly pleaded facts which set out all of the elements of the tort of intentional interference with contractual relations. The elements of this tort include the following: (1) an enforceable contract; (2) knowledge of the plaintiff's contract; (3) an intentional act on the part of the defendant to cause a breach of that contract; (4) wrongful interference on the part of the defendant, and (5) resulting damage.

It seems to me that a defendant could act in accordance with parts 3 and 4 without actually causing a breach of the contract. Damages as *per* part 5 may be incurred by extra costs incurred by the plaintiff.

[18] However, Covia Partner's pleading states that American imposed a condition on PWA to require CAIL to "obtain its release from its binding contractual obligations to Gemini under the Hosting Agreement". Furthermore, at the Stage 1 trial, counsel for Covia Partnership (as well as the LPship and Air Canada) had the opportunity to cross-examine PWA witnesses on three exhibits which were admitted as evidence:

(a) Exhibit 238 — a letter dated December 12, 1991 from American's attorney Tobin Clark to Brent Aitken of Canadian Airlines, setting out American's desire that Canadian Airlines be hosted by SABRE and stating American would only be in a position to proceed with the proposed transaction if Canadian Airlines were contractually free and legally able to consummate this type of transaction;

(b) Exhibit 352 — a letter dated April 13, 1992 from Don Carty of American to Kevin Jenkins of Canadian Airlines requesting confirmation that Canadian Airlines would not breach the Hosting Agreement or any other existing contract with Gemini, that Canadian Airlines would not breach any such contract in anticipation of closing such a transaction, and that American, by entering into the proposed transaction with Canadian Airlines, would not be interfering with any business relationship between Canadian Airlines and Gemini;

(c) Exhibit 431 — a letter dated June 22, 1992 from Kevin Jenkins to Don Carty stating that Canadian Airlines had consistently represented to American throughout all negotiations and discussions that entering into and completing the proposed transaction would not result in a breach of the Hosting Agreement, that Canadian was bound by covenants of confidentiality with respect to the business and affairs of Gemini Limited Partnership, and that neither PWA nor Canadian Airlines had any intention of proceeding on any basis other than fully complying with their respective legal obligations relating to Gemini.

See transcripts of proceedings (a) March 8, 1993, cross-examination of DeMeza at pp. 1038-9 and 1096-7, and (b) March 11, 1993, cross-examination of Jenkins. I note as well the reasons

for judgment of Callaghan C.J.O.C. at pp. 69-72 [p. 55ff. D.L.R.] and particularly at p. 69 [p. 55 D.L.R.] where he states:

I am satisfied on the evidence that in the course of the negotiations at the end of November, 1991, PWA was asserting to American that PWA would successfully negotiate its way out of Gemini.

There was no further indication in his reasons where I could detect that American was told to the contrary or in which it could be construed that American was advocating explicitly or implicitly that CAIL breach its contract.

[19] If CAIL is released from the Hosting Agreement, it will owe no contractual duty to the LPship (except to the "replacement contract" degree of fulfilling whatever terms might be exacted for such release; even in these circumstances if CAIL were to breach the new terms technically it would be a breach of the "withdrawal agreement" and not the Hosting Agreement unless there were a clawback term included in the withdrawal agreement whereby breach of it would be deemed a breach of the Hosting Agreement). "Release" is defined as:

... the relinquishment, concession, or giving up of a right, claim or privilege, by the person on whom it exists or to whom it accrues, to the person against whom it might have been demanded or enforced.

(Black's Law Dictionary, 5th ed. (St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1979).)

I ... 4. To give up, resign, relinquish, surrender (esp. a right or claim in favour of another person) ...

II To set out or make free; to liberate, deliver of (now rare) or *from* pain, bondage, obligation, etc.

(The Shorter Oxford English Dictionary On Historical Principles, 3rd ed. (Oxford: Clarendon Press, revised 1967).) I do not see in the circumstances how the word "release" as used in the statement of claim could be interpreted as other than in the sense indicated above. A lawful termination of contract by definition cannot result in a breach; similarly, a third party suggesting, urging or requiring that one party to a contract exit the contract (and its attendant obligations and rights) in a legal way cannot be said to be inducing a *breach* of that contract: see *Posluns, supra*. I note that Covia Partner's statement of claim does not claim inducing breach of contract (see para. 1D) but rather that is a claim for damages against all the defendants, including American, "in the amount of \$300,000,000.00 for wrongful interference with Covia [Partner]'s economic interests" as well as a further \$300 million for punitive and exemplary damages. It would appear that para. 21 of the statement of claim is superfluous and unsupported on the face of the pleadings vis-à-vis American. In my view, it should be struck as against American.

## Summary judgment motion by PWA and CAIL

[20] Turning to the motion by PWA and CAIL for summary judgment, is there a genuine issue necessitating trial in respect of the claims advanced by Covia Partner? Secondly, should the action by Covia Partner be dismissed as offending the principle against having a multiplicity of proceedings (see rule 21.01 (3) (c) and s. 138 of the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43) vis-à-vis *Gemini v. PWA et al.*?

21.01 (3) A defendant may move before a judge to have an action stayed or dismissed on the ground that,

• • • • •

(c) another proceeding is pending in Ontario or another jurisdiction between the same parties in respect of the same subject matter ...

• • • • •

138. As far as possible, multiplicity of legal proceedings shall be avoided.

[21] The test for summary judgment pursuant to rule 20 is the good hard look test (but subject to the proviso there is no problem with credibility as to material elements): see *Irving Ungerman Ltd. v. Galanis* (1991), 83 D.L.R. (4th) 734, 1 C.P.C. (3d) 248, 4 O.R. (3d) 545 (C.A.). In such cases, the parties "should be spared the agony and expense of a long and expensive trial after some indeterminate wait": see my comments in *Avery v. Value Investment Corp.* released May 25, 1990 (Ont. H.C.J.) [summarized 21 A.C.W.S. (3d) 488]; affirmed February 20, 1991 (C.A.) [summarized 25 A.C.W.S. (3d) 827]. I note in particular the comments of Henry J. in *Pizza Pizza Ltd. v. Gillespie* (1990), 33 C.P.R. (3d) 515 at p. 529, 45 C.P.C. (2d) 168, 75 O.R. (2d) 225 (Ont. Ct. (Gen. Div.)):

— There is no arbitrary or fixed criterion that the motions judge must apply. It is a case-by-case decision to be made on the law and on the facts that he is able to find on the evidence submitted to him in support of the claim or defence, whether the plaintiff has laid a proper foundation in its affidavit and other evidence to sustain the claims made.

— It is not sufficient for the-responding party to say that more and better evidence will (or may) be available at trial. The occasion is now. The respondent must set out specific facts and coherent evidence organized to show that there is a genuine issue for trial.

[22] The question to be decided here is whether there is overlap (now that Covia Shareholder's claim has been dismissed in light of its derivative nature) between Covia Partner's statement of claim and that of Gemini GP and the LPship in *Gemini v. PWA et al.* In that action, Gemini GP in its capacity of a partner (a gp holding a 1% interest) in the LPship is claiming against PWA in para. 1 for \$500 million for breaches of PWA's fiduciary duties to it, another \$500 million for unlawful interference with its economic interests, a third \$500 million for malicious prosecution of a civil action and abuse of process of the court, and a final \$500 million for punitive and exemplary damages. In contrast, Covia Partner is claiming a mere \$300



million in its capacity as a partner (a lp holding a 33% interest) in the LPship for breaches of PWA's fiduciary duties to it, another \$300 million for wrongful interference with its economic interests, a third \$300 million for conspiracy and a final \$300 million for punitive and exemplary damages. One may pause to note that if one assumes the two plaintiffs have similar attributes then Gemini GP values the harm done to its 1% at \$500 million (thus a 100% interest would have the equivalence of \$50 billion or a 33% interest \$16½ billion). This might be contrasted with Covia Partner's relatively (at least to Gemini GP) modest claim as to its 33% of \$300 million.

[23] In *Gemini v. PWA et al.*, the plaintiffs (that is, both Gemini GP and the LPship) claim against all the defendants except PWA (that is, CAIL and American) for \$500 million for unlawful interference with their economic interests and a second \$500 million for punitive and exemplary damages. Thus, no claim is made by the LPship against PWA for breach of fiduciary duty, although I note that paras. 19 and 24 mention such a breach. Then there is para. 27:

27. PWA's breach of its fiduciary duties, as aforesaid, has caused [LPship] substantial damages and incalculable loss of its market position in the Canadian CRS market, for which PWA is liable to compensate the [Gemini GP].

There appears to be similar confusion in para. 29 (a) concerning malicious prosecution for which there is no claim by the LPship. Further paras. 33, 34 and 35 involve complaints by both Gemini GP and the LPship about harm done to the LPship (but not to Gemini GP)

[24] At the discovery of Paul Blackney, a representative of both Covia Shareholder and Covia Partner, the following exchange took place:

Q. Inasmuch as they are fractional interest holders in those two Gemini entities, does Covia [Shareholder or Partner] say that it has independent damage to which it's been exposed or damage which it has suffered independent of its interest in the two Gemini entities?

MR. WARDLE: Not as far as I'm aware.

•••••

Q. I just want to be clear on this, Mr. Wardle, that Covia [Shareholder or Partner] makes no claim for damages, other than in relation to its fractional position as an interest holder in the Gemini General Partner and the Gemini Limited Partnership?

MR. WARDLE: That's correct.

It would appear that Covia Partner only wishes single recovery which would appear to be in accord with the philosophy of *Ratych v. Bloomer* (1990), 69 D.L.R. (4th) 25, [1990] 1 S.C.R. 940, 30 C.C.E.L. 161.

[25] Aside from this apparent messiness which may well be tidied up with yet further

amendments — and one would hope with a 100% successful co-ordination effort — the devilish question to be answered is what is the appropriate way of dealing with an internecine fight involving a lpship, its gp and its lps. Additionally, there is the question of whether the rule in *Foss v. Harbottle* applies with the lpship being viewed as the equivalent in a corporate fight as would a corporation — and with the gp equating to the board of directors and the lps to the shareholders. Let us turn to the rules:

8.01 (1) A proceeding by or against two or more persons as partners may be commenced using the firm name of the partnership

(2) Subrule (1) extends to a proceeding between partnerships having one or more partners in common.

Watson and McGowan, *Ontario Civil Practice* (Toronto: Carswell, 1993), comment at p. 225 as follows:

Recent amendments. Rule 8.01 (2) was amended by O.Reg. Oct./92, in force October 1, 1992. Prior to its amendment, this rule read literally appeared to authorize a partnership to sue in the firm name of the partnership where the proceeding was between the partnership and one or more of its partners. However it was held in *Unical Properties v. 784688 Ontario Ltd.* (1990), 75 O.R. (2d) 284, 45 C.P.C. (2d) 288, 73 D.L.R. (4th) 761 (Gen.Div.) that, notwithstanding the wording of Rule 8.01 (2), it was not possible for a partnership to sue in its own name where it was suing a partner of the partnership. The amendment now conforms the rule itself to the holding in the *Unical Properties* case.

[26] While I hesitate to do so, I am not certain that the amendment to the rules solves the problem in all cases and it seems to me that it does not in the present instance. *Unical Properties v. 784688 Ontario Ltd.* (1990), 73 D.L.R. (4th) 761, 45 C.P.C. (2d) 288, 75 O.R. (2d) 284, specifically involved the *usual* relief claimed in a partnership squabble — an order dissolving the partnership and an accounting. Steele J. in that case said at pp. 763-4:

In my opinion, a partnership has no life of its own apart from its partners. While a partnership may sue third parties in its own name at the direction of one partner, this does not apply to one partner suing the other partner because the defending partner would in effect be both plaintiff and defendant. I agree with the statement in Holmstead and Watson, *Ontario Civil Procedure*, vol. 2, at pp. 8-10-1, as follows:

"At common law, no action could be brought by a partnership against one partner or by a partner against the firm, because no person could be both plaintiff and defendant in the same action. For the same reason, one partnership could not sue another partnership if the partnerships had one or more partners in common: Williston & Rolls, *The Law of Civil Procedure*, 223.

"The Rule abrogates this narrow and technical common law rule. Rule 8.01 (2) states that the basic provision (rule 8.01 (1), permitting proceedings by or against partners to be brought in a firm name) extends to (a) proceedings between a partnership and one

or more of its partners and (b) proceedings between partnerships having one or more partners in common. However, while (b) does not cause any difficulty, the case law indicates that (a) has such narrow application that this part of the rule is almost misleading.

"While there appear to be no cases on the subject, the commentators accept (b) to be an accurate proposition, and applying this rule creates no practical problems, *i.e.*, if partnership X sues partnership Y on a contract, there is no difficulty in having the litigation conducted in the firm names, and the fact that Z is a common partner in both partnerships causes no real practical difficulty: see *Lindley on Partnership* (15 ed., 1984), 437.

"However, proposition (a), that a partner may sue the partnership in the firm name and *vice versa*, runs into real practical difficulties, because the action is one between the partners *inter se* and typically the relief sought will be an accounting and/or dissolution. Since this is something in which of the partners are directly and personally interested, the courts have understandably taken the view that in such cases an action may not be brought by or against the firm, but that all the partners must be made partners [*sic parties*]: *Meyer and Co. v. Faber (No. 2)*, [1923] 2 Ch. 421 (C.A.); *Lee v. Nam Yuen Fong Syndicate*, [1933] O.W.N. 424 (H.C.); *Sandham v. Sandham Bros.*, [1933] O.R. 590 (H.C.); *Public Trustee v. Elder*, [1926] Ch. 776 (C.A.); *Lindley on Partnership* (15th ed.), 585, *et seq.* *Lindley discusses the matter at some length and concludes that a rule such as 8.01 (2) can apply to actions between partners not involving any partnership account or any interference with persons against whom no relief is sought, but such cases will be extremely rare.*"

(Emphasis added in these present reasons.) Steele J. went on to say at p. 765:

While s. 65 (2) (rep. & sub. 1989, c. 55, s. 2; am. 1989, c. 67, s. 1) of the *Courts of Justice Act, 1984*, S.O. 1984, c. 11, permits the Civil Rules Committee to make rules even though they alter the substantive law, such rules must relate to the enumerated items. In my opinion, any change in the substantive law must be to such portions of the common law that relate to issues such as evidence, practice or procedure. Section 65 (2) does not give the rules committee the right to alter common law relating to partnerships.

[27] *Lindley & Banks on Partnership*, 16th ed (London: Sweet & Maxwell, 1990) examined the difference between corporations and (ordinary) partnerships at p. 18:

A corporation is an artificial person created by special authority (by the law of England, by the Crown, or by Parliament) and endowed with capacity to acquire rights and incur obligations, in order to further or achieve the objects for which it was created. Certainly a corporation is composed of a number of individuals, but the rights and obligations of those individuals are not the same as those of the corporation; nor are there rights and obligations of the corporation exercisable by or enforceable against those individuals, either jointly or separately, but only collectively, as an artificial entity. As the civilian lawyers neatly expressed it: *Si quid universitati debetur singulis non debetur, nec quod debet univertitas singuli debent.* (If anything is owed to an entire body, it is not owed to

the individual members, nor do the individual members owe what is owed by the entire body.)

With partnerships, the reverse proposition holds good: the firm is not an entity distinct from the individuals composing it; nor do the partners collectively have the ability to acquire rights or incur obligations. The rights and liabilities of a partnership are the rights and liabilities of the partners and are enforceable by and against them individually: *Si quid societati debetur singulis debetur et quod debet societas singuli debent*. (If anything is owed to the partnership, it is owed to the individual members and the individual members owe what is owed by the partnership). A limited exception to the latter principle is, however, to be found in the statutory provision governing income tax assessments against a firm.

[28] In *Re Lehndorff General Partners Ltd.* (1992), 17 C.B.R. (3d) 24, 37 A.C.W.S. (3d) 847, [1993] O.J. No. 14 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), I discussed the nature of a limited partnership in the context of stay proceedings under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, the *Courts of Justice Act* and the inherent powers of a superior court of general jurisdiction. At pp. 38-40, I observed:

Thus it appears to me that the inherent power of this court to grant stays can be used to supplement s. 11 of the CCAA when it is just and reasonable to do so. Is it appropriate to do so in the circumstances? Clearly there is jurisdiction under s. 11 of the CCAA to grant a stay in respect of any of the applicants which are all companies which fit the criteria of the CCAA. However the stay requested also involved the limited partnerships to some degree either (i) with respect to the applicants acting on behalf of the Limited Partnerships or (ii) the stays being effective vis-à-vis any proceedings taken by any party against the property assets and undertaking of the Limited Partnerships in respect of which they hold a direct interest (collectively the "Property") as set out in the terms of the stay provisions of the order paragraphs 4 through 18 inclusive attached as an appendix to these reasons. [Appendix omitted.] I believe that an analysis of the operations of a limited partnership in this context would be beneficial to an understanding of how there is a close inter-relationship to the applicants involved in this CCAA proceedings and how the Limited Partnerships and their Property are an integral part of the operations previously conducted and the proposed restructuring.

A limited partnership is a creation of statute, consisting of one or more general partners and one or more limited partners. The limited partnership is an investment vehicle for passive investment by limited partners. It in essence combines the flow through concept of tax depreciation or credits available to "ordinary" partners under general partnership law with limited liability available to shareholders under corporate law. See Ontario LPA sections 2 (2) and 3 (1) and Lyle R. Hepburn, *Limited Partnerships*, (Toronto: DeBoo, 1991), at p. 1-2 and p. 1-12. I would note here that the limited partnership provisions of the Alberta PA are roughly equivalent to those found in the Ontario LPA with the interesting side aspect that the Alberta legislation in s. 75 does allow for judgment against a limited partner to be charged against the limited partner's interest in the limited partnership. A general partner has all the rights and powers and is subject to all the restrictions and liabilities of a partner in a partnership. In particular a general partner is

fully liable to each creditor of the business of the limited partnership. The general partner has sole control over the property and business of the limited partnership: see Ontario LPA ss. 8 and 13. Limited partners have no liability to the creditors of the limited partnership's business; the limited partners' financial exposure is limited to their contribution. The limited partners do not have any "independent" ownership rights in the property of the limited partnership. The entitlement of the limited partners is limited to their contribution plus any profits thereon, after satisfaction of claims of the creditors. See Ontario LPA sections 9, 11, 12 (1), 13, 15 (2) and 24. The process of debtor and creditor relationships associated with the limited partnership's business are between the general partner and the creditors of the business. In the event of the creditors collecting on debt and enforcing security, the creditors can only look to the assets of the limited partnership together with the assets of the general partner including the general partner's interest in the limited partnership. This relationship is recognized under the *Bankruptcy Act* (now the BIA) sections 85 and 142.

A general partner is responsible to defend proceedings against the limited partnership in the firm name, so in procedural law and in practical effect, a proceeding against a limited partnership is a proceeding against the general partner. See Ontario *Rules of Civil Procedure*, O. Reg. 560/84, Rules 8.01 and 8.02.

It appears that the preponderance of case law supports the contention that a partnership including a limited partnership is not a separate legal entity. See *Lindley on Partnership*, 15th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1984), at pp. 33-35; *Seven Mile Dam Contractors v. R.* (1979), 13 B.C.L.R. 137 (S.C.), affirmed (1980), 25 B.C.L.R. 183 (C.A.) and "Extra-Provincial Liability of the Limited Partner", Brad E. Milne, (1985) 23 Alta. L. Rev. 345, at pp. 350-351. Milne in that article made the following observations:

"The preponderance of case law therefore supports the contention that a limited partnership is not a separate legal entity. It appears, nevertheless, that the distinction made in *Re Thorne* between partnerships and trade unions could not be applied to limited partnerships which, like trade unions, must rely on statute for their validity. The mere fact that limited partnerships owe their existence to the statutory provision is probably not sufficient to endow the limited partnership with the attribute of legal personality as suggested in *Ruzicks* unless it appeared that the Legislature clearly intended that the limited partnership should have a separate legal existence. A review of the various provincial statutes does not reveal any procedural advantages, rights or powers that are fundamentally different from those advantages enjoyed by ordinary partnerships. The legislation does not contain any provision resembling section 15 of the *Canada Business Corporation Act* [S.C. 1974-75, c. 33, as am.] which expressly states that a corporation has the capacity, both in and outside of Canada, of a natural person. It is therefore difficult to imagine that the Legislature intended to create a new category of legal entity."

It appears to me that the operations of a limited partnership in the ordinary course are that the limited partners take a completely passive role (they must or they will otherwise lose their limited liability protection which would have been their sole reason for choosing

a limited partnership vehicle as opposed to an "ordinary" partnership vehicle). For a lively discussion of the question of "control" in a limited partnership as contrasted with shareholders in a corporation, see R. Flannigan, "The Control Test of Investor Liability in Limited Partnerships" (1983) 21 Alta L. Rev. 303; E. Apps, "Limited Partnerships and the 'Control' Prohibition: Assessing the Liability of Limited Partners" (1991), 70 Can. Bar Rev. 611; R. Flannigan, "Limited Partner Liability: A Response" (1992) 11 Can. Bar Rev. 552. The limited partners leave the running of the business to the general partner and in that respect the care, custody and the maintenance of the property, assets and undertaking of the limited partnership in which the limited partners and the general partner hold an interest. The ownership of this limited partnership property, assets and undertaking is an undivided interest which cannot be segregated for the purpose of legal process. It seems to me that there must be afforded a protection of the whole since the applicants' individual interest therein cannot be segregated without in effect dissolving the partnership arrangement. The limited partners have two courses of action to take if they are dissatisfied with the general partner or the operation of the limited partnership as carried on by the general partner — the limited partners can vote to (a) remove the general partner and replace it with another or (b) dissolve the limited partnership. However Flannigan strongly argues that an unfettered right to remove the general partner would attach general liability for the limited partners (and especially as to the question of continued enjoyment of favourable tax deductions) so that it is prudent to provide this as a conditional right: *Control Test* (1992), supra, at pp. 524-525. Since the applicants are being afforded the protection of a stay of proceedings in respect to allowing them time to advance a reorganization plan and complete it if the plan finds favour, there should be a stay of proceedings (vis-à-vis any action which the limited partners may wish to take as to replacement or dissolution) through the period of allowing the limited partners to vote on the reorganization plan itself.

It seems to me that using the inherent jurisdiction of this court to supplement the statutory stay provisions of s. 11 of the CCAA would be appropriate in the circumstances; it would be just and reasonable to do so.

Allow me to further observe that lps are governed by and subject to the *Limited Partnerships Act*, R.S.O. 1990, c. L.16. Pursuant to s. 46 of the *Partnerships Act*, R.S.O. 1990, c. P.5:

46. This Act is to be read and construed as subject to the *Limited Partnerships Act* and the *Business Names Act*.

Thus a lps is a special type of partnership.

[29] Estey J. in *Molchan v. Omega Oil & Gas Ltd.* (1988), 47 D.L.R. (4th) 481 at p. 493, [1988] 1 S.C.R. 348, [1988] 3 W.W.R. 1, observed:

For these purposes I assume the highest status of the general partner under the limited partnership, namely, that of a trustee holding the properties of the partnership on behalf of all other partners.

See also Conrad J.'s discussion of limited partnerships at pp. 94-100 of *Marigold Holdings Ltd. v. Norem Construction Ltd.* (1988), 31 C.L.R. 51, [1988] 5 W.W.R. 710, 89 A.R. 81 (Q.B.).

[30] What have Gemini GP and PWA, AC and Covia Partner as gp and lps respectively in the LPship (a lpship) agreed to concerning their respective rights and obligation? Article 2.5 (g) of the First Restated and Amended Limited Partnership Agreement dated June 30, 1989, provides that:

2.5 The General Partner [Gemini GP] represents and warrants to and covenants with each Limited Partner [PWA, Air Canada and Covia Partner] that the General Partner:

• • • • •

(g) will, in the conduct of the business and affairs of the Partnership [LPship], act in the best interests of the Partnership and, *in particular, will diligently enforce the rights of the Partnership pursuant to the terms and provisions of any instrument or document on behalf of and in the name of the Partnership from time to time as may be reasonably determined by the General Partner to be in the best interests of the Partnership.*

(Emphasis added.)

[31] Callaghan C.J.O.C. determined that this provision provided Gemini GP with the authority and responsibility to pursue legal action in the name of the LPship and in particular to enforce the provisions of the Hosting Agreement (see p. 83 of his reasons) [p. 63 D.L.R.]. I also note that there does not seem to be anything that would preclude the subject limited partnership agreement as well from being included in "the terms and provisions of any instrument or document". Southin J.A. in *337965 B.C. Ltd. v. Tackama Forest Products Ltd.* (1992), 91 D.L.R. (4th) 129, 67 B.C.L.R. (2d) 1, 34 A.C.W.S. (3d) 512 (C.A.), was of the view at p. 151 that in a case dealing with a conflict between a gp and the lps that "in the end the rights of these parties fall to be determined essentially on the limited partnership agreement to which they adhered ...".

[32] Granger J. in *872928 Ontario Ltd. v. Gallery Pictures Inc.* (1990), 75 O.R. (2d) 273, 23 A.C.W.S. (3d) 217 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), was dealing with rule 8.01 (2) before it was amended last year: see discussion of Watson & McGowan, *supra*. That rule then was:

8.01 (1) A proceeding by or against two or more persons as partners may be commenced using the firm name of the partnership.

(2) *Subrule (1) extends to a proceeding between a partnership and one or more of its partners and to a proceeding between partnerships having one or more partners in Canada.*

(The emphasized portion has now been amended to read: " (2) Subrule (1) extends to a proceeding between partnerships having one or more partners in common".) Granger J. reviewed limited partners and their nature at p. 275:

In their article "An Introduction to Limited Partnerships" (1981), 39 *Advocate* 381, William F. Ehrcke and Rosemarie Wertschek described a limited partnership at pp. 381-82:

"A limited partnership is a partnership consisting of one or more general partners and one or more limited partners. The general partners manage and control the business of the partnership and are personally liable without limitation for partnership liabilities. The limited partners contribute capital and share in the profits, but take no part in the control or management of the business. The liability of a limited partner for partnership obligations is limited to the amount of his contribution plus his agreed contribution as stated in the certificate of limited partnership.

"Relations between the partners themselves are governed by the terms of the partnership agreement, which may contain any provisions which are not inconsistent with the Act and public policy. It is the certificate, as filed with the Registrar of Companies, which limits the liability of the limited partners and defines the position of the limited partners and of the general partners vis-à-vis third parties. If there is a discrepancy between the partnership agreement and the certificate, creditors are entitled to rely on the certificate."

The form and structure of a limited partnership, and the rights and responsibilities of the limited partners *vis-à-vis* the general partners are governed in Ontario by the *Limited Partnerships Act*, R.S.O. 1980, c. 241. As a limited partnership is a partnership the procedural rules [Rules of Civil Procedure, O. Reg. 560/84, rules 8.01, 8.05, 8.06] governing partnerships apply ...

Granger J. then went on to set out, *inter alia*, rule. 8.01 as it then was. He then examined various authorities at pp. 276-7:

In *133/135 Kingeast Inc. v. Wood Wilkings Ltd.* (1983), 43 O.R. (2d) 698, 39 C.P.C. 49 (Master), Master Sandler, in dealing with former Rule 102 [Rules of Practice, R.R.O. 1980, Reg. 540] which was similar to rule 8.01, stated at p. 702 O.R.:

"In my view, Rule 102 applies equally to limited partnerships as to ordinary partnerships and both can sue or be sued in the name of the firm. It seems clear that a limited partnership being registered as such, could only sue or be sued in the firm name and could not adopt the alternative open to ordinary partnerships of suing or being sued in the name of all the partners."

In L. Hepburn, *Limited Partnerships* (Toronto: De Boo, 1989) the author states at p. 2-46:

"The Acts of Ontario and Prince Edward Island do not contain any provisions similar to those above. However, it is likely that any action commenced by or against the limited partnership would be in the partnership name."

In England the right of a limited partnership to sue and to be sued was discussed in *Supreme Court Practice 1970* (London: Sweet & Maxwell), at vol. 1, p. 1160:



"81/1/19 (1) Suing or being sued. — The expressions 'firm', 'firm name' and 'business' mean the same in the case of limited partnerships as in the case of ordinary partnerships defined by section 4 (1) and section 45 of the Partnership Act, 1890 (Limited Partnerships Act, 1907, s. 3). They therefore come within this Rule as to suing and being sued in the name of the firm. It would seem that a limited partnership, being registered as such, could only sue or be sued in the firm name, and could not adopt the alternative open to ordinary partnerships of suing in the names of the partners, with the description 'trading as \_\_\_\_\_'; nor could it be so sued. It hardly seems that limited partners could be properly imported into an action by or against the firm, though after judgment they might be made liable to execution: see r. 5 (n) 'Limited Partners, Execution against', *infra*."

In my opinion an Ontario limited partnership can sue and be sued in its own name. In order to maintain the integrity of the limited partnership the legal proceedings must be controlled and directed by the general partner. In *133/135 Kingeast v. Wood Wilkings Ltd.*, *supra*, Master Sandler held that service of an originating process on a limited partner was not valid and service had to be effected on the general partner.

Although the general partner controls the affairs of the limited partnership, the general partner cannot institute proceedings in its own name or on behalf of the limited partnership. Neither the *Limited Partnerships Act* nor the *Partnerships Act*, R.S.O. 1980, c. 370, authorizes the general partner to institute proceedings in its own name. The plaintiff must be the party wronged.

[33] Who is the party wronged in a lpship situation? Granger J. went on to review *Re Lee and Block Estates Ltd.*, [1984] 3 W.W.R. 118, 50 B.C.L.R. 289 (S.C.). At pp. 120-1, in starting off his judgment in that, case McEachern C.J.S.C. observed:

This case is concerned with limited partnerships, which are fairly common in commerce but relatively unknown in court. In fact, although counsel referred to several American authorities, I am informed there are no Canadian cases dealing with limited partnerships.

He then went on to deal with a fight between the original lps and a new lp. He held that the original lps did not have standing to sue the new lp for capital which should have been furnished to the lpship. McEachern C.J.S.C. stated at p. 140 (a passage relied on by Granger J. at p. 277 of *Gallery*):

Counsel for Block relies upon the first rule in *Foss v. Harbottle* (1843), 2 Hare 461, 67 E.R. 189, which is well described by Jenkins L.J. in *Edwards v. Halliwell*, [1950] 2 All E.R. 1064 at 1066 (C.A.), as follows:

"The rule in *Foss v. Harbottle*, as I understand it, comes to no more than this. First, the proper plaintiff in an action in respect of a wrong alleged to be done to a company or association of persons is *prima facie* the company or the association of persons itself."

*The above establishes that the rule in Foss v. Harbottle applies in a proper case not just*

to corporations but also to associations of persons such as trade unions, and there are many American authorities which hold that the principle also applies to partnerships: *Bell Sound Studios Inc. v. Enneagram Productions Co.* (1962), 234 N.Y.S. (2d) 12, 36 Misc. (2d) 879; *Blattberg v. Weiss* (1969), 306 N.Y.S. (2d) 88, 61 Misc. (2d) 564 (S.C.); *Klein v. Weiss* (1978), 395 A. (2d) 126, 284 Md. 36; and *Kramer v. McDonald's System Inc.* (1979), 396 N.E. (2d) 504, 33 Ill. Dec. 115, 77 Ill. (2d) 323, rehearing denied 30th November 1979 (S.C.).

Notwithstanding what McKay J. said about common law derivative rights in corporate matters in *Shield Dev. Co. v. Snyder*, [1976] 3 W.W.R. 44 (B.C.S.C.), the absence from the Partnership Act of any provisions similar to s. 225 [am. 1980, c. 50, s. 21] of the Company Act, R.S.B.C. 1979, c. 59, leaves the common law rule stated in *Foss v. Harbottle*, *supra*, applicable in proper circumstances in partnership matters.

(Emphasis added.) McEachern C.J.S.C. went on to expand at p. 141 as follows:

I think [counsel for Block] is right on the question of standing. The class "A" partners, in my view, cannot enforce Block's covenant to contribute capital to fund operating losses to the partnership. Thus the class "A" partners cannot succeed upon a claim which presupposes the flow of sufficient capital into the partnership to keep the interim mortgage in good standing and sufficient refinancing to produce a surplus of \$600,000. These are threshold requirements for either of the scenarios mentioned above.

[Counsel for the plaintiff Lee] replies by advancing two exceptions to this rule.

First, he says this rule may be disregarded wherever the interests of justice require it be disregarded. It appears to me that this exception, if it is an exception of general application, can only apply if the action is a derivative or a representative action. In cases about corporations, leave to bring a derivative action must be obtained before action (although it has been granted *nunc pro tunc*). In the case of associations or partnerships, the action, at the very least, would have to be a representative action in which all parties would be represented. Remedies cannot be given in the absence of essential parties.

Secondly, it was argued that the rule only applies where standing is questioned before trial, and that the rule does not apply after there has been a full trial on the merits. That was the result in *Prudential Assur. Co. v. Newman Indust. Ltd.*, (1982) Ch. 204, [1982] 1 All E.R. 354 (C.A.), but again, that was a representative action, and all parties were before the court. In fact, the company in that case objected to the action going forward, but after a long trial the court refused to apply the rule against the plaintiff which, as a minority shareholder, had successfully established a right to relief on behalf of the company which the company was then able to pursue. I think the failure to bring or convert this action into a derivative or representative action precludes me from applying these exceptions.

[34] Granger J. concluded at p. 278 of *Gallery* that:

McEachern C.J.S.C. held that the limited partners did not have standing to institute proceedings for capital which should have been furnished to the limited partnership by the defendants. The proper plaintiff was the limited partnership which claimed to have been wrong[ed].

[35] I am of the view that particularly given the contractual arrangements of s. 2.5 (g) of the subject limited partnership agreement that the parties thereto implicitly recognized that their limited partnership should be governed by the rule in *Foss v. Harbottle*. I pause to note that corporate law in England in 1843 was evolving; I am of general understanding (but stand to be corrected) that corporations in those days were to some greater degree than now akin to partnerships, at least to limited partnerships.

[36] It would therefore appear to me that Covia Partner's claim should be viewed as derivative and in fact subsumed in the LPship claim in the *Gemini v. PWA et al.* action subject to whatever amendment of that claim may be necessary. In essence there should be a practical consolidation of these two actions. I do not see the aspect of a partnership (in this case a lpship, the LPship) suing a partner (lp, in this case PWA) an insurmountable hurdle. This anomaly is easily cured by in effect ignoring the presence (for the purpose of recovery) of PWA. I do not see any reason why the procedures set out for derivative actions involving corporations should not be followed.

[37] On that basis, I would dismiss Covia Partner's action against PWA, CAIL and American without prejudice to any necessary and efficient amendment of the LPship's claims in *Gemini v. PWA et al.*

*Balance of motion regarding breach of fiduciary obligation and interference with economic interests*

[38] Given my views that not only should the Covia Shareholder but also the Covia Partner claims be struck on the basis of derivativeness, I do not think it appropriate to deal with what PWA, CAIL and American say are the other deficiencies of these claims as to other aspects such as breach of fiduciary obligation and interference with economic interests, since in my view these determinations would have an effect on the enlarged *Gemini v. PWA et al.* action and a resultant effect not only on Covia Partner but also Air Canada as lps in the LPship. I do not think it fair or appropriate to deal with them in the absence of Gemini GP representing the LPship (and Air Canada). Otherwise I am of the view that I would create the same practical problem as was faced in *Bank of Montreal, supra*. It may be that the parties will wish to continue this debate at a later date this summer.

## Costs

[39] As to costs, I would award the six individuals their costs on a solicitor-and-client scale. I would not expect there to be any difficulty in resolving these costs. As to PWA, CAIL and American, they should have their costs of the action including these motions on a party-and-party basis, subject however to a deletion as to whatever may be reasonably salvaged with no additional cost in the *Gemini v. PWA et al.* (expected) expanded action.

[40] Judgment accordingly.



COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

RE: COVIA CANADA PARTNERSHIP CORP. and COVIA CANADA  
CORP. (Plaintiffs (Appellants) v. PWA CORPORATION,  
CANADIAN AIRLINES INTERNATIONAL LTD., AMR  
CORPORATION and AMERICAN AIRLINES INC. (Defendants  
(Respondents))

BEFORE: GOODMAN, CATHY AND OSBORNE JJ.A.

COUNSEL: PETER C. WARDLE AND RICHARD P. STEPHENSON  
FOR COVIA CANADA PARTNERSHIP CORP.

R.S. RUSSELL  
FOR PWA CORPORATION

BENJAMIN GLUSTEIN  
FOR CANADIAN AIRLINES INTERNATIONAL LTD.

GEOFF HALL  
FOR AMR CORPORATION

JOHN H. FRANCIS  
AMERICAN AIRLINES INC.

HEARD: NOVEMBER 1 AND 2, 1993

E N D O R S E M E N T

BY THE COURT

In this appeal by Covia Canada Partnership Corporation from the judgment of Farley J. dated July 10, 1993, whereby the action instituted by Covia Canada Partnership Corp. and Covia Canada Corporation was dismissed for want of status of the plaintiffs to assert derivative claims, we are in agreement with the reasons and conclusion of Farley J., and therefore dismiss the appeal with costs.

# TAB 15





2. **THIS COURT ORDERS** the Applicant to make the documents listed in Schedule "A" hereto (the "Documents") available to the Moving Party and the other Mediation Parties (as defined in the order of this court dated July 25, 2012 (the "Mediation Order")), subject to: (i) the provisions of the Mediation Order applicable to information made available through the electronic data room referenced in the Mediation Order (the "Data Room"), including without limitation the requirement for confidentiality agreements; and (ii) any claims of privilege; and provided, for greater certainty, that the Applicant need not produce any audit-related documents created after June 2, 2011.
  
3. **THIS COURT ORDERS** that the Documents shall be added to the Data Room by the Applicant as and when they become available, but the Applicant shall make best efforts to add the Documents to the Data Room by August 16, 2012, and that, in any event, the Applicant shall add the Documents to the Data Room by no later than August 23, 2012.
  
4. **THIS COURT ORDERS** that, promptly following the addition of any Documents to the Data Room, the Applicant shall notify or shall cause to be notified, by email, those persons who have executed the Confidentiality Agreement pursuant to this Court's Mediation Order that such Documents have been added to the Data Room, but in no event shall the Applicant be required to provide such notification more than one time per day.
  
5. **THIS COURT ORDERS** that, to the extent that the Applicant withholds production of any Documents on the basis of a claim of privilege, the Applicant shall produce an itemized list describing each of the documents in the form of or substantially similar to a Schedule "B" of an affidavit of documents, with sufficient specificity to establish the Applicant's claim for privilege, including, without limitation, identifying information for each document, the nature of the privilege being asserted in respect of the document, and, if litigation privilege is being asserted, reasonable identifying

information regarding the litigation that gives rise to the privilege (the "Privilege Log"). The Applicant shall add the Privilege Log to the Data Room by August 27, 2012, unless the Court orders otherwise.

6. **THIS COURT ORDERS** that the Documents specified in clauses 1, 2(s), 3 and 4 of Schedule "A" hereto shall be in the English language.



REGISTERED AT / ENREGISTRÉ À TOPIC ...  
ON / BOOK NO.  
LE / DANS LE REGISTRE NO.:

JUL 30 2012

PREPARE:



## Schedule "A"

1. the unconsolidated financial statements of Sino-Forest Corporation and its subsidiaries prepared prior to June 2, 2011;
2. the following documents relating to Sino-Forest audits, for each of the fiscal years 2006 through 2010, inclusive, for each audited entity:
  - a) Information request list for each year's audit, detailing the documents to be provided by the company to the auditor;
  - b) The Year End Communication or Report of the Auditor to the Audit Committee from BDO or E&Y, including:
    - i) Audit scope and findings report;
    - ii) Significant matters discussed with management;
    - iii) Management's analysis and response;
    - iv) Significant judgments and estimates;
    - v) Audit risks encountered/identified and audit response; and
    - vi) Summary of corrected and uncorrected financial statement misstatements;
  - c) Communications between the auditors and the company regarding any disagreements with management;
  - d) The unadjusted (pre-audit) trial balance;
  - e) Proposed Adjustments presented by the auditor following each year's audit (listing adjusting journal entries, analysis and explanations);
  - f) List of related parties provided to the auditor each year;
  - g) Correspondence with the auditor concerning related parties and related party transactions;
  - h) Accounting policy manuals or documented accounting policies of the company for each year;

- i) Process and procedure manuals of the company for each year, particularly pertaining to the sales cycle and purchase/acquisition cycle;
- j) Ledgers and subledgers for the following accounts:
  - i) Cash;
  - ii) Sales;
  - iii) Timber Inventory; and
  - iv) Cost of Goods Sold;
- k) Sale transaction documents provided to (requested by) the auditors in respect of timber transactions:
  - i) Sales order (or purchase order from customer) or Sales contract/agreement;
  - ii) Invoice; and
  - iii) Proof of collection;
- l) Purchase transaction documents provided to (requested by) the auditors in respect of timber transactions:
  - i) Purchase order (or contract/agreement);
  - ii) Invoice; and
  - iii) Proof of payment;
- m) Transaction documents provided to auditor in respect of Sino's "set-off" agreements on timber transactions;
- n) Correspondence with auditors regarding confirmation of transactions with authorized intermediaries and suppliers (or authorization provided to Auditors to confirm directly with the AIs and Suppliers);
- o) Documentation concerning the auditors' procedures to independently examine timber assets, including on-site physical inspection, inventory counts, examination of transaction documentation, etc.;

- p) Internal worksheets, analyses and calculations supporting the "related party transactions" disclosure in each year's financial statements (e.g., see Note 23 of the 2009 financial statements);
  - q) Any additional information provided to/requested by the auditor regarding related party transactions;
  - r) Drafts and correspondence regarding the preparation of the Cash Flow Statement;
  - s) A statement of the total fees paid to the Applicant's auditors in respect of each of the 2006-2010 fiscal years; in addition, the Applicant shall make best efforts to break down such fees by audit-related and non-audit-related work (if any), and if non-audit related work was performed by the Applicant's auditors in any such year, a reasonably detailed description of the non-audit-related work performed by the auditors in such year;
  - t) Minutes of all meetings in which the auditors and members of management participated; and
  - u) BDO and E&Y presentations to the board of directors and management.
3. a summary of the coverage positions of the insurers of the Applicant and its directors and officers, and an approximation of the remaining insurance coverage; and
  4. the claims register as provided by the Monitor .

**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 SINO-FOREST CORPORATION**

Court File No. CV-12-9667-00CL

**ONTARIO**  
**SUPERIOR COURT OF JUSTICE**  
**COMMERCIAL LIST**  
Proceedings commenced at  
**TORONTO**

**ORDER**

**PALIARE ROLAND ROSENBERG ROTHSTEIN LLP**  
250 University Avenue, Suite 501  
Toronto, ON M5H 3E5  
**Ken Rosenberg / Massimo Starnino**  
Tel: 416-646-4300 Fax: 416-646-4301

**KOSKIE MINSKY LLP**  
20 Queen Street West, Suite 900  
Toronto, ON M5H 3R3  
**Kirk Baert / Jonathan Bida**  
Tel: 416-977-8353 Fax: 416-977-3316

**SISKINDS LLP**  
680 Waterloo Street  
London, ON N6A 3V8  
**A. Dimitri Lascaris / Charles M. Wright**  
Tel: 519-672-2121 Fax: 519-672-6065

Lawyers for the Ad Hoc Committee of Purchasers of  
the Applicant's Securities, including the  
Representative Plaintiffs in the Ontario Class Action

**TAB 16**

**ONTARIO  
SUPERIOR COURT OF JUSTICE  
(COMMERCIAL LIST)**

THE HONOURABLE MADAM ) WEDNESDAY, THE 20<sup>th</sup>  
JUSTICE HOY ) OF FEBRUARY, 2008

**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 COLLINS & AIKMAN AUTOMOTIVE CANADA INC.**

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



**ORDER**

**THE MOTIONS** made by the United Steel, Paper and Forestry, Rubber, Manufacturing, Energy, Allied Industrial and Service Workers International Union (United Steelworkers) (the "USW") originally returnable on November 30, 2007, and adjourned to January 24<sup>th</sup>, 2008, and then to today, for an order imposing terms on the extension of these proceedings and other similar or related relief, and by the Superintendent of Financial Services (the "Superintendent") originally returnable December 10, 2007 and adjourned to January 24, 2008 and then to today for an order requiring the payment of special payments to the pension plans maintained by the Applicant (the "Motions") were heard this day at 330 University Avenue, Toronto, Ontario.

**ON READING** the motion materials described in Schedule "A", hereto, and on hearing the submissions of counsel to the Applicant, the Monitor, the



USW, the Superintendent, and Chrysler LLC, no one else appearing although duly served:

1. **THIS COURT ORDERS AND DIRECTS** that the USW be granted access to the books and records of Automotive, including, without limitation, any business and financial records of Automotive, and any records pertaining to any efforts to sell Automotive's property, assets or undertaking, in accordance with and subject to the terms of a confidentiality agreement substantially in the form appended hereto as Schedule "B".
2. **THIS COURT ORDERS** that the balance of the relief sought on the Motions is hereby dismissed, without prejudice to the right of any respondent to these proceedings to bring a motion to revisit or otherwise challenge the terms of the stay of proceedings herein in the event that present negotiations to sell the property, assets and undertaking of the Applicant are abandoned, or appear not to be pursued *bona fides* and with diligence.

Raymond Hej

583430\_1

U.S. DISTRICT COURT  
SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK  
MAR 31 2008

PER/YAR: ce

**SCHEDULE A**

Court File No. 07-CL-7105

**ONTARIO  
SUPERIOR COURT OF JUSTICE  
COMMERCIAL LIST**

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

**AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT  
OF COLLINS & AIKMAN AUTOMOTIVE CANADA INC.**

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

**LIST OF MOTION MATERIALS**

**Motion Records**

1. Motion Record [of the Applicants] (returnable November 30, 2007), dated November 28, 2007.
2. Motion Record of the Superintendent of Financial Services [enclosing Notice of Motion returnable November 30, 2007].
3. Responding Motion Record of the USW dated November 26, 2007.
4. Responding Factum of Collins & Aikman Automotive Canada Inc. (motion returnable January 24, 2008), dated January 22, 2008.
5. Transcript of the Cross-Examination of Allan Rutman on his Affidavit sworn January 22, 2008, taken on February 8, 2008.
6. Answers of Allan Rutman to Undertakings and Questions taken under Advisement.

**Factums and Authorities**

7. Responding Factum of the USW, dated November 29, 2008.
8. Book of Authorities of the USW, dated November 29, 2008.
9. Responding Factum of Chrysler LLC (Responding to Cross-Motion of USW).
10. Factum of the Superintendent of Financial Services (motion returnable January 24, 2008);
11. Book of Authorities of the Superintendent of Financial Services (motion returnable January 24, 2008).
12. Responding Factum of Collins & Aikman Automotive Canada Inc. (Responding to Cross-Motion of USW and Motion of FSCO each returnable January 24, 2008).
13. Book of Authorities [of Collins & Aikman Automotive Canada Inc., undated].
14. Supplementary Factum of the USW.

**SCHEDULE B**

**CONFIDENTIALITY AGREEMENT**

THIS AGREEMENT is made as of the \_\_\_\_ day of \_\_\_\_\_,  
200\_\_

BETWEEN

**COLLINS & AIKMAN AUTOMOTIVE CANADA INC.**, a corporation  
incorporated under the laws of Nova Scotia (the "Discloser")

- and -

**THE UNITED STEEL, PAPER, FORESTRY, RUBBER,  
MANUFACTURING, ENERGY, ALLIED INDUSTRIAL AND  
SERVICE WORKERS INTERNATIONAL UNION (UNITED  
STEELWORKERS)**, a trade union within the meaning of the *Labour  
Relations Act, 1995*, S.O. 1995 c. 1, Sch. A (the "USW"), and the  
individuals listed in Appendix "A" to this agreement (together with  
the USW, the "Recipients").

WHEREAS the Discloser possesses Confidential Information:

AND WHEREAS the Recipients desire to receive, and the Discloser  
at its discretion is willing to supply, Confidential Information on the terms and  
conditions set out herein, solely for the Purpose (as defined herein);

NOW THEREFORE, in consideration of the premises and the  
covenants and agreements herein contained, the parties agree as follows:

**ARTICLE 1 – INTERPRETATION**

**1.01**        **Definitions**

In this Agreement, unless something in the subject matter or  
context is inconsistent therewith:

**"Affiliate"** has the meaning attributed thereto in the *Canada Business  
Corporations Act*.

**"Agreement"** means this agreement, including its recitals, as amended from  
time to time.

**"Business Day"** means a day other than a Saturday, Sunday or statutory holiday in Ontario.

**"Confidential Information"** means all information relating to the Discloser and its Affiliates and their respective business, properties, assets, liabilities, operating performance information, financial circumstances or other affairs furnished by or on behalf of the Discloser to the Recipients, regardless of the manner in which it is furnished, including, without limitation, any information or materials relating to any and all transactions, proceedings, meetings, discussions and negotiations which may take place from time to time relating to the Discloser or between the Discloser, its advisors and the Recipients whether in written form, orally or through any electronic, facsimile or computer-related communication, but does not include this Agreement or information that:

- (i) is already published or otherwise readily available to the public, other than by a breach of this Agreement;
- (ii) is rightfully received by the Recipients from a third party not in breach of any obligation of confidentiality;
- (iii) is known by the Recipients on a non-confidential basis prior to disclosure hereunder;
- (iv) is produced in compliance with applicable law or a court order, provided that the Recipients first gives the Discloser reasonable notice of such law or order and give the Discloser the opportunity to defend or attempt to limit such production; or
- (v) is independently developed by the Recipients solely with information described in items (i) to (iv) above.

**"Purpose"** means the purpose of analyzing the current financial circumstances of the Discloser and identifying, evaluating and developing, for the benefit of the USW's members, options for the solution of the financial difficulties presently being experienced by the Discloser, including, without limitation, any options proposed by the Discloser or its customers,

## **1.02 Headings**

The division of this Agreement into Articles and Sections and the insertion of headings are for convenience of reference only and do not affect the construction or interpretation of this Agreement. The terms "hereof", "hereunder" and similar expressions refer to this Agreement and not to any particular Article,

Section or other portion hereof. Unless something in the subject matter or context is inconsistent therewith, references herein to Articles and Sections are to Articles and Sections of this Agreement.

**1.03            Extended Meanings**

In this Agreement words importing the singular number only include the plural and *vice versa*, words importing any gender include all genders and words importing persons include individuals, corporations, limited and unlimited liability companies, general and limited partnerships, associations, trusts unincorporated organizations, trade unions, parent trade unions, local trade unions, joint ventures and governmental authorities. The term "including" means "including without limiting the generality of the foregoing".

**ARTICLE 2 – CONFIDENTIAL INFORMATION**

**2.01            Supply of Confidential Information**

Discloser will at its discretion provide Confidential Information to the Recipients in connection with the Purpose. Nothing in this Agreement obligates the Discloser to disclose any particular Confidential Information.

**2.02            Use of Confidential Information**

The Recipients will use the Confidential Information solely for the Purpose.

**2.03            Disclosure of Confidential Information**

- (1) The Recipients will not disclose any Confidential Information to any person, provided that additional Recipients may be added to an amended Appendix "A" in the future with the consent of the Discloser, with such consent not to be unreasonably withheld, and further provided that disclosure by the Recipients shall be permitted:
  - a. to their legal advisors, Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP, for the purpose of obtaining legal advice in connection with the Purpose;
  - b. where it is first consented to in writing by the Discloser;  
or,

- c. to a court or other adjudicative body under seal and thereafter in accordance with the direction of said court or other adjudicative body; provided that the Recipients shall not advocate for disclosure of Confidential Information.
- (2) Notwithstanding the foregoing, the Recipients shall be permitted to:
  - a. inform the USW's members and third parties that discussions are taking place between the USW and the Discloser and, where applicable, other third parties;
  - b. communicate general findings regarding the financial circumstances of the Discloser to the USW's members and third parties; and,
  - c. make recommendations for action to the USW's members, as it deems appropriate, based upon the Confidential Information.
- (3) In the event that a Recipient is requested or required (by oral question, interrogatories, requests for information or documents in legal proceedings, subpoenas, civil investigative demand or other process) to disclose any of the Confidential Information, the Recipient shall (i) provide Discloser with prompt written notice of any such request or requirement as soon as practicable so that the Discloser may seek a protective order or other appropriate remedy and (ii) cooperate with Discloser to obtain such protective or other appropriate remedy. In the absence of a protective order or other appropriate remedy, a Recipient may disclose only that portion of the Confidential Information which, upon the advice of counsel, the Recipient believes it is legally required to disclose.
- (4) The Recipients will take reasonable and prudent security measures and use care to preserve and protect the secrecy of, and to avoid disclosure or use of, the Confidential Information other than as provided in this Agreement.
- (5) The Recipients will promptly advise the Discloser in writing of any misappropriation or misuse by any person of such Confidential Information which may come to their attention.
- (6) Each Recipient will only be liable for their own breaches of the terms of this Agreement; a Recipient will not be jointly or severally liable for breaches of this Agreement by other Recipients.

**2.04 Return of Confidential Information**

Upon request of the Discloser, any Confidential Information which it has furnished to the Recipients will be promptly returned accompanied by all copies thereof made by the Recipients and will be deleted from all retrieval systems and data bases or destroyed. The Recipients will deliver to the Discloser notice of such deletion or destruction.

**2.05 Rights In Confidential Information**

- (1) All right, title and interest in and to the Confidential Information will remain the exclusive property of the Discloser and the Confidential Information will be held in trust and confidence by the Recipients for the Discloser. No interest, license or any right respecting the Confidential Information, other than expressly set out herein, is granted to the Recipients under this Agreement by implication or otherwise.
- (2) This Agreement does not constitute any representation, warranty or guarantee with respect to the accuracy or completeness of any Confidential Information or whether the Confidential Information infringes any rights of third parties. The Discloser will not be held liable for any errors or omissions in the Confidential Information or the use or the results of the use of the Confidential Information.

**ARTICLE 3 – GENERAL**

**3.01 Relationship of the Parties**

Nothing contained herein will be deemed to create any partnership, joint venture or relationship of principal and agent between the parties or to provide either party with the right, power or authority, whether express or implied, to create any duty or obligation on behalf of the other party.

**3.02 Further Assurances**

The Recipients will from time to time execute and deliver such further documents and instruments and do all acts and things as the Discloser may reasonably require to effectively carry out or better evidence or perfect the full intent and meaning of this Agreement.



**3.03 Benefit of the Agreement**

This Agreement will enure to the benefit of and be binding upon the respective successors and permitted assigns of the parties.

**3.04 Entire Agreement**

This Agreement constitutes the entire agreement between the parties with respect to the subject matter hereof and cancels and supersedes any prior understandings and agreements between the parties with respect thereto. There are no representations, warranties, terms, conditions, undertakings or collateral agreements, express, implied or statutory, between the parties other than as expressly set forth in this Agreement.

**3.05 Amendments and Waivers**

No amendment to this Agreement will be valid or binding unless set forth in writing and duly executed by both of the parties. No waiver of any breach of any provision of this Agreement will be effective or binding unless made in writing and signed by the party purporting to give the same and, unless otherwise provided, will be limited to the specific breach waived.

**3.06 Assignment**

This Agreement may not be assigned, either directly or through amalgamation or operation of law, by either party without the other party's prior written consent.

**3.07 Ambiguities**

Each of the parties has participated in the drafting of this Agreement and any rule of construction to the effect that ambiguities are to be resolved against the drafting party will not apply to the interpretation of this Agreement. Notwithstanding the foregoing, all parties agree that any ambiguity shall be interpreted so as to preserve and protect the confidentiality of the Confidential Information.

**3.08 Term and Survival**

The obligations under this Agreement shall remain in full force and effect indefinitely, unless terminated by further agreement of the parties.

**3.09        Enforceability**

If any term, provision, covenant or condition of this Agreement is held by a court of competent jurisdiction to be invalid or unenforceable, the remainder of the provisions will remain in full force and effect and will not be affected, impaired or invalidated thereby.

**3.10        Notices**

Any demand, notice or other communication to be given in connection with this Agreement must be given in writing and will be given by personal delivery, by registered mail or by electronic means of communication addressed to the recipient as follows:

**To the Discloser:**

Collins & Aikman Automotive Canada Inc.  
128 Peter Street, P.O. Box 300  
Port Hope, ON  
L1A 3W4

Fax: 905.886.2658

Attention: Allan Rutman

with a copy to:

**Stikeman Elliott LLP**  
5300 Commerce Court West  
199 Bay Street  
Toronto, ON M5L 1B9

Fax: 416.947.0866

Attention: Sean Dunphy and Ashley Taylor

**To the Recipients:**

United Steelworkers  
234 Eglinton Ave., 8<sup>th</sup> Floor  
Toronto, Ontario  
M4P 1K7

Fax: 416.243.0613

Attention: Wayne Fraser, Marie Kelly, Brad James, Paula  
Turtle, Ron Bloom

with a copy to:

Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP  
250 University Avenue  
Toronto, Ontario  
M5H 3E5

Fax: 416.646.4301

Attention: Kenneth T. Rosenberg and Massimo Starnino

or to such other address, individual or electronic communication number as may be designated by notice given by either party to the other. Any demand, notice or other communication given by personal delivery will be conclusively deemed to have been given on the day of actual delivery thereof and, if given by registered mail, on the second Business Day following the deposit thereof in the mail and, if given by electronic communication, on the day of transmittal thereof if given during the normal business hours of the recipient and on the Business Day during which such normal business hours next occur if not given during such hours on any day. If the party giving any demand, notice or other communication knows or ought reasonably to know of any difficulties with the postal system that might affect the delivery of mail, any such demand, notice or other communication may not be mailed but must be given by personal delivery or by electronic communication.

**3.11 Remedies**

The Recipients agree that monetary damages would not alone be sufficient to remedy any breach by the Recipients of any term or provision of this Agreement and that the Discloser will also be entitled to equitable relief, including injunction and specific performance, in the event of any breach hereof and in addition to any other remedy available pursuant to this Agreement or at law or in

equity. The Recipients further waive any requirement for the deposit of security or posting of any bond in connection with any equitable remedy.

**3.12 Governing Law and Forum**

This Agreement is governed by and will be construed in accordance with the laws of the Province of Ontario and the laws of Canada applicable therein, and a non-exclusive forum for the resolution of any dispute arising from or relating to this Agreement shall be the Ontario Superior Court of Justice.

**3.13 Counterparts**

This Agreement may be executed in any number of counterparts, each of which will be deemed to be an original and all of which taken together will be deemed to constitute one and the same instrument.

**3.14 Facsimiles**

Delivery of an executed signature page to this Agreement by any party by electronic transmission will be as effective as delivery of a manually executed copy of the Agreement by such party.

IN WITNESS WHEREOF the parties have executed this Agreement.

**COLLINS & AIKMAN AUTOMOTIVE CANADA INC.**

**Per:**

\_\_\_\_\_  
**Name: Allan Rutman**  
**Title: Chief Restructuring Officer**

**(I have authority to bind the corporation)**

**UNITED STEELWORKERS**

**Per:**

\_\_\_\_\_  
**Name: Wayne Fraser**  
**Title: Authorized Signing Officer**

\_\_\_\_\_  
**Witness**

\_\_\_\_\_  
**Wayne Fraser**

\_\_\_\_\_  
**Witness**

\_\_\_\_\_  
**Marie Kelly**

\_\_\_\_\_  
**Witness**

\_\_\_\_\_  
**Ron Bloom**

\_\_\_\_\_  
**Witness**

\_\_\_\_\_  
**Paula Turtle**

**APPENDIX "A"**  
**INDIVIDUAL RECIPIENTS**

Wayne Fraser

Marie Kelly

Ron Bloom

Paula Turtle

682135\_4.DOC

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 COLLINS & AIKMAN AUTOMOTIVE CANADA INC.  
APPLICATION UNDER THE COMPANIES' CREDITORS ARRANGEMENT ACT, R.S.C. 1985, c.C-36, AS AMENDED

---

**ONTARIO**  
**SUPERIOR COURT OF JUSTICE**  
(COMMERCIAL LIST)  
Proceeding commenced at Toronto

---

**ORDER**  
**(HOY J., FEBRUARY 20, 2008)**

---

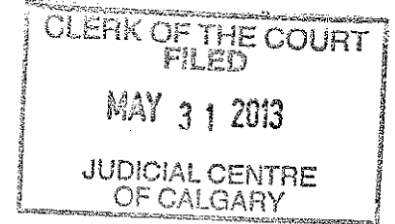
**PALIARE ROLAND ROSENBERG**  
**ROTHSTEIN LLP**  
250 University Avenue  
Suite 501  
Toronto, ON M5H 3E5

**Kenneth T. Rosenberg (LSUC #21102H)**  
**Massimo Starnino (LSUC #41048G)**  
Tel.: (416) 646-4300  
Fax: (416) 646-4301  
Email: ken.rosenberg@paliaroland.com  
max.starnino@paliaroland.com

Solicitors for the United Steelworkers

**TAB 17**





COURT FILE NUMBER 1301-04364

COURT OF QUEEN'S BENCH OF ALBERTA JUDICIAL CENTRE CALGARY

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

AND IN THE MATTER OF POSEIDON CONCEPTS CORP., POSEIDON CONCEPTS LTD., POSEIDON CONCEPTS LIMITED PARTNERSHIP AND POSEIDON CONCEPTS INC.

DOCUMENT ORDER

ADDRESS FOR SERVICE AND CONTACT INFORMATION OF PARTY FILING THIS DOCUMENT **JENSEN SHAWA SOLOMON DUGUID HAWKES LLP**  
Barristers  
800, 304 - 8 Avenue SW  
Calgary, Alberta T2P 1C2

Robert Hawkes, Q.C./Gavin Price  
Phone: 403 571 1520  
Fax: 403 571 1528  
File: 11121-019

Max Starnino/Gregory Ko  
Phone: 416 646 7431  
Fax: 416 646 4301

Daniel E.H. Bach/S. Sajjad Nematollahi  
Phone: 416 362 8334  
Fax: 416 362 2610

DATE ON WHICH ORDER WAS PRONOUNCED: May 30, 2013

LOCATION OF HEARING OR TRIAL: Calgary

NAME OF JUDGE WHO MADE THIS ORDER: The Honourable Mister Justice K. D. Yamauchi

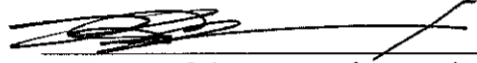
WHEREAS Franz Auer, Joanna Goldsmith and Marian Lewis, the putative representative plaintiffs (the "Class Action Plaintiffs") in the actions commenced against Poseidon Concepts Corp. ("Poseidon"), respectively, in the Court of Queen's Bench of Alberta bearing Court File No. 1301-00935 (the "Alberta Class Action"), in the Superior Court of Ontario bearing Court File No. CV-12-46873600CP (the "Ontario Class Action") and in the Superior Court of Quebec bearing Court File No. 500-06-000633-129 (the "Quebec Class Action") (collectively, the "Class Actions"), made an Application for, amongst other things, an Order (i) deeming service good and sufficient (ii) directing that the leave motions in respect of the Class Actions may proceed against any defendant who refuses or fails to execute certain standstill or tolling agreements, (iii) granting access to information, (iv) appointing the Class Action Plaintiffs as representatives of the classes proposed in Alberta, Ontario and Quebec Class Actions, only for the purposes of these proceedings and any related or ensuing receivership, bankruptcy or other insolvency proceeding that has or may be brought before this Court and (v) directing that the motion to approve a funding and indemnity agreement may proceed, was heard this day, on May 30, 2013, at the Court of Queen's Bench of Alberta at the Calgary Court Centre, 601-5<sup>th</sup> Street SW, City of Calgary, in the Province of Alberta,

AND UPON READING the Class Action Plaintiffs' Application, filed May 3, 2013; AND UPON READING the Affidavit of Franz Auer; AND UPON HEARING the submissions of counsel for the Class Action Plaintiffs, the Applicants, the Monitor and other parties; AND UPON being advised that the Class Action Plaintiffs and the Defendants named in each of the Alberta Class Action, the Ontario Class Action and the Quebec Class Action have entered into Tolling Agreements; **IT IS HEREBY ORDERED THAT:**

1. Service of the Application, filed May 3, 2013, and the Affidavit of Franz Auer filed in support of the Application is deemed good and sufficient, such that this motion was properly returnable May 30, 2013.
2. The Application to approve a funding and indemnity agreement in the Alberta Class Action and the Ontario Class Action may proceed.

3. Legal counsel for the Class Action Plaintiffs shall be granted access to the contents of the Poseidon dataroom, including access to replies made by Poseidon generally to all bidders at the relevant time, but excluding any replies made by Poseidon to individual bidders that were not also provided to all other bidders at the relevant time;. Access to the dataroom, including any applicable reply materials, is conditional upon legal counsel for the Class Action Plaintiffs executing a Confidentiality Agreement in a form to be agreed upon between legal counsel for the Class Action Plaintiffs, Poseidon and the proposed purchaser of Poseidon assets, Rockwater Energy Solutions Inc. In the event that these Parties are unable to agree upon a form of Confidentiality Agreement, the Parties may re-attend before me or any other Justice of this Court for advice and directions on the form of Confidentiality Agreement.
4. All records or information accessed or obtained under this Order are subject to litigation privilege and must be treated as confidential and may only be used by the recipient of the information for the purpose of the within proceedings unless otherwise ordered by the Court of Queen's Bench of Alberta in the within proceedings.
5. The Application, for access to the information of Poseidon listed below, is dismissed:
  - (a) Copies of all expressions of interest and offers received for Poseidon's assets, including the accepted offer;
  - (b) Copies of the drafts of agreements exchanged with the purchaser going forward;
  - (c) Full, frank and timely disclosure from the Monitor and the Company regarding all aspects of their plans for completing the sale of Poseidon's assets; and
  - (d) The Special Committee Report prepared by Ernst and Young, and all supporting documentation used or relied upon in preparing the Special Committee Report

6. There shall be no costs to any Party in connection with this Application.

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke, positioned above a horizontal line.

Justice of the Court of Queen's Bench of Alberta

**TAB 18**



Court File No. CV-19-616779-00CL

**ONTARIO  
SUPERIOR COURT OF JUSTICE  
COMMERCIAL LIST**

THE HONOURABLE ) THURSDAY, THE 25<sup>th</sup>  
MR. JUSTICE MCEWEN ) DAY OF APRIL, 2019

**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  
ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC.**

Applicant

**ORDER**

**THIS MOTION**, made by Rothmans, Benson & Hedges Inc. (the "**Applicant**"), pursuant to the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, as amended (the "**CCAA**") was heard this day at 330 University Avenue, Toronto, Ontario.

**ON READING** the Notice of Motion of the Applicant dated March 28, 2019, the affidavit of Peter Luongo sworn March 22, 2019 (the "**Initial Order Affidavit**"), the affidavit of Peter Luongo sworn March 28, 2019 and the exhibits thereto (the "**Luongo Affidavit**"), the Pre-Filing Report of Ernst & Young Inc. in its capacity as the proposed Monitor of the Applicant (the "**Monitor**"), the First Report of the Monitor, and on hearing the submissions of counsel for the Applicant, the Monitor, and such other counsel as were present, no one else appearing although duly served as appears from the affidavit of service of Sonia Antonellis dated March 29, 2019 and the affidavit of service of Emilia Moon-de Kemp dated April 3, 2019.

1. **THIS COURT ORDERS** that the time for service and filing of this motion is hereby abridged and validated such that the motion is properly returnable today and hereby dispenses with further service thereof.

**APPROVAL OF SECOND AMENDED AND RESTATED INITIAL ORDER**

2. **THIS COURT ORDERS AND DECLARES** that the order of Pattillo J. dated March 22, 2019 (the “**Initial Order**”) as amended and restated on April 5, 2019, is hereby amended and restated in the form attached hereto as Schedule “A”.



---

ENTERED AT / INSCRIT A TORONTO  
ON / BOOK NO:  
LE / DANS LE REGISTRE NO:

APR 26 2019

PER / PAR: *RW*

**Schedule "A"**

See attached.



ONTARIO  
SUPERIOR COURT OF JUSTICE  
COMMERCIAL LIST

THE HONOURABLE ) FRIDAY, THE 22<sup>ND</sup>  
JUSTICE PATTILLO ) DAY OF MARCH, 2019

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  
ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC.

Applicant

**SECOND AMENDED AND RESTATED INITIAL ORDER**

**THIS APPLICATION**, made by Rothmans, Benson & Hedges Inc. (the "**Applicant**"), pursuant to the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, as amended (the "**CCAA**") was heard this day at 330 University Avenue, Toronto, Ontario.

**ON READING** (i) the affidavit of Peter Luongo sworn March 22, 2019 and the exhibits thereto (the "**Luongo Affidavit**") and (ii) the pre-filing report dated March 22, 2019 of Ernst & Young Inc. ("**EYI**") in its capacity as the proposed Monitor of the Applicant, and on hearing the submissions of counsel for the Applicant and EYI, and on reading the consent of EYI to act as the Monitor,

## **SERVICE**

1. **THIS COURT ORDERS** that the time for service and filing of the Notice of Application and the Application Record is hereby abridged and validated so that this Application is properly returnable today and hereby dispenses with further service thereof.

## **APPLICATION**

2. **THIS COURT ORDERS AND DECLARES** that the Applicant is a company to which the CCAA applies.

## **PLAN OF ARRANGEMENT**

3. **THIS COURT ORDERS** that the Applicant shall have the authority to file and may, subject to further order of this Court, file with this Court a plan of compromise or arrangement (hereinafter referred to as the "**Plan**").

## **DEFINITIONS**

4. **THIS COURT ORDERS** that for purposes of this Order:

- (a) "**Deposit Posting Order**" means the order of the Court of Appeal of Quebec granted October 27, 2015 and any other Order requiring the posting of security or the payment of a deposit in respect of the Quebec Class Actions;
- (b) "**Pending Litigation**" means any and all actions, applications and other lawsuits existing at the time of this Order in which the Applicant is a named defendant or respondent (either individually or with other Persons (as defined below)) relating in any way whatsoever to a Tobacco Claim, including, without limitation, the Quebec Class Actions, the Class Actions, the Health Care Actions, the Tobacco Growers' Action and the Individual Actions (as each of those terms is defined in the Luongo Affidavit);

- (c) **“PMI Group”** means Philip Morris International Inc. and all entities related to or affiliated with it, other than the Applicant;
- (d) **“Quebec Class Actions”** means the proceedings in the Quebec Superior Court and the Court of Appeal of Quebec in (i) *Cécilia Létourneau et al. v. JTI-Macdonald Corp., Imperial Tobacco Canada Limited and Rothmans, Benson & Hedges Inc.* and (ii) *Conseil Québécois sur le Tabac et la Santé and Jean-Yves Blais v. JTI-Macdonald Corp., Imperial Tobacco Canada Limited and Rothmans, Benson & Hedges Inc.* and all decisions and orders in such proceedings, including, without limitation, the Deposit Posting Order;
- (e) **“Sales & Excise Taxes”** means all goods and services, harmonized sales or other applicable federal, provincial or territorial sales taxes, and all federal excise taxes and customs and import duties and all federal, provincial and territorial tobacco taxes;
- (f) **“Tobacco Claim”** means any right or claim (including, without limitation, a claim for contribution or indemnity) of any Person against or in respect of the Applicant or any member of the PMI Group that has been advanced (including, without limitation, in the Pending Litigation), that could have been advanced or that could be advanced, and whether such right or claim is on such Person’s own account, on behalf of another Person, as a dependent of another Person or on behalf of a certified or proposed class or made or advanced as a government body or agency, insurer, employer or otherwise, under or in connection with:
  - (i) applicable law, to recover damages in respect of the development, manufacture, production, marketing, advertising, distribution, purchase or sale of Tobacco Products, the use of or exposure to Tobacco Products or any representation in respect of Tobacco Products, in Canada or, in the case of the Applicant, anywhere else in the world; or
  - (ii) the HCCR Legislation (as defined in the Luongo Affidavit),

excluding any right or claim of a supplier relating to goods or services supplied to, or the use of leased or licensed property by, the Applicant or any member of the PMI Group; and

- (g) **“Tobacco Products”** means tobacco or any product made or derived from tobacco or containing nicotine that is intended for human consumption, including any component, part, or accessory of or used in connection with a tobacco product, including cigarettes, cigarette tobacco, roll your own tobacco, smokeless tobacco, electronic cigarettes, vaping liquids and devices, heat-not-burn tobacco, and any other tobacco or nicotine delivery systems and shall include materials, products and by-products derived from or resulting from the use of any tobacco products.

#### **POSSESSION OF PROPERTY AND OPERATIONS**

5. **THIS COURT ORDERS** that the Applicant shall remain in possession and control of its current and future assets, undertakings and properties of every nature and kind whatsoever, and wherever situate including all proceeds thereof (the **“Property”**). Subject to further Order of this Court, the Applicant shall continue to carry on business in a manner consistent with the preservation of its business (the **“Business”**) and Property. The Applicant is authorized and empowered to continue to retain and employ the employees, independent contractors, consultants, agents, experts, accountants, counsel and such other persons (collectively **“Assistants”**) currently retained or employed by it, with liberty to retain such further Assistants as it deems reasonably necessary or desirable in the ordinary course of business, to preserve the value of the Property or the Business, or for the carrying out of the terms of this Order.

6. **THIS COURT ORDERS** that the Applicant shall be entitled to continue to utilize the bank accounts currently used by it as described in the Luongo Affidavit and to use or replace them with other accounts from time to time for similar purposes (the **“Bank Accounts”**) and that any present or future bank providing the Bank Accounts and related services (**“Banking Services”**) shall not be under any obligation whatsoever to inquire into the propriety, validity or legality of any transfer, payment, collection or other action taken to, from or with the Bank Accounts, or as to the use or application by the Applicant of funds transferred, paid, collected or

otherwise dealt with in or to the Bank Accounts, shall be entitled to provide Banking Services without any liability in respect thereof to any Person other than the Applicant, pursuant to the terms of the documentation applicable to the Bank Accounts and Banking Services, and shall be, in its capacity as provider of the Bank Accounts and Banking Services, an unaffected creditor under the Plan with regard to any claims or expenses it may suffer or incur in connection with the provision of the Bank Accounts and Banking Services.

7. **THIS COURT ORDERS** that the Applicant shall be entitled but not required to pay the following expenses whether incurred prior to, on or after the date of this Order:

- (a) all outstanding and future wages, salaries, commissions, compensation, vacation pay, bonuses, incentive plan payments, employee and retiree pension and other benefits and related contributions and payments (including, without limitation, expenses related to employee and retiree medical, dental, disability, life insurance and similar benefit plans or arrangements, employee assistance programs and contributions to or any payments in respect of the Registered Pension Plans, the Non-Registered Pension Plans and the RRSP (each as defined in the Luongo Affidavit)), reimbursement expenses (including, without limitation, amounts charged to corporate credit cards), termination pay, salary continuance and severance pay, all of which is payable to or in respect of employees, independent contractors and other personnel, in each case incurred in the ordinary course of business and consistent with existing compensation policies and arrangements or with Monitor approval;
- (b) the fees and disbursements of any Assistants retained or employed by the Applicant at their standard rates and charges;
- (c) any payment under or in respect of any Trade Program (as defined in the Luongo Affidavit) operated by the Applicant; and
- (d) any expense that was incurred during or that pertains to the period prior to the date of this Order if, in the opinion of the Applicant and with the consent of the Monitor, the applicable payee or the payment of such expense is necessary or desirable for the

preservation of the Business or the Property or the ongoing operations of the Applicant.

8. **THIS COURT ORDERS** that, except as otherwise provided to the contrary herein, the Applicant shall be entitled but not required to pay all reasonable expenses incurred by the Applicant in carrying on the Business in the ordinary course after this Order, and in carrying out the provisions of this Order, which expenses shall include, without limitation:

- (a) all expenses and capital expenditures reasonably necessary for the preservation of the Property or the Business including, without limitation, payments on account of insurance (including directors and officers insurance), maintenance and security services;
- (b) capital expenditures other than as permitted in clause (a) above to replace or supplement the Property or that are otherwise of benefit to the Business, provided that Monitor approval is obtained for any single such expenditure in excess of \$1,000,000 or an aggregate of such expenditures in a calendar year in excess of \$10,000,000; and
- (c) payment for goods or services supplied or to be supplied to the Applicant on or after the date of this Order (including the payment of any royalties or shared services).

9. **THIS COURT ORDERS** that the Applicant is authorized to complete outstanding transactions and engage in new transactions with the members of the PMI Group and to continue, on and after the date hereof, to buy and sell goods and services and to allocate, collect and pay costs, expenses and other amounts from and to the members of the PMI Group, including without limitation in relation to finished, unfinished and semi-finished materials, personnel, administrative, technical and professional services, and royalties and fees in respect of trademark licences (collectively, all transactions and all inter-company policies and procedures between the Applicant and any member of the PMI Group, the “**Intercompany Transactions**”) in the ordinary course of business or as otherwise approved by the Monitor. All Intercompany Transactions in the ordinary course of business between the Applicant and any member of the PMI Group, including the provision of goods and services from any member of the PMI Group

to the Applicant, shall continue on terms consistent with existing arrangements or past practice or as otherwise approved by the Monitor.

10. **THIS COURT ORDERS** that the Applicant shall remit, in accordance with legal requirements, or pay (whether levied, accrued or collected before, on or after the date of this Order):

- (a) any statutory deemed trust amounts in favour of the Crown in right of Canada or of any Province thereof or any other taxation authority which are required to be deducted from employees' wages, including, without limitation, amounts in respect of (i) employment insurance, (ii) Canada Pension Plan, (iii) Quebec Pension Plan, and (iv) income taxes;
- (b) all Sales & Excise Taxes required to be remitted by the Applicant in connection with the Business; and
- (c) any amount payable to the Crown in right of Canada or of any Province thereof or any political subdivision thereof or any other taxation authority in respect of municipal realty, municipal business or other taxes, assessments or levies of any nature or kind which are entitled at law to be paid in priority to claims of secured creditors and which are attributable to or in respect of the carrying on of the Business by the Applicant.

11. **THIS COURT ORDERS** that the Applicant is authorized to post and to continue to have posted cash collateral, letters of credit, performance bonds, payment bonds, guarantees and other forms of security from time to time, in an aggregate amount not exceeding \$31,100,000 (the "**Bonding Collateral**"), to satisfy regulatory or administrative requirements to provide security that have been imposed on it in the ordinary course and consistent with past practice in relation to the collection and remittance of federal excise taxes and customs and import duties and federal, provincial and territorial tobacco taxes, whether the Bonding Collateral is provided directly or indirectly by the Applicant as such security and the Applicant is authorized to post

and to continue to have posted cash collateral with Citibank Canada and any other issuers of Bonding Collateral as security therefor.

12. **THIS COURT ORDERS** that the Canadian federal, provincial and territorial authorities entitled to receive payments or collect monies from the Applicant in respect of Sales & Excise Taxes are hereby stayed during the Stay Period from requiring that any additional bonding or other security be posted by or on behalf of the Applicant in connection with Sales & Excise Taxes or any other matters for which such bonding or security may otherwise be required.

13. **THIS COURT ORDERS** that until a real property lease is disclaimed or resiliated in accordance with the CCAA, the Applicant shall pay all amounts constituting rent or payable as rent under real property leases (including, for greater certainty, common area maintenance charges, utilities and realty taxes and any other amounts payable to the landlord under the lease) or as otherwise may be negotiated between the Applicant and the landlord from time to time ("**Rent**"), for the period commencing from and including the date of this Order, at such intervals as such Rent is usually paid in the ordinary course of business. On the date of the first of such payments, any Rent relating to the period commencing from and including the date of this Order shall also be paid.

14. **THIS COURT ORDERS** that, except as specifically permitted herein, the Applicant is hereby directed, until further Order of this Court: (a) to make no payments of principal, interest thereon or otherwise on account of amounts owing by the Applicant or claims to which it is subject to any of its creditors as of this date and to post no security in respect of any such amounts or claims, including pursuant to any order or judgment; (b) to grant no security interests, trust, liens, charges or encumbrances upon or in respect of any of its Property; and (c) to not grant credit or incur liabilities except in the ordinary course of the Business.

## **RESTRUCTURING**

15. **THIS COURT ORDERS** that the Applicant shall, subject to such requirements as are imposed by the CCAA, have the right to:



- (a) permanently or temporarily cease, downsize or shut down any of its business or operations, and to dispose of redundant or non-material assets not exceeding \$5,000,000 in any one transaction or \$10,000,000 in any calendar year in the aggregate;
- (b) terminate the employment of such of its employees or temporarily lay off such of its employees as it deems appropriate;
- (c) pursue all avenues of refinancing of the Business or Property, in whole or part, subject to prior approval of this Court being obtained before any material refinancing; and
- (d) pursue all avenues to resolve any of the Tobacco Claims, in whole or in part,

all of the foregoing to permit the Applicant to proceed with an orderly restructuring of the Business (the “**Restructuring**”).

16. **THIS COURT ORDERS** that the Applicant shall provide each of the relevant landlords with notice of the Applicant’s intention to remove any fixtures from any leased premises at least seven (7) days prior to the date of the intended removal. The relevant landlord shall be entitled to have a representative present in the leased premises to observe such removal and, if the landlord disputes the Applicant’s entitlement to remove any such fixture under the provisions of the lease, such fixture shall remain on the premises and shall be dealt with as agreed between any applicable secured creditors, such landlord and the Applicant, or by further Order of this Court upon application by the Applicant on at least two (2) days’ notice to such landlord and any such secured creditors. If the Applicant disclaims or resiliates the lease governing such leased premises in accordance with Section 32 of the CCAA, it shall not be required to pay Rent under such lease pending resolution of any such dispute (other than Rent payable for the notice period provided for in Section 32(5) of the CCAA), and the disclaimer or resiliation of the lease shall be without prejudice to the Applicant’s claim to the fixtures in dispute.

17. **THIS COURT ORDERS** that if a notice of disclaimer or resiliation is delivered pursuant to Section 32 of the CCAA, then (a) during the notice period prior to the effective time of the disclaimer or resiliation, the landlord may show the affected leased premises to prospective tenants during normal business hours, on giving the Applicant and the Monitor 24 hours' prior written notice, and (b) at the effective time of the disclaimer or resiliation, the relevant landlord shall be entitled to take possession of any such leased premises without waiver of or prejudice to any claims or rights such landlord may have against the Applicant in respect of such lease or leased premises, provided that nothing herein shall relieve such landlord of its obligation to mitigate any damages claimed in connection therewith.

#### **STAY OF PROCEEDINGS**

18. **THIS COURT ORDERS** that until and including June 28, 2019, or such later date as this Court may order (the "**Stay Period**"), no proceeding or enforcement process in any court or tribunal (each, a "**Proceeding**"), including but not limited to an application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada in the Quebec Class Actions (a "**QCA Leave Application**"), the Pending Litigation and any other Proceeding in relation to a Tobacco Claim, shall be commenced, continued or take place by, against or in respect of the Applicant, the Monitor or the Court-Appointed Mediator (defined below), or affecting the Business or the Property or the funds deposited pursuant to the Deposit Posting Order, except with leave of this Court, and any and all Proceedings currently under way or directed to take place by, against or in respect of the Applicant or affecting the Business or the Property or the funds deposited pursuant to the Deposit Posting Order are hereby stayed and suspended pending further Order of this Court. All counterclaims, cross-claims and third party claims of the Applicant in the Pending Litigation are likewise subject to this stay of Proceedings during the Stay Period. *by the Applicant*

19. **THIS COURT ORDERS** that during the Stay Period, (i) none of the Pending Litigation or any Proceeding in relation thereto shall be commenced, continued or take place against or in respect of any Person named as a defendant or respondent (other than Imperial Tobacco Canada Limited, Imperial Tobacco Company Limited or JTI-Macdonald Corp.) in any of the Pending Litigation (such Persons, the "**Other Defendants**"); and (ii) no Proceeding in Canada that relates

in any way to a Tobacco Claim or to the Applicant, the Business or the Property shall be commenced, continued or take place against or in respect of any member of the PMI Group; except with leave of this Court, and any and all such Proceedings currently underway or directed to take place against or in respect of any of the Other Defendants or any member of the PMI Group, or affecting the Business or the Property or the funds deposited pursuant to the Deposit Posting Order are hereby stayed and suspended pending further Order of this Court.

20. **THIS COURT ORDERS** that, to the extent any prescription, time or limitation period relating to any Proceeding by, against or in respect of the Applicant, any of the Other Defendants or any member of the PMI Group that is stayed pursuant to this Order may expire, including but not limited to any prescription of time whereby the Applicant would be required to commence the QCA Leave Application, the term of such prescription, time or limitation period shall hereby be deemed to be extended by a period equal to the Stay Period.

#### **NO EXERCISE OF RIGHTS OR REMEDIES**

21. **THIS COURT ORDERS** that during the Stay Period, all rights and remedies of any individual, firm, corporation, governmental body or agency, or any other entities (all of the foregoing, collectively being “**Persons**” and each being a “**Person**”), against or in respect of the Applicant or the Monitor, or affecting the Business or the Property or to obtain the funds deposited pursuant to the Deposit Posting Order (including, for greater certainty, any enforcement process or steps or other rights and remedies under or relating to the Quebec Class Actions against the Applicant or the Property), are hereby stayed and suspended except with the written consent of the Applicant and the Monitor, or leave of this Court, provided that nothing in this Order shall (i) empower the Applicant to carry on any business which the Applicant is not lawfully entitled to carry on, (ii) affect such investigations, actions, suits or proceedings by a regulatory body as are permitted by Section 11.1 of the CCAA, (iii) prevent the filing of any registration to preserve or perfect a security interest, or (iv) prevent the registration of a claim for lien.

### **NO INTERFERENCE WITH RIGHTS**

22. **THIS COURT ORDERS** that during the Stay Period, no Person shall discontinue, fail to honour, alter, interfere with, repudiate, terminate or cease to perform any right, renewal right, contract, agreement, licence or permit in favour of or held by the Applicant, except with the written consent of the Applicant and the Monitor, or leave of this Court.

### **CONTINUATION OF SERVICES**

23. **THIS COURT ORDERS** that during the Stay Period, all Persons having oral or written agreements with the Applicant or statutory or regulatory mandates for the supply of goods and/or services including, without limitation, all computer software, communication and other data services, centralized banking services, payroll services, insurance, transportation services, utility, customs clearing, warehouse or logistical services, or other services to the Business or the Applicant, are hereby restrained until further Order of this Court from discontinuing, altering, interfering with or terminating the supply of such goods or services as may be required by the Applicant, and that the Applicant shall be entitled to the continued use of its current premises, telephone numbers, facsimile numbers, internet addresses and domain names, provided in each case that the normal prices or charges for all such goods or services received after the date of this Order are paid by the Applicant in accordance with normal payment practices of the Applicant or such other practices as may be agreed upon by the supplier or service provider and each of the Applicant and the Monitor, or as may be ordered by this Court.

### **NON-DEROGATION OF RIGHTS**

24. **THIS COURT ORDERS** that, notwithstanding anything else in this Order, no Person shall be prohibited from requiring immediate payment for goods, services, use of leased or licensed property or other valuable consideration provided on or after the date of this Order, nor shall any Person be under any obligation on or after the date of this Order to advance or re-advance any monies or otherwise extend any credit to the Applicant. Nothing in this Order shall derogate from the rights conferred and obligations imposed by the CCAA.

### **SALES AND EXCISE TAX CHARGE**

25. **THIS COURT ORDERS** that the Canadian federal, provincial and territorial authorities that are entitled to receive payments or collect monies from the Applicant in respect of Sales & Excise Taxes shall be entitled to the benefit of and are hereby granted a charge (the “**Sales and Excise Tax Charge**”) on the Property, which charge shall not exceed an aggregate amount of \$270,000,000, as security for all amounts owing by the Applicant in respect of Sales & Excise Taxes, after taking into consideration any Bonding Collateral posted in respect thereof. The Sales and Excise Tax Charge shall have the priority set out in paragraphs 45 and 47 herein.

### **PROCEEDINGS AGAINST DIRECTORS AND OFFICERS**

26. **THIS COURT ORDERS** that during the Stay Period, and except as permitted by subsection 11.03(2) of the CCAA, no Proceeding may be commenced or continued against any of the former, current or future directors or officers of the Applicant with respect to any claim against the directors or officers that arose before the date hereof and that relates to any obligations of the Applicant whereby the directors or officers are alleged under any law to be liable in their capacity as directors or officers for the payment or performance of such obligations.

### **DIRECTORS' AND OFFICERS' INDEMNIFICATION AND CHARGE**

27. **THIS COURT ORDERS** that the Applicant shall indemnify its directors and officers against obligations and liabilities that they may incur as directors or officers of the Applicant after the commencement of the within proceedings, except to the extent that, with respect to any officer or director, the obligation or liability was incurred as a result of the director's or officer's gross negligence or wilful misconduct.

28. **THIS COURT ORDERS** that the directors and officers of the Applicant shall be entitled to the benefit of and are hereby granted a charge (the “**Directors' Charge**”) on the Property, which charge shall not exceed an aggregate amount of \$7,000,000, as security for the indemnity

provided in paragraph 27 of this Order. The Directors' Charge shall have the priority set out in paragraphs 45 and 47 herein.

29. **THIS COURT ORDERS** that, notwithstanding any language in any applicable insurance policy to the contrary, (a) no insurer shall be entitled to be subrogated to or claim the benefit of the Directors' Charge, and (b) the Applicant's directors and officers shall only be entitled to the benefit of the Directors' Charge to the extent that they do not have coverage under any directors' and officers' insurance policy, or to the extent that such coverage is insufficient to pay amounts indemnified in accordance with paragraph 27 of this Order.

#### **APPOINTMENT OF MONITOR**

30. **THIS COURT ORDERS** that EYI is hereby appointed pursuant to the CCAA as the Monitor, an officer of this Court, to monitor the business and financial affairs of the Applicant with the powers and obligations set out in the CCAA or set forth herein and that the Applicant and its shareholders, officers, directors, and Assistants shall advise the Monitor of all material steps taken by the Applicant pursuant to this Order, and shall co-operate fully with the Monitor in the exercise of its powers and discharge of its obligations and provide the Monitor with the assistance that is necessary to enable the Monitor to adequately carry out the Monitor's functions.

31. **THIS COURT ORDERS** that the Monitor, in addition to its prescribed rights and obligations under the CCAA, is hereby directed and empowered to:

- (a) monitor the Applicant's receipts and disbursements;
- (b) report to this Court at such times and intervals as the Monitor may deem appropriate with respect to matters relating to the Property, the Business, and such other matters as may be relevant to the proceedings herein;
- (c) advise the Applicant in its preparation of the Applicant's cash flow statements, which information shall be reviewed with the Monitor;

- (d) advise the Applicant in its development of the Plan and any amendments to the Plan;
- (e) assist the Applicant, to the extent required by the Applicant, with the holding and administering of creditors' or shareholders' meetings for voting on the Plan;
- (f) have full and complete access to the Property, including the premises, books, records, data, including data in electronic form, and other financial documents of the Applicant, to the extent that is necessary to adequately assess the Applicant's business and financial affairs or to perform its duties arising under this Order;
- (g) be at liberty to engage independent legal counsel or such other persons as the Monitor deems necessary or advisable respecting the exercise of its powers and performance of its obligations under this Order;
- (h) assist the Applicant, to the extent required by the Applicant, in its efforts to explore the potential for a resolution of any of the Tobacco Claims;
- (i) consult with the Court-Appointed Mediator in connection with the Court-Appointed Mediator's mandate, including in relation to any negotiations to settle any Tobacco Claims and the development of the Plan; and
- (j) perform such other duties as are required by this Order or by this Court from time to time.

32. **THIS COURT ORDERS** that the Monitor shall not take possession of the Property and shall take no part whatsoever in the management or supervision of the management of the Business and shall not, by fulfilling its obligations hereunder, be deemed to have taken or maintained possession or control of the Business or Property, or any part thereof.

33. **THIS COURT ORDERS** that nothing herein contained shall require the Monitor to occupy or to take control, care, charge, possession or management (separately and/or collectively, "**Possession**") of any of the Property that might be environmentally contaminated, might be a pollutant or a contaminant, or might cause or contribute to a spill, discharge, release

or deposit of a substance contrary to any federal, provincial or other law respecting the protection, conservation, enhancement, remediation or rehabilitation of the environment or relating to the disposal of waste or other contamination including, without limitation, the *Canadian Environmental Protection Act*, the *Ontario Environmental Protection Act*, the *Ontario Water Resources Act*, the *Ontario Occupational Health and Safety Act*, the *Quebec Environment Quality Act*, the *Quebec Act Respecting Occupational Health and Safety* and regulations thereunder (the “**Environmental Legislation**”), provided however that nothing herein shall exempt the Monitor from any duty to report or make disclosure imposed by applicable Environmental Legislation. The Monitor shall not, as a result of this Order or anything done in pursuance of the Monitor’s duties and powers under this Order, be deemed to be in Possession of any of the Property within the meaning of any Environmental Legislation, unless it is actually in possession.

34. **THIS COURT ORDERS** that the Monitor shall provide any creditor of the Applicant and the Court-Appointed Mediator with information provided by the Applicant in response to reasonable requests for information made in writing by such creditor addressed to the Monitor. The Monitor shall not have any responsibility or liability with respect to the information disseminated by it pursuant to this paragraph. In the case of information that the Monitor has been advised by the Applicant is confidential, the Monitor shall not provide such information to creditors unless otherwise directed by this Court or on such terms as the Monitor and the Applicant may agree.

35. **THIS COURT ORDERS** that, in addition to the rights and protections afforded the Monitor under the CCAA or as an officer of this 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, save and except for any gross negligence or wilful misconduct on its part. Nothing in this Order shall derogate from the protections afforded the Monitor by the CCAA or any applicable legislation.

36. **THIS COURT ORDERS** that the Monitor, counsel to the Monitor and counsel to the Applicant shall be paid their reasonable fees and disbursements, in each case at their standard rates and charges, by the Applicant as part of the costs of these proceedings. The Applicant is



hereby authorized and directed to pay the accounts of the Monitor, counsel for the Monitor and counsel for the Applicant on a bi-weekly basis and, in addition, the Applicant is hereby authorized to pay the Monitor and counsel to the Monitor, retainers in the amount of \$250,000 and \$50,000 respectively to be held by them as security for payment of their respective fees and disbursements outstanding from time to time.

37. **THIS COURT ORDERS** that the Monitor and its legal counsel shall pass their accounts from time to time, and for this purpose the accounts of the Monitor and its legal counsel are hereby referred to a judge of the Commercial List of the Ontario Superior Court of Justice.

38. **THIS COURT ORDERS** that the Monitor, counsel to the Monitor and counsel to the Applicant shall be entitled to the benefit of and are hereby granted a charge (the “**Administration Charge**”) on the Property, which charge shall not exceed an aggregate amount of \$3,000,000, as security for their professional fees and disbursements incurred at the standard rates and charges of the Monitor and such counsel, both before and after the making of this Order in respect of these proceedings. The Administration Charge shall have the priority set out in paragraphs 45 and 47 hereof.

#### **COURT-APPOINTED MEDIATOR**

39. **THIS COURT ORDERS** that the Hon. Warren K. Winkler, Q.C. is hereby appointed, as an officer of the Court and shall act as a neutral third party (the “**Court-Appointed Mediator**”) to mediate a global settlement of the Tobacco Claims.

40. **THIS COURT ORDERS** that in carrying out his mandate, the Court-Appointed Mediator may, among other things:

- (a) Adopt processes which, in his discretion, he considers appropriate to facilitate negotiation of a global settlement;
- (b) Retain independent legal counsel and such other advisors and persons as the Court-Appointed Mediator considers necessary or desirable to assist him in carrying out his mandate;

- (c) Consult with all Persons with Tobacco Claims (“**Tobacco Claimants**”), the Monitor, the Applicant, the Co-Defendants (as defined in the Luongo Affidavit), other creditors and stakeholders of the Applicant and/or the Co-Defendants and any other persons the Court-Appointed Mediator considers appropriate;
- (d) Accept a court appointment of similar nature in any proceedings under the CCAA commenced by a company that is a co-defendant or respondent with the Applicant or the Co-Defendants in any action brought by one or more Tobacco Claimants, including the Pending Litigation; and,
- (e) Apply to this Court for advice and directions as, in his discretion, the Court-Appointed Mediator deems necessary.

41. **THIS COURT ORDERS** that, subject to an agreement between the Applicant and the Court-Appointed Mediator, all reasonable fees and disbursements of the Court-Appointed Mediator and his legal counsel and financial and other advisors as may have been incurred by them prior to the date of this Order or which shall be incurred by them in relation to carrying out his mandate shall be paid by the Applicant and the Co-Defendants on a monthly basis, forthwith upon the rendering of accounts to the Applicant and the Co-Defendants.

42. **THIS COURT ORDERS** that the Court-Appointed Mediator shall be entitled to the benefit of and is hereby granted a charge (the “**Court-Appointed Mediator Charge**”) on the Property, which charge shall not exceed an aggregate amount of \$1 million, as security for his fees and disbursements and for the fees and disbursements of his legal counsel and financial and other advisors, in each case incurred at their standard rates and charges, both before and after the making of this Order in respect of these proceedings. The Court-Appointed Mediator Charge shall have the priority set out in paragraphs 45 and 47 hereof.

43. **THIS COURT ORDERS** that the Court-Appointed Mediator is authorized to take all steps and to do all acts necessary or desirable to carry out the terms of this Order, including dealing with any Court, regulatory body or other government ministry, department or agency, and to take all such steps as are necessary or incidental thereto.

44. **THIS COURT ORDERS** that, in addition to the rights and protections afforded as an officer of this Court, the Court-Appointed Mediator shall incur no liability or obligation as a result of his appointment or the carrying out of the provisions of this Order, save and except for any gross negligence or wilful misconduct on his part. Nothing in this Order shall derogate from the protections afforded a person pursuant to Section 142 of the *Courts of Justice Act* (Ontario).

#### **VALIDITY AND PRIORITY OF CHARGES CREATED BY THIS ORDER**

45. **THIS COURT ORDERS** that the priorities of the Administration Charge, the Court-Appointed Mediator Charge, the Directors' Charge and the Sales and Excise Tax Charge (collectively, the "**Charges**"), as among them, shall be as follows:

First – Administration Charge (to the maximum amount of \$3,000,000) and the Court-Appointed Mediator Charge (to the maximum amount of \$1,000,000), *pari passu*;

Second – Directors' Charge (to the maximum amount of \$7,000,000); and

Third – Sales and Excise Tax Charge (to the maximum amount of \$270,000,000).

46. **THIS COURT ORDERS** that the filing, registration or perfection of the Charges shall not be required, and that the Charges shall be valid and enforceable for all purposes, including as against any right, title or interest filed, registered, recorded or perfected subsequent to the Charges coming into existence, notwithstanding any such failure to file, register, record or perfect.

47. **THIS COURT ORDERS** that each of the Charges shall constitute a charge on the Property and such Charges shall rank in priority to all other security interests, trusts, liens, charges, encumbrances and claims of secured creditors, statutory or otherwise (collectively, the "**Encumbrances**") in favour of any Person in respect of such Property, save and except for:

- (a) purchase-money security interests or the equivalent security interests under various provincial legislation and financing leases (that, for greater certainty, shall not include trade payables);

- (b) statutory super-priority deemed trusts and liens for unpaid employee source deductions;
- (c) deemed trusts and liens for any unpaid pension contribution or deficit with respect to the Registered Pension Plans, but only to the extent that any such deemed trusts and liens are statutory super-priority deemed trusts and liens afforded priority by statute over all pre-existing Encumbrances granted or created by contract;
- (d) liens for unpaid municipal property taxes or utilities that are given first priority over other liens by statute; and
- (e) cash collateral deposited with a financial institution as security for letters of credit or bank guarantees issued by the financial institution at the request of the Applicant.

48. **THIS COURT ORDERS** that except as otherwise expressly provided for herein, or as may be approved by this Court, the Applicant shall not grant any Encumbrances over any Property that rank in priority to, or *pari passu* with, any of the Charges, unless the Applicant also obtains the prior written consent of the Monitor and the beneficiaries of the Charges affected thereby (collectively, the “**Chargees**”), or further Order of this Court.

49. **THIS COURT ORDERS** that the Charges shall not be rendered invalid or unenforceable and the rights and remedies of the Chargees shall not otherwise be limited or impaired in any way by (a) the pendency of these proceedings and the declarations of insolvency made herein; (b) any application(s) for bankruptcy order(s) issued pursuant to the *Bankruptcy and Insolvency Act* of Canada (the “**BIA**”), or any bankruptcy order made pursuant to such applications; (c) the filing of any assignments for the general benefit of creditors made pursuant to the BIA; (d) the provisions of any federal or provincial statutes; or (e) any negative covenants, prohibitions or other similar provisions with respect to borrowings, incurring debt or the creation of Encumbrances, contained in any existing loan documents, lease, sublease, offer to lease or other agreement (collectively, an “**Agreement**”) which binds the Applicant, and notwithstanding any provision to the contrary in any Agreement:

- (a) the creation of the Charges shall not create or be deemed to constitute a breach by the Applicant of any Agreement to which it is a party;
- (b) none of the Chargees shall have any liability to any Person whatsoever as a result of any breach of any Agreement caused by or resulting from the creation of the Charges; and
- (c) the payments made by the Applicant pursuant to this Order and the granting of the Charges do not and will not constitute preferences, fraudulent conveyances, transfers at undervalue, oppressive conduct, or other challengeable or voidable transactions under any applicable law.

50. **THIS COURT ORDERS** that any Charge created by this Order over leases of real property in Canada shall only be a Charge in the Applicant's interest in such real property leases.

#### **SERVICE AND NOTICE**

51. **THIS COURT ORDERS** that the Monitor shall (i) without delay, publish in The Globe and Mail (National Edition) and La Presse a notice containing the information prescribed under the CCAA as well as the date of the Comeback Motion (as defined below), (ii) within five days after the date of this Order or as soon as reasonably practicable thereafter, (A) make this Order publicly available in the manner prescribed under the CCAA, (B) send, in the prescribed manner, a notice (which shall include the date of the Comeback Motion) to every known creditor who has a claim (contingent, disputed or otherwise) against the Applicant of more than \$1,000, except with respect to (I) plaintiffs in the Pending Litigation, in which cases the Monitor shall only send a notice to counsel of record, as applicable, (II) beneficiaries of the Registered Pension Plans (as that term is defined in the Luongo Affidavit), in which case the Monitor shall only send a notice to the trustees of each of the Registered Pension Plans and the Financial Services Commission of Ontario and the Régie Des Rentes Du Québec, as applicable, and (III) current and former employees of the Applicant; and (C) prepare a list showing the names and addresses of those creditors and the estimated amounts of those claims, and make it publicly available in the prescribed manner, all in accordance with Section 23(1)(a) of the CCAA and the regulations

made thereunder. The list referenced at subparagraph (C) above shall not include the names, addresses, or estimated amounts of the claims of those creditors who are individuals or any personal information in respect of an individual.

52. **THIS COURT ORDERS** that the E-Service Guide of the Commercial List (the “**Guide**”) is approved and adopted by reference herein and, in this proceeding, the service of documents made in accordance with the Guide (which can be found on the Commercial List website at <http://www.ontariocourts.ca/scj/practice/practice-directions/toronto/eservice-commercial/>) shall be valid and effective service. Subject to Rule 17.05, this Order shall constitute an order for substituted service pursuant to Rule 16.04 of the Rules of Civil Procedure. Subject to Rule 3.01(d) of the Rules of Civil Procedure and paragraph 13 of the Guide, service of documents in accordance with the Guide will be effective on transmission. This Court further orders that a Case Website shall be established by the Monitor in accordance with the Guide with the following URL: [www.ey.com/ca/rbh](http://www.ey.com/ca/rbh) (the “**Case Website**”).

53. **THIS COURT ORDERS** that if the service or distribution of documents in accordance with the Guide is not practicable, the Applicant and the Monitor are at liberty to serve or distribute this Order, any other materials and orders in these proceedings and any notices or other correspondence, by forwarding true copies thereof by prepaid ordinary mail, courier, personal delivery, facsimile or other electronic transmission to the Applicant’s creditors or other interested parties at their respective addresses as last shown on the records of the Applicant and that any such service or notice by courier, personal delivery, facsimile or other electronic transmission shall be deemed to be received on the date of forwarding thereof, or if sent by ordinary mail, on the third business day after mailing.

54. **THIS COURT ORDERS** that the Applicant is authorized to rely upon the notice provided in paragraph 51 to provide notice of the comeback motion to be heard on a date to be set by this Court upon the granting of this Order (the “**Comeback Motion**”) and shall only be required to serve motion materials relating to the Comeback Motion, in accordance with the Guide, upon those parties who serve a Notice of Appearance in this proceeding prior to the date of the Comeback Motion.

55. **THIS COURT ORDERS** that the Monitor shall create, maintain and update as necessary a list of all Persons appearing in person or by counsel in this proceeding (the “**Service List**”). The Monitor shall post the Service List, as may be updated from time to time, on the Case Website as part of the public materials to be recorded thereon in relation to this proceeding. Notwithstanding the foregoing, the Monitor shall have no liability in respect of the accuracy of or the timeliness of making any changes to the Service List.

56. **THIS COURT ORDERS** that the Applicant and the Monitor and their counsel are at liberty to serve or distribute this Order, any other materials and orders as may be reasonably required in these proceedings, including any notices, or other correspondence, by forwarding true copies thereof by electronic message to the Applicant’s creditors or other interested parties and their advisors. For greater certainty, any such distribution or service shall be deemed to be in satisfaction of a legal or juridical obligation, and notice requirements within the meaning of clause 3(c) of the Electronic Commerce Protection Regulations, Reg. 8100 2-175 (SOR/DORS).

57. **THIS COURT ORDERS** that, subject to paragraph 58, all motions in this proceeding are to be brought on not less than seven (7) calendar days' notice to all persons on the Service List. Each Notice of Motion shall specify a date (the “**Return Date**”) and time for the hearing.

58. **THIS COURT ORDERS** that motions for relief on an urgent basis need not comply with the notice protocol described herein.

59. **THIS COURT ORDERS** that any interested Person wishing to object to the relief sought in a motion must serve responding motion material or, if they do not intend to file material, a notice in all cases stating the objection to the motion and the grounds for such objection in writing (the “**Responding Material**”) to the moving party, the Applicant and the Monitor, with a copy to all Persons on the Service List, no later than 5 p.m. on the date that is four (4) calendar days prior to the Return Date (the “**Objection Deadline**”).

60. **THIS COURT ORDERS** that, if no Responding Materials are served by the Objection Deadline, the judge having carriage of the motion (the “**Presiding Judge**”) may determine:

- (a) whether a hearing is necessary;
- (b) whether such hearing will be in person, by telephone or by written submissions only;  
and
- (c) the parties from whom submissions are required

(collectively, the “**Hearing Details**”). In the absence of any such determination, a hearing will be held in the ordinary course.

61. **THIS COURT ORDERS** that, if no Responding Materials are served by the Objection Deadline, the Monitor shall communicate with the Presiding Judge regarding whether a determination has been made by the Presiding Judge concerning the Hearing Details. The Monitor shall thereafter advise the Service List of the Hearing Details and the Monitor shall report upon its dissemination of the Hearing Details to the Court in a timely manner, which may be contained in the Monitor's next report in the proceeding.

62. **THIS COURT ORDERS** that if any party objects to the motion proceeding on the Return Date or believes that the Objection Deadline does not provide sufficient time to respond to the motion, such objecting party shall, promptly upon receipt of the Notice of Motion and in any event prior to the Objection Deadline, contact the moving party and the Monitor (together with the objecting party and any other party who has served Responding Materials, the “**Interested Parties**”) to advise of such objection and the reasons therefor. If the Interested Parties are unable to resolve the objection to the timing and schedule for the motion following good faith consultations, the Interested Parties may seek a scheduling appointment before the Presiding Judge to be held prior to the Return Date or on such other date as may be mutually agreed by the Interested Parties or as directed by the Presiding Judge to establish a schedule for the motion. At the scheduling appointment, the Presiding Judge may provide directions including a schedule for the delivery of any further materials and the hearing of the contested motion, and may address such other matters, including interim relief, as the Court may see fit. Notwithstanding the foregoing, the Presiding Judge may require the Interested Parties to proceed with the contested motion on the Return Date or on any other date as may be directed by the



Presiding Judge or as may be mutually agreed by the Interested Parties, if otherwise satisfactory to the Presiding Judge.

## **GENERAL**

63. **THIS COURT ORDERS** that the Applicant or the Monitor may from time to time apply to this Court to amend, vary, supplement or replace this Order or for advice and directions concerning the discharge of their respective powers and duties under this Order or the interpretation or application of this Order.

64. **THIS COURT ORDERS** that nothing in this Order shall prevent the Monitor from acting as an interim receiver, a receiver, a receiver and manager, or a trustee in bankruptcy of the Applicant, the Business or the Property.

65. **THIS COURT HEREBY REQUESTS** the aid and recognition of any court, tribunal, regulatory or administrative body having jurisdiction in Canada or outside of Canada, to give effect to this Order and to assist the Applicant, the Monitor and their respective agents in carrying out the terms of this Order. All courts, tribunals and regulatory and administrative bodies are hereby respectfully requested to make such orders and to provide such assistance to the Applicant and to the Monitor, as an officer of this Court, as may be necessary or desirable to give effect to this Order, to grant representative status to the Monitor in any foreign proceeding, or to assist the Applicant and the Monitor and their respective agents in carrying out the terms of this Order.

66. **THIS COURT ORDERS** that each of the Applicant and the Monitor be at liberty and is hereby authorized and empowered to apply to any court, tribunal, regulatory or administrative body, wherever located, for the recognition of this Order and for assistance in carrying out the terms of this Order, and that the Monitor is authorized and empowered to act as a representative in respect of the within proceedings for the purpose of having these proceedings recognized in a jurisdiction outside Canada.

67. **THIS COURT ORDERS** that any interested party (including the Applicant and the Monitor) may apply to this Court to vary or amend this Order on not less than seven (7) days' notice to any other party or parties likely to be affected by the order sought or upon such other notice, if any, as this Court may order.

68. **THIS COURT ORDERS** that this Order and all of its provisions are effective as of 12:01 a.m. Eastern Standard/Daylight Time on the date of this Order (the "**Effective Time**") and that from the Effective Time to the time of the granting of this Order any action taken or notice given by any creditor of the Applicant or by any other Person to commence or continue any enforcement, realization, execution or other remedy of any kind whatsoever against the Applicant, the Property, the Business or the funds deposited pursuant to the Deposit Posting Order shall be deemed not to have been taken or given, as the case may be.



---

**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 ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC.**

Court File No: CV-19-616779-00CL

**ONTARIO  
SUPERIOR COURT OF JUSTICE-  
(COMMERCIAL LIST)**

Proceeding commenced at Toronto

**AMENDED AND RESTATED  
INITIAL ORDER**

**McCarthy Tétrault LLP**  
Toronto Dominion Bank Tower  
Toronto, ON M5K 1E6  
Fax: (416) 868-0673

**Paul Steep** LSUC#: 21869L  
Tel: (416) 601-7998  
Email: [psteep@mccarthy.ca](mailto:psteep@mccarthy.ca)

**James Gage** LSUC#: 346761  
Tel: (416) 601-7539  
Email: [jgage@mccarthy.ca](mailto:jgage@mccarthy.ca)

**Heather Meredith** LSUC#: 48354R  
Tel: (416) 601-8342  
Email: [hmeredith@mccarthy.ca](mailto:hmeredith@mccarthy.ca)

Lawyers for the Applicant

19007942

**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 ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC.**

Court File No: CV-19-616779-00CL

**ONTARIO  
SUPERIOR COURT OF JUSTICE-  
(COMMERCIAL LIST)**

Proceeding commenced at Toronto

**ORDER**

**McCarthy Tétrault LLP**  
Toronto Dominion Bank Tower  
Toronto, ON M5K 1E6  
Fax: (416) 868-0673

**Paul Steep LSUC#: 21869L**  
Tel: (416) 601-7998  
Email: [psteep@mccarthy.ca](mailto:psteep@mccarthy.ca)

**James Gage LSUC#: 34676I**  
Tel: (416) 601-7539  
Email: [jgage@mccarthy.ca](mailto:jgage@mccarthy.ca)

**Heather Meredith LSUC#: 48354R**  
Tel: (416) 601-8342  
Email: [hmeredith@mccarthy.ca](mailto:hmeredith@mccarthy.ca)

Lawyers for the Applicant

DOC#19113279

# TAB 19

Court File No. CV-19-615862-00CL  
Court File No. CV-19-616077-00CL  
Court File No. CV-19-616779-00CL

**ONTARIO  
SUPERIOR COURT OF JUSTICE  
(COMMERCIAL LIST)**

THE HONOURABLE )  
 )  
MR. JUSTICE McEWEN ) FRIDAY, the 24<sup>th</sup>  
 ) DAY of MAY, 2019

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 **JTI-  
MACDONALD CORP.**

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF **IMPERIAL  
TOBACCO CANADA LIMITED AND IMPERIAL TOBACCO COMPANY LIMITED**

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF  
**ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC.**

Applicants

---

**ENDORSEMENT (COURT-APPOINTED MEDIATOR COMMUNICATION AND CONFIDENTIALITY  
PROTOCOL)**

---

For ease of reference, the above proceedings will collectively be referred to as the "CCAA Proceedings".

The Honourable Warren K. Winkler, Q.C., former Chief Justice of Ontario, has been appointed as a neutral third party (the "**Court-Appointed Mediator**") to mediate a global settlement of the Tobacco Claims (the "**Mediation Process**"), as defined in each Applicant's Initial Order as amended and restated (the "**Initial Orders**"), in each CCAA Proceeding.

The Court has authorized the following communication and confidentiality protocol between the Court and the Court-Appointed Mediator:

1. The Court and the Court-Appointed Mediator may communicate between one another directly to discuss, on an on-going basis, the conduct of the Mediation Process and the manner in which it will be coordinated with the CCAA Proceedings, including but not

limited to individual matters referred specifically by the Court to the Court-Appointed Mediator for resolution.

2. The Court will not disclose to the Court-Appointed Mediator how they will decide any matter which may come before them for determination. The Court-Appointed Mediator will not disclose to the Court the negotiating positions or confidential information of any of the parties in the Mediation Process.
3. All statements, discussions, offers made and documents produced by any of the parties in the course of the Mediation Process shall not be subject to disclosure through discovery or any other process; shall be confidential; shall not be referred to in Court and shall not be admissible into evidence for any purpose, including impeaching credibility or to establish the meaning and/or validity of any settlement or alleged settlement arising from the Mediation Process.
4. Any notes, records, statements made, discussions had and recollections of the Court-Appointed Mediator and/or his legal counsel, Lax O'Sullivan Lisus Gottlieb LLP, in conducting the Mediation Process shall be confidential and without prejudice and protected from disclosure for all purposes in accordance with paragraph (3) above.
5. The Court-Appointed Mediator shall not be liable to any party or participant for any act or omission in connection with the Mediation Process and shall have the immunity of a Judge of a Superior Court in Canada.



---

Justice McEwen

**TAB 20**



## SUPERIOR COURT

CANADA  
PROVINCE OF QUEBEC  
DISTRICT OF MONTREAL

No: 500-11-036133-094

DATE: **NOVEMBER 9, 2009**

---

**PRESENT: THE HONOURABLE MR. JUSTICE CLÉMENT GASCON, J.S.C.**

---

**IN THE MATTER OF THE PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF:**

**ABITIBIBOWATER INC.**

And

**ABITIBI-CONSOLIDATED INC.**

And

**BOWATER CANADIAN HOLDINGS INC.**

And

**The other Petitioners listed on Schedules "A", "B" and "C"**

Debtors

And

**ERNST & YOUNG INC.**

Monitor

And

**HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF THE PROVINCE OF NEWFOUNDLAND  
AND LABRADOR**

Petitioner

---

**JUDGMENT ON MOTION TO ACCESS  
THE ELECTRONIC DATA ROOMS CREATED BY THE DEBTORS (#275)**

---

## **THE MOTION AT ISSUE**

[1] Her Majesty the Queen in Right of Newfoundland and Labrador (the "**Province**") seeks a declaratory order from this Court to access the electronic data rooms set up by the Debtors ("**Abitibi**").

[2] Abitibi is under the protection of the *Companies' Creditors Arrangement Act*<sup>1</sup> ("**CCAA**") since April 17, 2009. In the context of the restructuring process undertaken following the Initial Order, it created electronic data rooms containing non-public financial and corporate information.

[3] This was done in order to allow its stakeholders and their financial and legal advisors to better assess the ongoing condition of its business as the restructuring evolved. To have access to the electronic data rooms, permission has first to be obtained from Abitibi. Signature of confidentiality agreements is required as well.

[4] The Province requested such an access to the electronic data rooms. Abitibi denied its request.

[5] In its Motion<sup>2</sup>, the Province contends that Abitibi's refusal is contrary to the principles underlying the CCAA. It argues that the denial is unfair, discriminatory and unjustifiable. It insists upon being treated in the same manner as other Abitibi's stakeholders.

[6] Abitibi strongly opposes the Motion<sup>3</sup>.

[7] It considers that the Province is neither a creditor of Abitibi, nor a genuine stakeholder in its restructuring. It adds that the Province does not come to Court with clean hands, but rather brings the Motion for collateral purposes, unrelated to the restructuring process. In that regard, Abitibi insists upon the fact the Province owes it in excess of \$300 million for the recent wrongful appropriation of its assets.

## **THE ELECTRONIC DATA ROOMS**

[8] Based on the representations made to the Court, the electronic data rooms, subject of the debate, were created voluntarily at the initiative of Abitibi. There are no statutory requirements in the CCAA imposing upon a debtor company to do so.

[9] Abitibi has elected to do it in order to assist, facilitate and advance its restructuring process and to help transmitting its non-public financial and corporate information to those who required it in that context.

---

<sup>1</sup> R.S.C. 1985, c. C-36.

<sup>2</sup> "Motion for a Declaration that the Petitioner is Entitled to Access the Electronic Data Rooms Created by the Debtors" dated October 16, 2009.

<sup>3</sup> "Motion to Contest the Motion for Access to the Electronic Data Rooms Created by the Petitioners" dated October 26, 2009.

[10] Creating such data rooms for the benefit of stakeholders in a CCAA restructuring process is not unheard of. In large restructurings such as this one, putting in place similar data rooms is acceptable, if not common, practice. It normally enhances the chances of success of the process. Seldom does one see litigation arising from the creation of these data rooms. No precedents have indeed been found on the issue that the Court is asked to decide.

[11] Here, access to Abitibi's electronic data rooms has, apparently, not been given to every stakeholder. In fact, according to Abitibi, no individual creditor has been granted such access so far.

[12] To this day, the data rooms have rather been accessed solely by the financial and legal advisors of precise creditor groups like the Ad Hoc Committee of the Unsecured Noteholders, the Term Lenders, the Ad Hoc Committee of the Senior Secured Noteholders, and the Unsecured Creditors Committee put in place pursuant to the Chapter 11 proceedings pending in the State of Delaware.

[13] These electronic data rooms provide information that goes beyond the quite extensive financial information already circulated by the Monitor on a regular basis. To that end, no less than 20 reports are currently available on the Monitor's public website.

[14] They include, amongst others, regular four-week reporting on Abitibi's cash-flow results, receipts and disbursements with variances analysis, current liquidity and revised cash-flow forecasts, and key performance indicators review. They cover as well a timely overview of current market conditions in the forest products industry.

## **THE POSITIONS OF THE PARTIES**

### **a) The Province**

[15] The Province pleads that it needs to have access to the electronic data rooms to properly assess Abitibi's financial status and to make informed decisions in the restructuring. It maintains that it has a duty to inform itself of the present and future potential ability of Abitibi to cover the Province's claims against it.

[16] To that end, it states that after Abitibi was granted CCAA protection in April 2009, the Province made a commitment to the latter's former employees whose entitlement to severance and termination pay was stayed by the Initial Order.

[17] Thus, in June 2009, it allegedly began to implement a plan whereby Abitibi's former employees in the Province received their entitlement to severance and termination pay. In exchange, these former employees assigned their rights to make a claim in the restructuring process to an organisation created by the various unions involved and funded by the Province.

[18] Apparently, the Province has expended in excess of \$24 million from the public purse to fulfil these obligations. It contends that it will be repaid for these severance and termination expenses from the claims that will be made at some point during the restructuring process.

[19] The Province also argues that Abitibi is responsible towards it for alleged environmental contamination from a former mine located in the town of Buchans. Relying on numerous media reports that it filed in the record<sup>4</sup>, the Province claims that because of Abitibi's economic activities, the latter has exposed itself to numerous environmental obligations, the precise extent of which remains to be determined.

[20] The Province alleges that it has incurred significant costs in that regard. It adds, furthermore, that agreements have been entered into for the Province's environmental consultants to have access to the sites for the purpose of determining the full nature and extent of Abitibi's residual and environmental obligations.

[21] In addition, during oral argument, the Province's Counsel claimed that his client would also have alleged tax claims to raise against Abitibi. However, no allegation in the Motion refers to such assertion.

[22] Because of the above, the Province submits that it should be treated similarly to other Abitibi's stakeholders with respect to the electronic data rooms. The Court's discretion under the CCAA should, in its view, be exercised in favour of the Province so that the right of access sought may be granted without delay.

## **b) Abitibi**

[23] Abitibi replies that the Province is simply unable to justify any status as actual or even potential creditor in this restructuring process.

[24] According to Abitibi, with regard to the funding process of Abitibi's former employees, the allegations of the Motion indicate that the Province is simply not the assignee of the claims.

[25] Abitibi states further that no evidence supports either the Province's Counsel's contentions that alleged tax claims would be owed to his client.

[26] As for the environmental obligations that Abitibi would have, it considers that the Province is the owner of the lands and mining rights on which the mining site was situated. It adds that any residual interest was surrendered to the Province as far back as in 1994, such that the Province has owned and managed the lands in question for over 15 years.

---

<sup>4</sup> Exhibit NL-1.

[27] Abitibi also notes that it never itself operated the mine in question, while the reports that have been received so far by the Province indicate a number of other possible causes of contamination.

[28] Simply put, Abitibi is of the view that this contingent claim is, at best, highly speculative.

[29] That said, Abitibi refers to the following background elements to justify its position that the Province does not come to Court with clean hands. In fact, it submits that ulterior motives warrant the filing of the Motion.

[30] From Abitibi's standpoint, the conflict with the Province on the access to the electronic data rooms has its roots in events going back to December 2008, some four months prior to the Initial Order issued in this case.

[31] On December 4, 2008, after unsuccessful negotiations with the unions representing its workers, Abitibi announced the closure of the Grand Falls mill located in the Province. The closure was to take place in the first quarter of 2009.

[32] In the days following the announcement, Abitibi attempted in vain to negotiate with the Province an orderly winding-down of the operations.

[33] On December 16, 2008, without notice and within a single day, the Province introduced and passed into law the *Abitibi-Consolidated Rights and Assets Act*<sup>5</sup> (the "**Abitibi Act**").

[34] Pursuant to the *Abitibi Act*, the Province purported:

- a) to seize with immediate effect substantially all of the assets, property and undertakings of Abitibi in the Province;
- b) to cancel substantially all outstanding water and hydroelectric contracts and agreements between Abitibi and the Province;
- c) to cancel pending legal proceedings of Abitibi against the Province seeking the return of several hundreds of thousands of dollars in unlawfully assessed payments in respect of water rights;
- d) to deny Abitibi any compensation for the seized assets; and
- e) to deny Abitibi access to the Province's Courts to seek redress.

[35] Abitibi voiced strong opposition to this enactment and denounced it as unconstitutional, contrary to basic principles of Canadian law and adopted in bad

---

<sup>5</sup> S.N.L. 2008, c. A-1.01, filed as Exhibit R-2.

faith. In April 2009, one of Abitibi's U.S. subsidiaries indeed filed a Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration in that regard under Chapter 11 of NAFTA<sup>6</sup>.

[36] According to Abitibi, the seized property and rights had a value in excess of \$300 million. As well, the expropriated assets were generating revenues for Abitibi; some of the fixed assets could have even been sold for profit during the restructuring process<sup>7</sup>.

[37] Because of this, Abitibi concludes that the filing of the Motion is nothing more than a reaction to the expected claims of Abitibi against the Province. Therefore, as part of its own Motion to Contest the Province's Motion, Abitibi itself seeks declaratory conclusions to the effect that the Province cannot claim any relief until it has recognized the property rights it has unlawfully seized.

[38] Abitibi even wants this Court to immediately designate a Claims Officer to hear and determine the respective claims, counter-claims, cross-claims and set-off claims of the parties against each other.

### **ANALYSIS AND DISCUSSION**

[39] With all due respect to the position advanced by the Province, the Court considers that its Motion should be dismissed.

[40] None of the arguments it submitted are persuasive under the circumstances. In contrast, Abitibi's objections to the access sought are real; they are serious and they are many.

#### **a) The principles underlying the CCAA**

[41] To justify its request, the Province puts much emphasis on the principles underlying the CCAA. It is appropriate to briefly review them.

[42] It has often been said. No one seriously disputes it anymore. The CCAA is a remedial statute. Its purpose is to facilitate compromises or arrangements between an insolvent debtor company and its creditors<sup>8</sup>.

[43] Admittedly, the restructuring process conducted under the CCAA is, first and foremost, that of the debtor company and its creditors who, ultimately, have the final say on the process.

[44] Still, it is now accepted that the CCAA is designed as well to serve a broad constituency of stakeholders, be they investors, creditors, employees or even, sometimes, local communities. It has thus been stated that Courts must have regard

---

<sup>6</sup> Exhibit R-3.

<sup>7</sup> Testimony of Alice Minville at the hearing.

<sup>8</sup> *Stelco Inc. (Bankruptcy), (Re)*, (2005), 9 C.B.R. (5<sup>th</sup>) 135, 2005 ONCA 8671 (CanLII), at paras 32ff; *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp., (Re)*, 2008 ONCA 587 (CanLII), at paras 44-61.

not only to the interests of those that are directly affected by the restructuring process, but also to a wider public interest<sup>9</sup>.

[45] However, if this broader public dimension goes beyond the simple direct relations between the debtor company and its creditors, it does not stand alone by itself. This wider public interest or broader public dimension must always be put in the balance together with the interest of those most directly affected by the restructuring process.

[46] Accordingly, in any application brought under the CCAA such as this one, it is fair to say that in giving weight to broader socio-economic or public interest considerations, the Court must keep in mind the key objectives of the Act. That is, to facilitate a restructuring so as to reach a compromise between the debtor company and its creditors and allow the business to continue as a going concern<sup>10</sup>.

[47] As well, in exercising its jurisdiction in a broad and flexible manner to insure the CCAA's effectiveness, the Court must remember that its role is one of judicial oversight. It is there to supervise the process and keep it moving towards its ultimate goal, that of an acceptable arrangement.

[48] In *Re Stelco*<sup>11</sup>, the Ontario Court of Appeal stated that in carrying this supervisory function under the legislation, the judge in a CCAA restructuring process is exercising the statutory discretion provided by Section 11.

[49] That said, in a CCAA restructuring process, the radically different economic stakes of the various creditors in the debtor company entail that it is not realistic to constantly expect or have a level playing field<sup>12</sup>. There will sometimes be asymmetries, variances and distinctions. Because of the flexibility of the CCAA, one is not to apply its regime rigidly, in the same manner in every situation.

[50] Bearing these considerations in mind, the Court considers that this is not a case where its judicial discretion should be exercised in the manner sought by the Province. There are no reasonable or reasoned justifications that would support it.

[51] To begin with, the status of the Province as creditor is not established, while its alleged status as potential creditor stands on rather weak grounds.

[52] Apart from that, relying on a mere and general quality of stakeholder remains quite insufficient to justify the relief sought. In this regard, the reasons for Abitibi's denial

<sup>9</sup> *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp., (Re)*, 2008 ONCA 587 (CanLII), at paras 50-52; *Syndicat national de l'amiante d'Asbestos v. Mine Jeffrey inc.*, [2003] R.J.Q. 420 (C.A.), at paras 27-30.

<sup>10</sup> *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp., (Re)*, 2008 ONCA 587 (CanLII), at paras 50-52; *Cliffs Over Maple Bay Investments Ltd. v. Fisgard Capital Corp.*, 2008 BCCA 327 (CanLII), at paras 27-29.

<sup>11</sup> (2005), 75 O.R. (3d) 5 (Ont. C.A.), at paras 32-34.

<sup>12</sup> Janis P. SARRA, *Rescue! : The Companies' Creditors Arrangement Act*, (Toronto: Thomson Carswell, 2007), at page 11.

appear legitimate and reasonable considering the objectives of the CCAA and the interests of those involved.

**b) The creditor or potential creditor status of the Province**

[53] In this case, the Province has simply failed to adduce any reliable or admissible evidence to establish that it is, actually, a creditor of Abitibi.

[54] On one hand, the Province alleges, without supporting evidence, that it has made payments to certain former employees of the Abitibi's Grand Falls mill. Yet, no evidence to establish the nature of the payments made or any lawful assignment of the related claims has been put forward.

[55] Indeed, when one reads paragraphs 7, 8 and 9 of the Motion, it appears obvious that if Abitibi's former employees in the Province claims have been assigned to anyone, it is to an organisation created by the various unions involved, not to the Province. Its role is simply to fund this organisation.

[56] In that regard, the Motion itself refers to claims that will ultimately be made in the restructuring by an "Assignee". According to the Motion, this "Assignee" is certainly not the Province.

[57] On the other hand, the Province has not provided the Court with any reasonable and convincing evidence in support of its other alleged status of potential creditor for environmental problems resulting from Abitibi's economic activities.

[58] The Motion has merely referred to several press articles in support of an alleged claim against Abitibi for the contamination arising from a closed mine in the town of Buchans.

[59] These vague and unsubstantiated allegations are, at this point in time, barely supported. This is hardly sufficient to give to the Province an alleged standing as creditor or even potential creditor of Abitibi.

[60] To conclude on this basis that the Province is a creditor of Abitibi would, in essence, substitute speculation for reason and guesswork for proof.

[61] In a CCAA context, a potential creditor with a contingent claim bears the onus of showing, at the very least, that its claim is neither speculative nor remote<sup>13</sup>. Some credible and reliable evidence must be offered in support. None exists here.

[62] Finally, even though the Province's Counsel raised, during oral argument, that the Province would have a status as creditor of Abitibi by reason of some outstanding tax claims, no allegation in the Motion, nor any evidence adduced in support thereof, substantiate that contention.

---

<sup>13</sup> *Re Air Canada*, (2004) 2 C.B.R. (5<sup>th</sup>) 23 (Ont. S.C.J.).



**c) The "stakeholder" argument**

[63] The Province's other argument to the effect that it is, in any event, a "stakeholder" in Abitibi's restructuring process is no more convincing than the first one. Nor is the submission that, as alleged stakeholder in the process, the Province should be entitled to an unfettered access to the electronic data rooms.

[64] These data rooms have been set up to assist and enhance the Abitibi's restructuring process. However, there has not been an open access to the data rooms for every creditor, and certainly not for every potential stakeholder.

[65] In fact, based on the Court's understanding, access has been limited to some key undisputed creditors and their financial and legal advisors.

[66] More precisely, so far, access to the electronic data rooms has only been given to secured creditors of Abitibi whose assets are being used in the restructuring process, and to committees of unsecured creditors whose status is officially recognized in the U.S. proceedings or whose support is essential to the outcome of the restructuring because of the huge extent of the debt owed to them.

[67] No evidence suggests that mere potential or contingent creditors such as the Province have been given the kind of access the Province is seeking. To the contrary, it appears that it has not been the case. From that standpoint, the alleged discrimination claimed by the Province is simply not established.

[68] Likewise, the evidence offered does not support either the Province's claim that it is entitled to the same rights as those of other stakeholders. Again, no stakeholder with a status similar to that of the Province has been given the access sought here.

[69] Few would dispute that there are huge differences between the alleged status of the Province and that of key creditors whose claims are undisputed and whose involvement remains pivotal to the final outcome of the restructuring.

[70] In that regard, the Province's reference to the testimony of Mr. Robertson at another hearing ignores the particular context in which it was given. It hardly justifies opening the doors of the electronic data rooms to all stakeholders without distinction. True, by definition<sup>14</sup>, stakeholders are people who have an interest in a company's or organization's affairs. However, while creditors are inevitably stakeholders, not all stakeholders are necessarily creditors.

[71] In its Memorandum of Argument, the Province goes as far as pleading that the fact that it may not be a creditor of Abitibi is not a valid reason to deny the access sought. The Court does not share that view. With respect, this is certainly a very important consideration to keep in mind on an issue like this one.

---

<sup>14</sup> Collins COBUILD Advanced Learner's English Dictionary on CD-ROM, Lexicon, 2003, HarperCollins Publishers, <stakeholder>.

[72] In fact, in the Court's opinion, seldom would a judge allow, in a CCAA restructuring process, mere stakeholders who are not creditors to have access to the non-public financial and corporate information of the debtor company.

[73] In a similar fashion, access to the electronic data rooms to some creditors does not mean that similar access must necessarily be given to everyone who requests it. The fact that Abitibi should ensure transparency and openness in its restructuring proceedings and process does not entail that everyone should be treated similarly. Fair and equitable treatment does not correspond to equal and identical treatment at all costs.

[74] For instance, Abitibi could well, in some cases, deny access to its electronic data rooms to some categories of creditors for legitimate commercial reasons. The example of a creditor who is a competitor of Abitibi comes to mind. There are no doubt others.

[75] Arguably, practical reasons could also justify Abitibi limiting access to its electronic data rooms to prevent its use becoming impractical or the signing of confidentiality agreements meaningless by reason of the fact that too many persons have access to the information.

[76] This notwithstanding, the Province seems to suggest that because some creditors have had access to the electronic data rooms, all stakeholders, no matter what is their status, should be given the same opportunity. The Court disagrees.

[77] Contrary to what the Province pleads, it is not a fundamental tenet of insolvency law that similarly situated "stakeholders" be treated in the same manner. The case law does not support this premise. It rather states that in insolvency law, unsecured creditors are normally treated in the same manner in similar situation<sup>15</sup>. To apply the statement to "stakeholders" as well, with no consideration to their precise status, goes way beyond what the case law indicates.

[78] In a restructuring process under the CCAA, voting on the plan of arrangement remains, at all times, in the hands of the creditors. If the interest of stakeholders other than creditors should, sometimes, be taken into consideration in the exercise of the Court's judicial discretion or inherent jurisdiction, it does not elevate nor equate the status of stakeholders to that of creditors.

[79] In the conduct of the restructuring process, mere "stakeholders" cannot realistically pretend to a status equal to that of the creditors. The latter have a say in the ultimate plan. The former do not unless they do qualify as creditors.

[80] This being so, the Court is of the view that Abitibi can, for legitimate business reasons and through the exercise of reasonable business judgment, restrict access to

---

<sup>15</sup> See, in this respect, *Indalex Ltd. (Re)*, (2009), 55 C.B.R. (5<sup>th</sup>) 64 (Ont. S.C.); *Woodward's Ltd. (Re)*, (1993), 17 C.B.R. (3<sup>rd</sup>) 236 (B.C. S.C.); *Pacific National Lease Holding Corp. (Re)*, (1992) 15 C.B.R. (3<sup>rd</sup>) 265 (B.C.C.A.).

its electronic data rooms when its use by mere stakeholders (or, sometimes, even creditors) would not further nor enhance its restructuring process.

[81] In this regard, lacking evidence of bad faith, the Court should be reluctant to intervene in the reasonable exercise of a debtor company's business judgment. Such exercise should not be second-guessed lightly.

[82] Here, the Province wants access to the electronic data rooms not to enhance the restructuring process, but to assess the extent of Abitibi's present and future ability to cover the Province's undetermined and potential environmental claims.

[83] The Court considers it reasonable for Abitibi to deny access to its electronic data rooms to a potential creditor or mere stakeholder with whom it has a legitimate debate and reasonable expectations of upcoming litigation. In particular where, like here, the electronic data rooms apparently contain information concerning the economic claims of Abitibi against the Province.

[84] In such a situation, the CCAA process should not be used to further a collateral objective that, in the end, is not in connection with the ultimate goal of the Act.

[85] The broader public dimension of the CCAA does not entail an unlimited and unfettered access to the non-public books, records and financial data of a debtor company for all potential or contingent claimants, be they a public or governmental body.

[86] Similarly, considerations for the wider public interest and broad public dimension do not confer to a mere stakeholder the same status as a creditor in all aspects of the restructuring process.

[87] To that end, the judgments rendered in the cases of *Fracmaster*<sup>16</sup> and *Calpine*<sup>17</sup> hardly support the Province's argument. Transparency and openness in an asset sale process for an optimal recovery to the benefit of the debtor company is hardly comparable to the kind of openness and transparency that the Province is advocating here.

[88] Lastly, the alleged legitimate public interest relied upon by the Province is not in furtherance of the purposes of the CCAA. It is, to the contrary, in furtherance of the Province's own interest of determining the real value of its potential claims that are yet to be established.

[89] Put otherwise, the Province wants to have access to the electronic data rooms to better evaluate whether Abitibi's pockets will, one day, be deep enough.

---

<sup>16</sup> *Fracmaster (Re)*, (1999), 11 C.B.R. (4<sup>th</sup>) 204 (Alta Q.B.).

<sup>17</sup> *Calpine (Re)*, (2007), 28 C.B.R. (5<sup>th</sup>) 185 (Alta Q.B.).

[90] This does not constitute a legitimate legal interest in the restructuring process, nor a legitimate commercial interest in its success. From the allegations of its Motion, it is rather fair to say that the Province does not appear to have any genuine interest in the restructuring of Abitibi. At the present time, nothing suggests that the Province will either shape the plan of arrangement or have a say in its approval.

[91] The fact that the Province is a governmental body does not change anything. It does not have more investigative entitlement in the non-public financial or business information of a potential debtor than does any other person.

[92] One could easily add that if the Province's true goal is merely to assess Abitibi's on going financial condition, what the Monitor puts regularly on its website definitely provides the reader with what it needs in this respect.

[93] In sum, the Court accepts Abitibi's assertion that the Province's purpose here is a collateral one. It has nothing to do with the key objectives of the CCAA, namely to facilitate a restructuring and insure that Abitibi continues as a going concern.

[94] Abitibi's denial of the Province's request is legitimate and reasonable. It is based on proper considerations. This is not a situation where the Court should second-guess or review the exercise of Abitibi's business judgment.

[95] To paraphrase what Farley J. once wrote, justice does not dictate to grant the access sought. Nor does practicality demand that it be done here.

#### **d) Closing remarks**

[96] In closing, the Court notes that both sides have said a lot on the *Abitibi Act*.

[97] For its part, the Province considers that the *Abitibi Act* is constitutional, even though it is retrospective, targeted and confiscatory in nature<sup>18</sup>.

[98] In contrast, Abitibi contends that the enactment is contrary to fundamental constitutional principles of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and *Canadian Bill of Rights*, as well as being unconstitutional. It considers the Act to be punitive, confiscatory in nature and repugnant to public policy<sup>19</sup>.

[99] While the Province argues that the potential claims of Abitibi against it as a result of the *Abitibi Act* are without merit, the latter maintains that if any claim is ever filed by the Province in the restructuring process, the Court will have to assess the constitutional validity of the *Abitibi Act* and the value of its cross-claims or set-off claims against the Province for the wrongful expropriation it has been subjected to.

---

<sup>18</sup> To that end, it refers notably to *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, [2005] 2 S.C.R. 473, at pp. 503-504.

<sup>19</sup> Amongst others, it invokes *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297 and *Laane & Baltser v. Estonian S.S. Line*, [1949] S.C.R. 530.

[100] Be that as it may, the Court views as premature the requests contained in the conclusions of Abitibi's own Motion to Contest. It is not necessary to immediately designate a former judge as Claims Officer to hear and determine all alleged claims filed by the Province as well as any counter-claims or set-off claims to be raised by Abitibi.

[101] For the time being, the Province has filed no claim in the Claims Process established in Abitibi's CCAA restructuring. Consequently, it is too early to implement any kind of special process in that regard.

**FOR THESE REASONS, THE COURT:**

[102] **DISMISSES** the "Motion for a Declaration that the Petitioner is Entitled to Access to the Electronic Data Rooms Created by the Debtors";

[103] **DISMISSES** as well conclusions [25] and [26] of the "Motion to Contest the Motion for Access to the Electronic Data Rooms Created by the Petitioners";

[104] **WITH COSTS** against Her Majesty the Queen in Right of Newfoundland and Labrador.

---

**CLÉMENT GASCON, J.S.C.**

Me Sean Dunphy, Me Guy P. Martel, Me Joseph Reynaud  
STIKEMAN, ELLIOTT  
Attorneys for the Debtors

Me Catherine Powell and Me David R. Wingfield  
WEIRFOULDS LLP  
Attorneys for the Petitioner

Me Jason Dolman  
FLANZ FISHMAN MELAND PAQUIN  
Attorneys for the Monitor

Me Rachelle F. Moncur  
THORNTON GROUT FINNIGAN  
Attorneys for the Monitor

Date of hearing: November 2, 2009

**SCHEDULE "A"**  
**ABITIBI PETITIONERS**

1. ABITIBI-CONSOLIDATED INC.
2. ABITIBI-CONSOLIDATED COMPANY OF CANADA
3. 3224112 NOVA SCOTIA LIMITED
4. MARKETING DONOHUE INC.
5. ABITIBI-CONSOLIDATED CANADIAN OFFICE PRODUCTS HOLDINGS INC.
6. 3834328 CANADA INC.
7. 6169678 CANADA INC.
8. 4042140 CANADA INC.
9. DONOHUE RECYCLING INC.
10. 1508756 ONTARIO INC.
11. 3217925 NOVA SCOTIA COMPANY
12. LA TUQUE FOREST PRODUCTS INC.
13. ABITIBI-CONSOLIDATED NOVA SCOTIA INCORPORATED
14. SAGUENAY FOREST PRODUCTS INC.
15. TERRA NOVA EXPLORATIONS LTD.
16. THE JONQUIERE PULP COMPANY
17. THE INTERNATIONAL BRIDGE AND TERMINAL COMPANY
18. SCRAMBLE MINING LTD.
19. 9150-3383 QUÉBEC INC.

**SCHEDULE "B"**  
**BOWATER PETITIONERS**

1. BOWATER CANADIAN HOLDINGS INC.
2. BOWATER CANADA FINANCE CORPORATION
3. BOWATER CANADIAN LIMITED
4. 3231378 NOVA SCOTIA COMPANY
5. ABITIBIBOWATER CANADA INC.
6. BOWATER CANADA TREASURY CORPORATION
7. BOWATER CANADIAN FOREST PRODUCTS INC.
8. BOWATER SHELBURNE CORPORATION
9. BOWATER LAHAVE CORPORATION
10. ST-MAURICE RIVER DRIVE COMPANY LIMITED
11. BOWATER TREATED WOOD INC.
12. CANEXEL HARDBOARD INC.
13. 9068-9050 QUÉBEC INC.
14. ALLIANCE FOREST PRODUCTS (2001) INC.
15. BOWATER BELLEDUNE SAWMILL INC.
16. BOWATER MARITIMES INC.
17. BOWATER MITIS INC.
18. BOWATER GUÉRETTE INC.
19. BOWATER COUTURIER INC.

**SCHEDULE "C"**  
**18.6 CCAA PETITIONERS**

1. ABITIBIBOWATER INC.
2. ABITIBIBOWATER US HOLDING 1 CORP.
3. BOWATER VENTURES INC.
4. BOWATER INCORPORATED
5. BOWATER NUWAY INC.
6. BOWATER NUWAY MID-STATES INC.
7. CATAWBA PROPERTY HOLDINGS LLC
8. BOWATER FINANCE COMPANY INC.
9. BOWATER SOUTH AMERICAN HOLDINGS INCORPORATED
10. BOWATER AMERICA INC.
11. LAKE SUPERIOR FOREST PRODUCTS INC.
12. BOWATER NEWSPRINT SOUTH LLC
13. BOWATER NEWSPRINT SOUTH OPERATIONS LLC
14. BOWATER FINANCE II, LLC
15. BOWATER ALABAMA LLC
16. COOSA PINES GOLF CLUB HOLDINGS LLC



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

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT  
OF JUST ENERGY GROUP INC. ET AL.

**ONTARIO**  
**SUPERIOR COURT OF JUSTICE**  
**(COMMERCIAL LIST)**  
PROCEEDING COMMENCED AT  
TORONTO

**BOOK OF AUTHORITIES OF THE MOVING  
PARTIES, U.S. CLASS COUNSEL**  
**(MOTION AND CROSS-MOTION RETURNABLE FEBRUARY  
9, 2022)**

**Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP**  
155 Wellington Street West, 35th Floor  
Toronto ON M5V 3H1  
Tel: 416.646.4300

**Ken Rosenberg** (LSO# 21102H)  
Tel: 416.646.4304  
Email: ken.rosenberg@paliareolrand.com

**Jeffrey Larry** (LSO# 44608D)  
Tel: 416.646.4330  
Email: jeff.larry@paliareroland.com

**Danielle Glatt** (LSO# 65517N)  
Tel: 416.646.7440  
Email: danielle.glatt@paliareroland.com

Counsel to US counsel for Fira Donin and Inna Golovan, in  
their capacity as proposed class representatives in *Donin et al.*  
*v. Just Energy Group Inc. et al.*

Counsel to US Counsel for Trevor Jordet, in his capacity as  
proposed class representative in *Jordet v. Just Energy*  
*Solutions Inc.*

# TAB 21



CV-20-00643596-00CL

ONTARIO  
SUPERIOR COURT OF JUSTICE  
COMMERCIAL LIST

THE HONOURABLE ) WEDNESDAY, THE 2ND  
JUSTICE HAINEY ) DAY OF SEPTEMBER, 2020

**IN THE MATTER OF AN APPLICATION UNDER SECTION 192 OF THE CANADA BUSINESS CORPORATIONS ACT, R.S.C. 1985, C. C-44, AS AMENDED**

**AND IN THE MATTER OF RULE 14.05(2) OF THE RULES OF CIVIL PROCEDURE**

**AND IN THE MATTER OF A PROPOSED ARRANGEMENT OF JUST ENERGY GROUP INC. AND 12175592 CANADA INC.**

**FINAL ORDER**

THIS APPLICATION by Just Energy Group Inc. (“**Just Energy**”) and 12175592 Canada Inc. (“**121 Canada**” and, together with Just Energy, the “**Applicants**”), for a final order pursuant to section 192 of the *Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44, as amended (the “**CBCA**”), was heard this day by judicial videoconference via Zoom in Toronto, Ontario due to the COVID-19 pandemic.

**ON READING** the Notice of Application issued on July 8, 2020, the affidavit of James Brown sworn July 14, 2020, the supplementary affidavit of James Brown sworn July 15, 2020, and the affidavit of James Brown sworn August 27, 2020 and the exhibits thereto (the “**August Brown Affidavit**”), and

**ON READING** the Preliminary Interim Order of this Court dated July 8, 2020 (the “**Preliminary Interim Order**”) and the Interim Order of this Court dated July 17, 2020 (the “**Interim Order**”), and

**ON HEARING** the submissions of counsel for the Applicants, the Term Loan Debtholders, the Credit Facility Lenders, the Supporting Convertible Debentureholders and those other parties present, and on being advised by counsel to the Applicants that (i) the Director appointed under the CBCA (the “**Director**”) does not consider it necessary to appear on this application; (ii) the Senior Unsecured Debtholders’ Meeting, the Convertible Debentureholders’ Meeting and the Shareholders’ Meeting were called, held and conducted in accordance with the Interim Order; (iii) the requisite approvals were obtained in each such meeting in accordance with the terms of the Interim Order; (iv) 121 Canada is not insolvent; and (v) this Order and the declaration of fairness included herein will be relied upon by the Applicants as the basis for a claim to an exemption pursuant to Section 3(a)(10) of the United States Securities Act of 1933 from the registration requirements otherwise imposed by that Act, regarding the distribution of common shares to be issued by Just Energy (other than the Allotted Offered Shares, the Additional Subscription Shares, the Backstopped Shares, the Backstop Commitment Fee Shares, the Backstop Funding Fee Shares and the Private Placement Shares to be issued pursuant to the Plan of Arrangement) pursuant to the amended and restated plan of arrangement dated September 2, 2020, attached as Schedule “A” to this Order (the “**Plan of Arrangement**”),

**Definitions**

1. **THIS COURT ORDERS** that all capitalized terms not otherwise defined herein shall have the meanings ascribed to them in the Plan of Arrangement and, if not defined in the Plan of Arrangement, in the Interim Order.

**Service and Compliance**

2. **THIS COURT ORDERS** that there has been good and sufficient service, delivery and notice of this Application, the Interim Order, the Meetings, the Senior Unsecured Debtholder Meetings Packages, the Convertible Debentureholder Meeting Packages, the Shareholder Meeting Packages and the Plan of Arrangement to all Persons upon which service, delivery and notice, as applicable, were required by the terms of the Interim Order, all of the requirements contained in sections 53, 54 and 55 of the Interim Order have been satisfied and the Meetings were duly called and conducted in conformity with the Interim Order and the CBCA.

3. **THIS COURT ORDERS** that service of this Order shall be made on all persons who appeared on this application, either by counsel or in person, and upon the Director, but is otherwise dispensed with.

**Approval of Arrangement**

4. **THIS COURT ORDERS** that:

- (a) the Arrangement, as described in the Plan of Arrangement, is an arrangement within the meaning of section 192 of the CBCA;



- (b) the Court is satisfied that the Applicants have acted, and are acting, in good faith and with due diligence, and have complied with the provisions of the CBCA and the Interim Order in all respects; and
- (c) the Arrangement, as described in the Plan of Arrangement, is fair and reasonable.

5. **THIS COURT ORDERS** that the Arrangement, as described in the Plan of Arrangement, shall be and is hereby approved pursuant to Section 192 of the CBCA.

6. **THIS COURT ORDERS** that each of the Just Energy Entities, the Trustees, the Term Loan Agent, the Transfer Agent, the Escrow Agent, CDS, DTC, Euroclear, Clearstream and the New Subordinated Notes Trustee are authorized and directed to take all steps and actions necessary or appropriate to implement the Plan of Arrangement and the Arrangement and the other transactions contemplated thereby in accordance with and subject to the terms of the Plan of Arrangement, including (a) to enter into any agreements or other documents which are to come into effect in connection with the Arrangement, and (b) in their respective capacities as agents, trustees and/or collateral agents, to execute and deliver (or direct to be executed and delivered) such releases, terminations and discharges of security, liens and guarantees as are required to give effect to the Plan of Arrangement and the Arrangement.

7. **THIS COURT ORDERS** that as of the Effective Date, and as at the times and sequences set forth in the Plan of Arrangement, the Plan of Arrangement and all associated steps and transactions shall be binding and effective as set out in the Plan of Arrangement, and on the terms and conditions set forth in this Order, upon the Just Energy Entities, the Senior Unsecured Debtholders, the Convertible Debentureholders, the Term Loan Agent, the Transfer

Agent, the Escrow Agent, the Trustees, the New Subordinated Notes Trustee, the Existing Equity Holders, all holders of Affected Equity Claims, all holders of Existing Equity Class Action Claims, all holders of Released Claims, the Released Parties and all other Persons affected by the Plan of Arrangement.

8. **THIS COURT ORDERS** that from and after the Effective Date, any Person having an Existing Equity Class Action Claim against Just Energy or any of its current or former officers and/or directors (such Person, an “**Existing Equity Class Action Claimant**”) shall only be permitted to continue its Existing Equity Class Action Claims to the point of determination of liability, if any. The Existing Equity Class Action Claimants shall be entitled to recover from proceeds under the Insurance Policies, to the extent available in respect of any such Existing Equity Class Action Claims, and the recovery of such Existing Equity Class Action Claimants shall be solely limited to such proceeds, without any additional rights of enforcement or recovery as against the Released Parties.

9. **THIS COURT ORDERS** that: (i) the definition of “Insurance Policies” in the Plan of Arrangement shall be deemed to include, without limitation, those policies that are listed in Schedule “B” to this Order, and (ii) except as expressly stated herein and in the Plan of Arrangement, nothing in the Plan of Arrangement or this Order shall alter the obligations of any insurer under the Insurance Policies.

10. **THIS COURT ORDERS** that Just Energy and Mr. James Brown shall take reasonable steps to maintain and enforce the Insurance Policies and shall refrain from taking any action which is reasonably likely to jeopardize or vitiate the existing coverage under the Insurance Policies. Just Energy shall provide notice of any coverage dispute under any of the Insurance

Policies (such dispute, a “**Coverage Dispute**”) to counsel to the Existing Equity Class Action Claimants as soon as practicable and, in any event, no later than 30 days after receiving formal notice of such Coverage Dispute. Just Energy and/or its directors and/or officers, as applicable, shall not finally resolve any Coverage Dispute without providing counsel to the Existing Equity Class Action Claimants with the reasonable opportunity to object to and, if deemed advisable, commence judicial proceedings in respect of, the Coverage Dispute and the proposed resolution thereof on behalf of the Existing Equity Class Action Claimants.

11. **THIS COURT ORDERS** that all Existing Equity Class Action Claimants shall be irrevocably and forever limited solely to recovery from the proceeds of the Insurance Policies payable on behalf of Just Energy or its directors and officers in respect of any such Existing Equity Class Action Claims, and such Existing Equity Class Action Claimants shall have no right to, and shall not, directly or indirectly, make any claim or seek any recoveries from any of the Released Parties or any of their respective current or former officers and directors in respect of any Existing Equity Class Action Claims, other than enforcing their rights to be paid by the applicable insurer(s) from the proceeds of the applicable Insurance Policies.

12. **THIS COURT ORDERS** that nothing contained in the Plan of Arrangement or paragraphs 8 to 12 of this Order prejudices, compromises, releases or otherwise affects (i) any right or defence of any insurer in respect of an Insurance Policy, or (ii) any Existing Equity Class Action Claimant from recovering against Just Energy’s current and former directors and officers for any liabilities or claims attributable to any such director or officer’s fraud, wilful misconduct, criminal act or criminal omission, as determined by the final, non-appealable judgment of a court of competent jurisdiction, provided that all defence costs of any action referred to in this subsection (ii) shall not be paid by any of the Just Energy Entities and there



shall be no claim over against any Released Party. Notwithstanding any other provision of this Order or the Plan of Arrangement, nothing in the Plan of Arrangement or this Order shall restrict, release or in any way compromise any Existing Equity Class Action Claim or recovery thereunder against any Person other than: (i) Just Energy, and (ii) the former or current directors and officers of Just Energy.

13. **THIS COURT ORDERS** that the transactions contemplated by and to be implemented pursuant to the Plan of Arrangement shall not be void or voidable under federal or provincial law and shall not constitute and shall not be deemed to be oppressive conduct, preferences, assignments, fraudulent conveyances, transfers at undervalue, or other reviewable transactions under any applicable federal or provincial legislation relating to oppression, preferences, assignments, fraudulent conveyances or transfers at undervalue.

14. **THIS COURT ORDERS** that from and after the Effective Date any conflict between (i) the Plan of Arrangement, and (ii) the covenants, warranties, representations, terms, conditions, provisions or obligations, expressed or implied, of any contract, mortgage, security agreement, indenture, trust indenture, note, loan agreement, commitment letter, agreement for sale, lease or other agreement, written or oral and any and all amendments or supplements thereto existing between any Person and any of the Just Energy Entities as at the Effective Date, will be deemed to be governed by the terms, conditions and provisions of the Plan of Arrangement and this Order, which shall take precedence and priority.

15. **THIS COURT ORDERS** that notwithstanding any other provision of this Order: (i) nothing in this Order shall affect the rights and remedies of or available to the Credit Facility Lenders, the Credit Facility Administrative Agent or the Collateral Agent (in their respective

capacities as such), which rights and remedies will be governed by the Credit Agreement and the other Credit Documents (as defined in the Credit Agreement); and (ii) all rights and obligations of any party under Just Energy's surety bonds maintained in the ordinary course of business, surety payment and indemnity agreements, surety collateral agreements governing collateral, if any, in connection with Just Energy's surety bonds, and/or ordinary course premium payments to a surety for Just Energy's surety bonds (collectively, the "**Surety Bond Program**") and all liens and security interests, if any, granted pursuant to or in connection with the Surety Bond Program, shall continue in full force and effect and are not discharged, released or affected by the Plan of Arrangement or this Order in any way.

#### **No Default**

16. **THIS COURT ORDERS** that from and after the Effective Date, all Persons shall be deemed to have waived any and all defaults or events of defaults, third party change of control rights or any non-compliance with any covenant, warranty, representation, term, provision, condition or obligation, expressed or implied, in any contract, instrument, credit document, lease, licence, guarantee, agreement for sale or other agreement, written or oral, in each case relating to, arising out of, or in connection with, the Debt or the Debt Documents, the Affected Equity, the Support Agreement, the Support Agreement Supplement, the Backstop Commitment Letter, the Subscription Agreement, the Private Placement, the Convertible Debentureholder Support Agreement, the Arrangement, the Plan of Arrangement, the transactions contemplated under the Plan of Arrangement and any and all proceedings commenced with respect to or in connection with the Plan of Arrangement and any and all amendments or supplements thereto, provided however that notwithstanding any provision of this Order or the Plan of Arrangement, nothing herein or therein shall affect the obligations of

any of the Just Energy Entities to any employee thereof in their capacity as such, including any contract of employment between any Person and any of the Just Energy Entities (other than with respect to the Affected Equity and the Affected Equity Claims). Any and all notices of default and demands for payment or any step or proceeding taken or commenced in connection with any of the foregoing shall be deemed to have been rescinded and of no further force or effect, provided that nothing shall be deemed to excuse the Just Energy Entities and their respective successors from performing their obligations under the Plan of Arrangement.

#### **Releases and Injunctions**

17. **THIS COURT ORDERS** that, from and after the Effective Date, at the time and in the sequence, as applicable, set forth in the Plan of Arrangement, the releases and injunctions set forth in Article 7 of the Plan of Arrangement shall be binding and effective as set out in the Plan of Arrangement.

#### **Aid and Recognition**

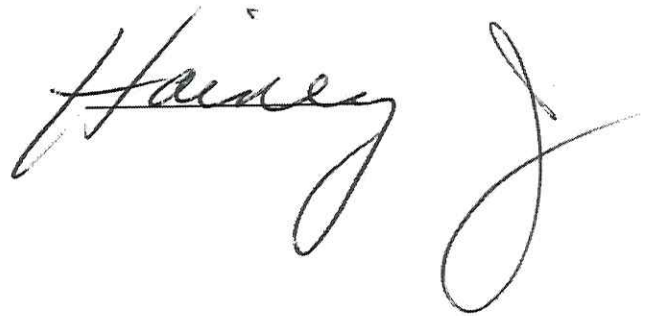
18. **THIS COURT ORDERS** that this Order shall have full force and effect in all other provinces and territories of Canada and shall be enforced in the courts of each of the provinces and territories of Canada in the same manner in all respects as if this Order had been made by the Court enforcing it.

19. **THIS COURT REQUESTS** the aid and recognition of any court or judicial, regulatory or administrative body having jurisdiction in Canada, the United States or elsewhere to give effect to this Order and to assist the Applicants (and any of the other Just Energy Entities) and their respective agents in carrying out the terms of this Order. All courts and all judicial,



regulatory and administrative bodies are hereby respectfully requested to make such orders and to provide such assistance to the Applicants (and any of the other Just Energy Entities) as may be necessary or desirable to give effect to this Order or to assist the Applicants (and any of the other Just Energy Entities) and their respective agents in carrying out the terms of this Order.

20. **THIS COURT ORDERS** that each of the Applicants be at liberty and is hereby authorized and empowered, including as foreign representatives as appointed pursuant to paragraphs 67 and 68 of the Interim Order, to apply to any court, tribunal, or regulatory or administrative body, wherever located, for the recognition of this Order and for assistance in carrying out the terms of this Order.



ENTERED AT / INSCRIT À TORONTO  
ON / BOOK NO:  
LE / DANS LE REGISTRE NO:

SEP 03 2020

PER / PAR:



**SCHEDULE "A"**

**Amended and Restated Plan of Arrangement**

Court File No. CV-20-00643596-00CL

**ONTARIO  
SUPERIOR COURT OF JUSTICE  
COMMERCIAL LIST**

**IN THE MATTER OF AN APPLICATION UNDER SECTION 192 OF THE  
CANADA BUSINESS CORPORATIONS ACT, R.S.C. 1985, c. C-44,  
AS AMENDED**

**AND IN THE MATTER OF RULE 14.05(2) OF THE *RULES OF CIVIL  
PROCEDURE***

**AND IN THE MATTER OF A PROPOSED ARRANGEMENT OF JUST  
ENERGY GROUP INC. AND 12175592 CANADA INC.**

**AMENDED AND RESTATED PLAN OF ARRANGEMENT**

**August 25, 2020**

**As amended and restated September 2, 2020**

## TABLE OF CONTENTS

	Page
ARTICLE 1 INTERPRETATION.....	1
1.1 Definitions.....	1
1.2 Articles of Reference .....	14
1.3 Interpretation Not Affected by Headings.....	15
1.4 Gender and Number.....	15
1.5 Date for any Action.....	15
1.6 Time .....	15
1.7 Statutory References .....	15
1.8 Successors and Assigns.....	15
1.9 Currency.....	15
1.10 Governing Law .....	15
ARTICLE 2 TREATMENT OF NOTEHOLDERS AND EXISTING SHAREHOLDERS.....	16
2.1 Treatment of Senior Unsecured Debtholders.....	16
2.2 Treatment of Convertible Debentureholders .....	16
2.3 Treatment of Existing Equity Holders .....	17
2.4 Treatment of Backstoppers .....	17
2.5 Treatment of Class A Special Shareholders.....	18
2.6 Unaffected Persons .....	18
ARTICLE 3 PRIVATE PLACEMENT.....	18
3.1 Issuance of Private Placement Shares.....	18
ARTICLE 4 ISSUANCES, DISTRIBUTIONS AND ELECTIONS .....	18
4.1 Delivery of New Term Loans .....	18
4.2 Delivery of New Subordinated Notes .....	19
4.3 Delivery of New Common Shares .....	19
4.4 No Liability in Respect of Deliveries .....	19
4.5 Election to Participate in New Equity Offering.....	20
ARTICLE 5 ARRANGEMENT .....	20
5.1 Corporate Authorizations.....	20
5.2 Articles of Arrangement and Effective Date .....	20
5.3 Binding Effect.....	21
5.4 The Arrangement .....	21
5.5 Securities Law Matters .....	26
5.6 Stated Capital.....	27
ARTICLE 6 IMPLEMENTATION OF ARRANGEMENT .....	27
6.1 Withholding Rights.....	27
6.2 Allocation of Payments.....	27
6.3 Fractional Interests.....	28
6.4 Calculations.....	28

**TABLE OF CONTENTS**  
(continued)

	<b>Page</b>
ARTICLE 7 RELEASES .....	28
7.1 Release of Released Parties and Extinguishment of Affected Equity Claims .....	28
7.2 Injunctions.....	29
7.3 Existing Equity Class Action Claims.....	29
ARTICLE 8 CONDITIONS PRECEDENT TO PLAN IMPLEMENTATION.....	29
8.1 Conditions Precedent to Implementation of this Plan.....	29
8.2 Effectiveness .....	30
ARTICLE 9 MISCELLANEOUS .....	31
9.1 Waiver of Defaults .....	31
9.2 Amendments to the Plan of Arrangement.....	31
9.3 Consents, Waivers and Agreements .....	32
9.4 Paramountcy .....	33
9.5 Credit Facility Lenders .....	33
9.6 Deeming Provisions .....	33
9.7 Severability .....	33
9.8 Term Loan Debtholders and Initial Backstoppers .....	33
9.9 Convertible Debentureholders .....	34
9.10 Notices .....	34
9.11 Further Assurances.....	35



**PLAN OF ARRANGEMENT  
UNDER SECTION 192 OF THE  
CANADA BUSINESS CORPORATIONS ACT**

**ARTICLE 1  
INTERPRETATION**

**1.1 Definitions**

“**\$100 Million Convertible Debentures**” means the \$100,000,000 aggregate principal amount of 6.75% convertible unsecured senior subordinated debentures of the Company maturing March 31, 2023, issued on February 22, 2018 pursuant to the \$100 Million Debenture Indenture.

“**\$100 Million Debenture Indenture**” means the trust indenture made as of February 22, 2018 between the Company and the \$100 Million Debenture Trustee, as may be supplemented, amended or restated from time to time.

“**\$100 Million Debenture Trustee**” means Computershare as trustee under the \$100 Million Debenture Indenture.

“**121 Canada**” means 12175592 Canada Inc.

“**\$150 Million Bond Trustee**” means U.S. Bank Trustees Limited as trustee under the \$150 Million Convertible Bonds Trust Deed.

“**\$150 Million Convertible Bonds**” means the US\$150 million aggregate principal amount of the 6.5% convertible bonds of the Company issued on January 29, 2014, pursuant to the \$150 Million Convertible Bonds Trust Deed.

“**\$150 Million Convertible Bonds Trust Deed**” means the trust deed dated as of January 29, 2014, between the Company, the \$150 Million Bond Trustee and Elavon Financial Services Limited, UK Branch.

“**\$160 Million Convertible Debentures**” means the \$160,000,000 aggregate principal amount of 6.75% convertible unsecured senior subordinated debentures of the Company maturing December 31, 2021, issued on October 5, 2016 pursuant to the \$160 Million Debenture Indenture.

“**\$160 Million Debenture Indenture**” means the trust indenture made as of October 5, 2016 between the Company and the \$160 Million Debenture Trustee as may be supplemented, amended or restated from time to time.

“**\$160 Million Debenture Trustee**” means Computershare as trustee under the \$160 Million Debenture Indenture.

“**8704104**” means 8704104 Canada Inc., a subsidiary of Just Energy.

“**Additional Subscription Shares**” means the “Additional Subscription Shares” (as defined in the Backstop Commitment Letter) that may be issued following the Common Share Consolidation to the Backstoppers pursuant to the Backstop Commitment Letter and Section 5.4 of this Plan.

- 2 -

“**Affected Equity**” means the securities referred to in clause (ii) of the definition of “Existing Equity”.

“**Affected Equity Claims**” means an equity claim (as defined in section 2(1) of the *Companies’ Creditors Arrangement Act*) in respect of the Just Energy Entities, other than an Existing Equity Class Action Claim.

“**Allotted Offered Shares**” means, with respect to a Participating Securityholder, the number of Offered Shares determined by dividing that Participating Securityholder’s Subscription Amount by the Subscription Price.

“**Amended & Restated Term Loan Agreement**” means the amended and restated Term Loan Agreement, in the form appended to the Support Agreement, which, for the avoidance of doubt, shall not constitute a Senior Unsecured Debt Document.

“**Amended & Restated Term Loan Documents**” means the Amended & Restated Term Loan Agreement and all related documentation required under the Amended & Restated Term Loan Agreement, including without limitation, all guarantees and security documentation related thereto and required by Section 3.01 thereof to be delivered as a condition precedent to the effectiveness of the Amended & Restated Term Loan Agreement and for greater certainty, includes the Continuing Guarantees.

“**Applicants**” means, collectively, Just Energy and 121 Canada.

“**Arrangement**” means an arrangement under section 192 of the CBCA on the terms and subject to the conditions set out in this Plan, subject to any amendments or variations thereto made in accordance with the Support Agreement, the Backstop Commitment Letter and this Plan or made at the direction of the Court in the Interim Order or the Final Order.

“**Arrangement Resolution**” means, collectively, the resolutions of the Senior Unsecured Debtholders, the Convertible Debentureholders and the Shareholders, in substantially the form attached to the Information Circular, to be considered at the Meetings to, among other things, approve the Arrangement and this Plan.

“**Articles of Arrangement**” means the articles of arrangement of the Applicants in respect of the Arrangement required under Subsection 192(6) of the CBCA to be sent to the Director after the Final Order is made, which shall include this Plan, with any such modifications as may be acceptable to the Applicants and made in accordance with the terms of the Support Agreement and the Backstop Commitment Letter.

“**Backstop Commitment**” means the commitment of each Backstopper to purchase its share of the Backstopped Shares, pursuant to and in accordance with the terms of this Plan, the Interim Order, the Final Order and the Backstop Commitment Letter.

“**Backstop Commitment Fee**” means a cash commitment fee in the amount of US\$2,190,000, which is payable in accordance with the Backstop Commitment Letter and shall be applied by the Initial Backstoppers to purchase the Backstop Commitment Fee Shares.



- 3 -

“**Backstop Commitment Fee Shares**” means the aggregate of 367,040 Common Shares to be issued following the Common Share Consolidation to the Initial Backstoppers in accordance with the Backstop Commitment Letter and Section 5.4 of this Plan.

“**Backstop Commitment Letter**” means the backstop commitment letter dated as of July 8, 2020 among Just Energy and the Backstoppers, pursuant to which the Backstoppers agreed to, among other things, acquire any of the Offered Shares not otherwise purchased by Eligible Securityholders pursuant to the New Equity Offering.

“**Backstop Funding Fee**” means a cash funding fee in the amount of US\$2,920,000, which is payable in accordance with the Backstop Commitment Letter and shall be applied by the applicable Backstoppers to purchase the Backstop Funding Fee Shares.

“**Backstop Funding Fee Shares**” means the aggregate of 489,386 Common Shares to be issued following the Common Share Consolidation to the applicable Backstoppers in accordance with the Backstop Commitment Letter and Section 5.4 of this Plan.

“**Backstop Percentage**” means, with respect to each Backstopper, its Backstop Commitment divided by the aggregate Backstop Commitments of all Backstoppers.

“**Backstopped Shares**” means the Offered Shares, excluding the Offered Shares to be issued to Participating Securityholders.

“**Backstoppers**” means those Persons who have entered into the Backstop Commitment Letter and any Person (or their permitted assigns) that executes a Joinder (as defined in the Backstop Commitment Letter) and becomes a party to the Backstop Commitment Letter in accordance therewith.

“**Bondholders**” means holders of the \$150 Million Convertible Bonds.

“**Business Day**” means any day, other than a Saturday or a Sunday or civic holiday, on which commercial banks are generally open for business in Toronto, Ontario.

“**Canadian Securities Commissions**” means, collectively, the applicable securities commissions or regulatory authorities in each of the provinces and territories of Canada.

“**Canadian Securities Laws**” means, collectively, and, as the context may require, the applicable securities laws of each of the provinces and territories of Canada, and the respective regulations and rules made under those securities laws together with all applicable published policy statements, instruments, blanket orders and rulings of the Canadian Securities Commissions and all discretionary orders or rulings, if any, of the Canadian Securities Commissions made in connection with the transactions contemplated by this Agreement together with applicable published policy statements of the Canadian Securities Administrators, as the context may require.

“**CBCA**” means the *Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44.

“**CDS**” means CDS Clearing and Depository Services Inc., or any of its successors or assigns.

**“Certificate of Arrangement”** means the certificate of arrangement to be issued by the Director pursuant to Section 192(7) of the CBCA giving effect to the Articles of Arrangement and this Plan in accordance with Section 262 of the CBCA.

**“Claims”** means any right or claim of any Person that may be asserted or made in whole or in part against the applicable Persons, or any of them, in any capacity, whether or not asserted or made, in connection with any indebtedness, liability or obligation of any kind whatsoever, and any interest accrued thereon or costs payable in respect thereof, whether at law or in equity, including by reason of the commission of a tort (intentional or unintentional), by reason of any breach of contract or other agreement (oral or written), by reason of any breach of duty (including, any legal, statutory, equitable or fiduciary duty) or by reason of any equity interest, right of ownership of or title to property or assets or right to a trust or deemed trust (statutory, express, implied, resulting, constructive or otherwise), and together with any security enforcement costs or legal costs associated with any such claim, and whether or not any indebtedness, liability or obligation is reduced to judgment, liquidated, unliquidated, fixed, contingent, matured, unmatured, disputed, undisputed, legal, equitable, secured, unsecured, perfected, unperfected, present or future, known or unknown, by guarantee, warranty, surety or otherwise, and whether or not any right or claim is executory or anticipatory in nature, including any claim made or asserted against the applicable Persons, or any of them, through any affiliate, subsidiary, associated or related Person, or any right or ability of any Person to advance a claim for an accounting, reconciliation, contribution, indemnity, restitution or otherwise with respect to any matter, grievance, action (including any class action or proceeding before an administrative or regulatory tribunal), cause or chose in action, whether existing at present or commenced in the future.

**“Class A Minority Shareholder Pro Rata Share”** means, with respect to each Class A Minority Shareholder, the percentage that the number of such Class A Minority Shareholder’s Class A Special Shares bears to the total number of Class A Special Shares held by all Class A Minority Shareholders.

**“Class A Minority Shareholder Settlement Shares”** means the 69,348 Common Shares to be issued following the Common Share Consolidation to the Class A Minority Shareholders in accordance with Section 5.4 of this Plan, subject to Section 6.3 of this Plan.

**“Class A Minority Shareholders”** means the Class A Special Shareholders other than the Class A Principal Shareholder.

**“Class A Principal Shareholder”** means the Class A Special Shareholder holding the majority of the Class A Special Shares.

**“Class A Principal Shareholder Confidentiality, Non-Competition and Non-Solicitation Agreement”** means that certain confidentiality, non-competition and non-solicitation agreement between Just Energy and the Class A Principal Shareholder and appended as Exhibit A to the Class A Principal Shareholder Employment Agreement.

**“Class A Principal Shareholder Employment Agreement”** means that certain executive employment agreement between Just Energy and the Class A Principal Shareholder.



“**Class A Principal Shareholder Settlement Shares**” means the 360,610 Common Shares to be issued following the Common Share Consolidation to the Class A Principal Shareholder in accordance with Section 5.4 of this Plan.

“**Class A Special Share Claims**” means any and all Claims arising under or relating to the Class A Special Shares, the Class A Special Share Documents and the articles of 8704104 (as amended pursuant to the certificate of amendment dated September 28, 2018).

“**Class A Special Share Documents**” means, collectively, (i) that certain purchase agreement dated September 10, 2018, among Just Energy, 8704104, and the sellers and other shareholders party thereto, (ii) that certain call rights agreement dated September 30, 2018, among Just Energy and the shareholders party thereto, (iii) the Class A Principal Shareholder Employment Agreement, and (iv) and any and all the documents ancillary thereto or otherwise relating to the Class A Special Shares; provided however that, the Class A Special Share Documents shall not include the Class A Principal Shareholder Confidentiality, Non-Competition and Non-Solicitation Agreement.

“**Class A Special Shareholder**” means a holder of Class A Special Shares.

“**Class A Special Shares**” means the Class A Special Shares in the capital of 8704104.

“**Clearstream**” means Clearstream Banking, or any of its successors or assigns.

“**Collateral Agent**” means National Bank of Canada, in its capacity as collateral agent for the Senior Secured Creditors.

“**Common Share Consolidation**” means the consolidation of the Existing Common Shares on the basis of one (1) Common Share for every thirty-three (33) Existing Common Shares. As a result, the Existing Common Shares will be consolidated into 4,595,169 Common Shares following the Common Share Consolidation.

“**Common Shareholder**” means a holder of Common Shares.

“**Common Shares**” means common shares in the capital of Just Energy.

“**Company**” or “**Just Energy**” means Just Energy Group Inc.

“**Computershare**” means Computershare Trust Company of Canada.

“**Continuing Guarantees**” means any guarantee or lien documentation provided by any Person other than a Just Energy Entity in favour of the Term Loan Agent on behalf of the lenders under the Term Loan Agreement which, for the avoidance of doubt, shall not constitute a Senior Unsecured Debt Document.

“**Convertible Debenture Debt Documents**” means, collectively: (i) the \$160 Million Debenture Indenture; (ii) the \$100 Million Debenture Indenture; and (iii) all related documentation.

“**Convertible Debenture Exchange Shares**” means the aggregate 9,339,379 Common Shares to be issued following the Common Share Consolidation to Convertible Debentureholders in

- 6 -

exchange for their Convertible Debentureholder Claims in accordance with Section 5.4 of this Plan, subject to Section 6.3 of this Plan.

“**Convertible Debentureholder Claims**” means all Obligations in respect of the Convertible Debentures and the Convertible Debenture Debt Documents.

“**Convertible Debentureholder Pro Rata Share**” means the percentage that the principal amount of Convertible Debentures held by a Convertible Debentureholder bears to the aggregate principal amount of all Convertible Debentures immediately prior to the Effective Time.

“**Convertible Debentureholder Support Agreement**” means the support agreement (and all schedules and exhibits thereto) among Just Energy and certain Convertible Debentureholders dated August 25, 2020, as the same may be amended or restated from time to time in accordance with its terms.

“**Convertible Debentureholders**” means the holders of the Convertible Debentures.

“**Convertible Debentureholders’ Meeting**” means the meeting of the Convertible Debentureholders to be held on the Meeting Date in accordance with the Interim Order to consider and, if deemed advisable, approve the Arrangement Resolution and to consider such other matters as may properly come before such meeting, and any adjournment(s) or postponement(s) thereof.

“**Convertible Debentures**” means, collectively, the \$160 Million Convertible Debentures and the \$100 Million Convertible Debentures.

“**Corporation Released Parties**” means, collectively, the Just Energy Entities, and each of their respective current and former directors, officers, managers, partners, employees, auditors, financial advisors, legal counsel and agents.

“**Court**” means the Ontario Superior Court of Justice (Commercial List).

“**Credit Agreement**” means the eighth amended and restated credit agreement dated as of April 18, 2018, by and among Just Energy Ontario L.P., Just Energy (U.S.) Corp., as borrowers, the Credit Facility Administrative Agent and the Credit Facility Lenders, as such credit agreement may be amended, restated, supplemented or otherwise modified from time to time.

“**Credit Facility Administrative Agent**” means National Bank of Canada, in its capacity as administrative agent for the Credit Facility Lenders.

“**Credit Facility Lenders**” means each of the lenders party to the Credit Agreement from time to time and each of their respective affiliates that is a cash management services provider and/or a hedge provider to any of the Just Energy Entities.

“**Debt**” means the debt outstanding under the Debt Documents.

“**Debt Documents**” means, collectively, the Senior Unsecured Debt Documents and the Convertible Debenture Debt Documents.



- 7 -

**“Debtholder Claims”** means, collectively, the Senior Unsecured Debtholder Claims and the Convertible Debentureholder Claims.

**“Debtholders”** means, collectively, the Senior Unsecured Debtholders and the Convertible Debentureholders.

**“Director”** means the Director appointed under Section 260 of the CBCA.

**“DSGs”** means deferred share grants of the Company issued pursuant to the 2010 Directors’ Compensation Plan, as amended from time to time.

**“DTC”** means the Depository Trust & Clearing Corporation, or any of its successors or assigns.

**“Effective Date”** means the date shown on the Certificate of Arrangement issued by the Director.

**“Effective Time”** means 12:01 a.m. on the Effective Date or such other date or time as the Applicants may determine.

**“Eligible Securityholder”** means a Person that: (i) is on the Record Date a Senior Unsecured Debtholder, Convertible Debentureholder or Common Shareholder; or (ii) a Holding Preferred Shareholder; and (iii) if such Person referred to in (i) or (ii) is resident outside of Canada or the United States, is qualified to participate in the New Equity Offering in accordance with the laws of its jurisdiction of residence and has provided evidence satisfactory to Just Energy to demonstrate such qualification.

**“Equity Allocation”** means:

- (i) in respect of the Senior Unsecured Debtholders, 1,476,957 Offered Shares;
- (i) in respect of the Convertible Debentureholders, 16,781,687 Offered Shares;
- (ii) in respect of the Preferred Shareholders, 2,796,948 Offered Shares; and
- (iii) in respect of the Common Shareholders, 8,256,938 of the Offered Shares.

**“Escrow Agent”** means the escrow agent appointed pursuant to the Escrow Agreement.

**“Escrow Agreement”** means an escrow agreement on customary terms and conditions to be entered into in connection with the New Equity Offering, in form and substance acceptable to the Company and the Initial Backstoppers, each acting reasonably.

**“Euroclear”** means Euroclear Bank SA/NV, as operator of the Euroclear System, or any of its successors or assigns.

**“Existing Common Shareholders”** means holders of Existing Common Shares.

**“Existing Common Shares”** means the Common Shares of Just Energy issued and outstanding on the Effective Date immediately prior to the Effective Time but excluding, for greater certainty, the Offered Shares.

**“Existing Equity”** means: (i) all Existing Common Shares, Existing Preferred Shares, RSGs, PBGs and DSGs and (ii) all options, warrants, rights or similar instruments derived from, relating to, or exercisable, convertible or exchangeable therefor (including, for the avoidance of doubt, such rights existing under the Class A Special Shares and the Class A Special Share Documents), in each case that are issued and outstanding immediately prior to the Effective Time.

**“Existing Equity Class Action Claims”** means, collectively: (i) Civil Action 20-590 *Thaddeus White, et al. v. Just Energy Group Inc., et al.*; (ii) *Gilchrist v. Just Energy Group Inc., et al.* (Ontario Superior Court of Justice, Court File No. CV-19-627174-00CP) commenced on September 11, 2019; (iii) *Saha v. Just Energy Group Inc., et al.* (Ontario Superior Court of Justice, Court File No. CV-19-630737-00CP); and (iv) any claim for contribution or indemnity in respect of or related to those claims listed in (i) to (iii) above.

**“Existing Equity Holders”** means holders of any Existing Equity.

**“Existing Preferred Shareholders”** means holders of Existing Preferred Shares.

**“Existing Preferred Shares”** means the Preferred Shares of Just Energy issued and outstanding on the Effective Date immediately prior to the Effective Time.

**“Final Order”** means the final order of the Court approving this Plan and providing for the treatment of Existing Equity Class Action Claims and Affected Equity Claims as contemplated herein, as such order may be amended at any time prior to the Effective Date or, if appealed, then unless such appeal is withdrawn or denied, as affirmed or amended on appeal.

**“Governmental Entity”** means any government, regulatory authority, governmental department, agency, commission, bureau, official, minister, Crown corporation, court, board, tribunal or dispute settlement panel or other law, rule or regulation-making organization or entity: (a) having or purporting to have jurisdiction on behalf of any nation, province, territory or state or any other geographic or political subdivision of any of them; or (b) exercising, or entitled or purporting to exercise any administrative, executive, judicial, legislative, policy, regulatory or taxing authority or power.

**“Holding Preferred Shareholder”** in respect of a Preferred Share, means a Preferred Shareholder of such Preferred Share as of the Record Date that continues to hold all such Preferred Shares held as of the Record Date until the Effective Date.

**“Information Circular”** has the meaning ascribed thereto in the Interim Order.

**“Initial Backstoppers”** means the Backstoppers that executed the Backstop Commitment Letter on July 8, 2020.

**“Insurance Policies”** means, collectively, the insurance policies of Just Energy that are available to pay insured claims in respect of Just Energy or its current or former directors and officers including, without limitation, Existing Equity Class Action Claims.

**“Interim Order”** means the interim order of the Court pursuant to Section 192(4) of the CBCA, containing declarations and directions with respect to the Arrangement and the Meetings issued pursuant to the application of the Applicants, as such order may be amended or supplemented by



further order of the Court at any time prior to the Effective Date or, if appealed, then unless such appeal is withdrawn or denied, as affirmed or amended on appeal.

“**Intermediary**” means a broker, custodian, investment dealer, nominee, bank, trust company or other intermediary, and “**Intermediaries**” means more than one Intermediary.

“**Just Energy Entities**” means, collectively, Just Energy and all of its direct and indirect subsidiaries.

“**Law**” or “**Laws**” means any law, statute, order, decree, consent decree, judgment, rule regulation, ordinance or other pronouncement having the effect of law whether in Canada, the United States or any other country, or any domestic or foreign state, county, province, city or other political subdivision or of any Governmental Entity.

“**Majority Supporting Convertible Debentureholders**” means, collectively, Supporting Convertible Debentureholders holding in aggregate more than half (50%) of the aggregate principal amount of Convertible Debentures held by all Supporting Convertible Debentureholders, at the applicable time.

“**Management Incentive Plan**” means a new management incentive plan for employees of the Just Energy Entities, which shall provide for the granting of awards comprised of shares of Just Energy as determined by the board of directors of the reorganized Just Energy (or the applicable compensation committee) following the Effective Date, with grants thereunder not to exceed 5% of the issued and outstanding Common Shares following the Effective Date.

“**Meeting Date**” means August 25, 2020, subject to any postponement or adjournment of that date pursuant to the Interim Order or any other Order.

“**Meetings**” means, collectively, the Shareholders’ Meeting, the Senior Unsecured Debtholders’ Meeting and the Convertible Debentureholders’ Meeting.

“**New Common Shares**” means, collectively, the Senior Unsecured Debtholder Exchange Shares, the Convertible Debenture Exchange Shares, the Preferred Shareholder Exchange Shares, the Offered Shares, the Private Placement Shares, the Class A Principal Shareholder Settlement Shares and Class A Minority Shareholder Settlement Shares.

“**New Directors**” means James Bell, Scott Gahn, Tony Horton, Steven Murray, Dallas Ross, Steven Schaefer and Marcie Zlotnik.

“**New Equity Offering**” means the offering of Offered Shares to Eligible Securityholders pursuant to this Plan.

“**New Equity Offering Right**” means the right of each Eligible Securityholder to participate in the New Equity Offering, in accordance with the terms of this Plan. For greater certainty, in respect of a New Equity Offering Right granted to an Eligible Securityholder that is a Common Shareholder as of the Record Date, such New Equity Offering Right applies identically in respect of each Existing Common Share.

**“New Subordinated Notes”** means the new subordinated notes to be issued by Just Energy pursuant to the New Subordinated Notes Indenture and allocated among the Convertible Debentureholders in a principal amount equal to their applicable Convertible Debentureholder Pro Rata Share, which shall be in an aggregate principal amount of \$15 million and shall (i) be denominated in Canadian dollars, (ii) have a 6-year maturity, (iii) have an annual interest rate of 7%, which shall be payable semi-annually in kind, (iv) be callable by Just Energy at any time at par plus accrued interest for cash (with no call protections), (v) require Just Energy to offer to repurchase the New Subordinated Notes at a price equal to 101% of par upon a change of control, (vi) require unanimous holder consent to any amendment to the maturity date, the principal, the interest rate, or the amount or timing of payment of principal or interest, (vii) not provide for a conversion right into equity of Just Energy or any of its affiliates, (viii) not be listed for trading on any securities exchange, (ix) be subordinated to the Obligations under the Credit Agreement and the New Term Loans in all respects (in the same manner and on the same terms as contained in the Convertible Debenture Debt Documents, including Article 5 of the \$100 Million Debenture Indenture and \$160 Million Debenture Indenture), (x) not be secured against any assets or property of Just Energy or any of its direct or indirect subsidiaries; (xi) not be guaranteed by any direct or indirect subsidiary of Just Energy; and (xii) except as provided in the foregoing, shall be substantially similar to the terms of the Convertible Debentures, or as otherwise agreed by Just Energy, the Term Loan Debtholders and the Majority Supporting Convertible Debentureholders, each acting reasonably.

**“New Subordinated Notes Indenture”** means the indenture to be entered into on the Effective Date by Just Energy and the New Subordinated Notes Trustee pursuant to which the New Senior Secured Notes will be issued.

**“New Subordinated Notes Trustee”** means the indenture trustee under the New Subordinated Notes Indenture, as agreed to by the Applicants and the Majority Supporting Convertible Debentureholders, each acting reasonably.

**“New Term Loan Lender Information”** means such information and documentation as the Term Loan Agent may require from recipients of the New Term Loans in order to comply with any anti-money laundering, know your client, proceeds of crime and other applicable Laws to the Term Loan Agent, or any applicable customary policies or procedures of the Term Loan Agent.

**“New Term Loans”** means the new senior unsecured term loans to be issued pursuant to the Amended & Restated Term Loan Agreement in the principal amount of US \$205,900,000 and allocated among the Senior Unsecured Debtholders in a principal amount equal to their applicable Senior Unsecured Debtholder Pro Rata Share.

**“Obligations”** means all liabilities, duties and obligations, including without limitation principal and interest, any make whole, redemption or similar premiums, reimbursement obligations, fees, penalties, damages, guarantees, indemnities, costs, expenses or otherwise, and any other liabilities, duties or obligations, whether direct or indirect, absolute or contingent, due or to become due, or now existing or hereafter incurred, which may arise under, out of, or in connection with, the applicable Debt Document.



“**Offered Shares**” means 29,312,530 Common Shares to be issued following the Common Share Consolidation to the Eligible Securityholders pursuant to this Plan, subject to Section 6.3 of this Plan, and to the Backstoppers in accordance with the Backstop Commitment Letter and this Plan.

“**Offered Shares Participation Form**” means a certification and participation form delivered to Securityholders and completed by Eligible Securityholders in advance of the Participation Deadline in order to make certain acknowledgments, agreements and certifications (as applicable to the applicable Eligible Securityholder) and to participate in the New Equity Offering.

“**Offering Right Value**” means the fair market value as of the Effective Date of the New Equity Offering Right, as determined by the directors of Just Energy on or prior to the Effective Date and agreed to by the Term Loan Debtholders, acting reasonably.

“**Order**” means any order of the Court in these proceedings, including, without limitation, the Interim Order and the Final Order.

“**Outside Date**” means October 5, 2020, or such other date as determined in accordance with the Support Agreement and the Backstop Agreement.

“**Participating Securityholder**” has the meaning ascribed in Section 4.5.

“**Participation Deadline**” shall mean 5:00 p.m. (Toronto time) on August 28, 2020 or such other date as the Applicants and the Backstoppers may mutually determine, each acting reasonably.

“**PBGs**” means the performance bonus grants of the Company granted pursuant to the Company’s 2013 Performance Bonus Incentive Plan, as amended from time to time.

“**Person**” includes any individual, firm, partnership, joint venture, venture capital fund, association, trust, trustee, executor, administrator, legal personal representative, estate, group, body corporate (including a limited liability company and an unlimited liability company), corporation, unincorporated association or organization, governmental authority, syndicate or other entity, whether or not having legal status.

“**Plan**” means this plan of arrangement proposed under Section 192 of the CBCA, and any amendments or variations made in accordance with the terms of this Plan or made at the direction of the Court in the Final Order.

“**Preferred Shareholder**” means a holder of Preferred Shares.

“**Preferred Shareholder Exchange Shares**” means the aggregate 1,556,563 Common Shares to be issued following the Common Share Consolidation to Preferred Shareholders in exchange for their Preferred Shares, subject to Section 6.3 of this Plan.

“**Preferred Shareholder Pro Rata Share**” means the percentage that the number of Preferred Shares held by a Preferred Shareholder bears to the aggregate number of all Preferred Shares immediately prior to the Effective Time.

“**Preferred Shares**” means preferred shares in the capital of Just Energy.

- 12 -

**“Private Placement”** means the private placement pursuant to which the Term Loan Debtholders will purchase the Private Placement Shares in the aggregate amount of approximately \$3,670,000 at the Subscription Price, in accordance with the Support Agreement Supplement.

**“Private Placement Shares”** means New Common Shares to be issued to the Term Loan Debtholders pursuant to the Private Placement following the Common Share Consolidation.

**“Private Placement Subscription Amount”** means, in respect of a Term Loan Debtholder, an amount such Term Loan Debtholder has agreed to subscribe for pursuant to the Support Agreement Supplement at the Subscription Price.

**“Record Date”** means July 23, 2020.

**“Released Claims”** means, collectively, the matters that are subject to release and discharge pursuant to Article 7.

**“Released Parties”** means, collectively, the Corporation Released Parties and the Securityholder Released Parties, as applicable.

**“RSGs”** means restricted share grants of the Company granted pursuant to the Company’s 2010 Restricted Share Grant Plan, as amended from time to time.

**“Securities Laws”** means, collectively, Canadian Securities Laws and U.S. Securities Laws.

**“Securityholder Released Parties”** means, collectively, (i) the Trustees and the Term Loan Agent, (ii) the Term Loan Debtholders, (iii) the Backstoppers, (iv) Supporting Convertible Debentureholders, (v) for each of the entities named in the foregoing clauses (i) through (iv), each of their respective current and former directors, officers, managers, partners, employees, auditors, financial advisors, legal counsel and agents, and (vi) the Class A Special Shareholders and each of their respective financial advisors and legal counsel.

**“Securityholder Subscription Share Percentage”** means:

- (i) in respect of the Senior Unsecured Debtholders, the percentage that the principal amount of Senior Unsecured Debt held by a Senior Unsecured Debtholder bears to the aggregate principal amount of all Senior Unsecured Debt as of the Record Date;
- (ii) in respect of the Convertible Debentures, the percentage that the principal amount of Convertible Debentures held by a Convertible Debentureholder bears to the aggregate principal amount of all Convertible Debentures as of the Record Date;
- (iii) in respect of the Preferred Shareholders, the percentage that the number of Preferred Shares held by a Preferred Shareholder bears to the aggregate number of all Preferred Shares as of the Record Date; and
- (iv) in respect of the Common Shareholders, the percentage that the number of Common Shares held by a Common Shareholder bears to the aggregate number of all Common Shares as of the Record Date.



“**Securityholders**” means collectively, all Persons that are Senior Unsecured Debtholders, Convertible Debentureholders, Common Shareholders or Preferred Shareholders as of the Record Date.

“**Senior Secured Creditors**” has the meaning ascribed to “Senior Creditor” in the sixth amended and restated intercreditor agreement made as of September 1, 2015 between, among others, the Just Energy Entities party thereto from time to time, the Credit Facility Administrative Agent and the Collateral Agent, as such intercreditor agreement may be amended, restated, supplemented or otherwise modified from time to time.

“**Senior Unsecured Debt**” means, collectively, the debt outstanding under the Senior Unsecured Debt Documents.

“**Senior Unsecured Debt Documents**” means, collectively: (i) the Term Loan Agreement, (ii) the \$150 Million Convertible Bonds Trust Deed; and (iii) all related documentation, including, without limitation, all guarantee and security documentation, related to the foregoing.

“**Senior Unsecured Debtholder**” means a holder of Senior Unsecured Debt, in its capacity as such.

“**Senior Unsecured Debtholder Claims**” means all Obligations in respect of the Senior Unsecured Debt and the Senior Unsecured Debt Documents.

“**Senior Unsecured Debtholder Exchange Shares**” means the aggregate 821,959 Common Shares to be issued following the Common Share Consolidation to Senior Unsecured Debtholder in exchange for their Senior Unsecured Debtholder Claims in accordance with Section 5.4 of this Plan, subject to Section 6.3 of this Plan.

“**Senior Unsecured Debtholder Pro Rata Share**” means the percentage that the principal amount of Senior Unsecured Debt held by a Senior Unsecured Debtholder bears to the aggregate principal amount of all Senior Unsecured Debt immediately prior to the Effective Time.

“**Senior Unsecured Debtholders’ Meeting**” means the meeting of the Senior Unsecured Debtholders to be held on the Meeting Date in accordance with the Interim Order to consider and, if deemed advisable, approve the Arrangement Resolution and to consider such other matters as may properly come before such meeting, and any adjournment(s) or postponement(s) thereof

“**Shareholder**” means a holder of Common Shares or Preferred Shares, in its capacity as such.

“**Shareholders’ Meeting**” means the meeting of the Shareholders as of the Record Date to be held, pursuant to the Interim Order, to consider, among other things, the approval of the Arrangement.

“**Strategic Review**” means the Company’s strategic review announced on June 6, 2019, as further described in the affidavit of James Brown dated July 13, 2020, filed in these proceedings.

“**Subscription Amount**” means, in respect of a Participating Securityholder, an amount such Participating Securityholder has agreed to subscribe for, up to the maximum amount of its Securityholder Subscription Share Percentage of the applicable Equity Allocation, at the Subscription Price.

- 14 -

“**Subscription Price**” means \$3.412 per Offered Share.

“**Support Agreement**” means the support agreement (and all schedules and exhibits thereto) among Just Energy and the Term Loan Debtholders dated July 8, 2020, as the same may be amended or restated from time to time in accordance with its terms.

“**Support Agreement Supplement**” means the supplement to the Support Agreement among Just Energy and the Term Loan Debtholders dated August 25, 2020.

“**Supporting Convertible Debentureholders**” means, collectively, the Convertible Debentureholders that executed the Convertible Debentureholder Support Agreement on August 25, 2020.

“**Tax Act**” means the *Income Tax Act* (Canada).

“**Term Loan Agent**” means National Bank of Canada, as administrative agent under the Term Loan Agreement.

“**Term Loan Agreement**” means the US\$250 million loan agreement dated as of September 12, 2018, between the Company, the Term Loan Agent, Sagard Credit Partners, LP and the other Term Loan Debtholders party thereto, as amended, supplemented or otherwise modified prior to the Effective Date.

“**Term Loan Debtholders**” means the lenders under the Term Loan Agreement.

“**Transfer Agent**” means Computershare Investor Services Inc.

“**Trustees**” means, collectively, the \$100 Million Debenture Trustee, the \$160 Million Debenture Trustee and the \$150 Million Bond Trustee.

“**TSX**” means the Toronto Stock Exchange.

“**U.S. Securities Act**” means the U.S. Securities Act of 1933 and the rules and regulations promulgated thereunder.

“**U.S. Securities Exchange Act**” means the United States Securities Exchange Act of 1934 and the rules and regulations promulgated thereunder, or any successor statute.

“**U.S. Securities Laws**” means, collectively, the U.S. Securities Act, the U.S. Exchange Act and the rules and regulations of the U.S. Securities and Exchange Commission.

## 1.2 Articles of Reference

The terms “hereof”, “hereunder”, “herein” and similar expressions refer to this Plan and not to any particular article, section, subsection, clause or paragraph of this Plan, and include any agreements supplemental thereto. In this Plan, a reference to an article, section, subsection, clause or paragraph shall, unless otherwise stated, refer to an article, section, subsection, clause or paragraph of this Plan.



### **1.3 Interpretation Not Affected by Headings**

The division of this Plan into articles, sections, subsections, clauses and paragraphs and other portions, and the insertion of headings and a table of contents, are for convenience of reference only and shall not affect the construction or interpretation of this Plan.

### **1.4 Gender and Number**

In this Plan where the context requires, words importing the singular shall include the plural and vice versa and words importing the use of any gender shall include all genders.

### **1.5 Date for any Action**

In the event that the date on which any action is required to be taken hereunder is not a Business Day, such action shall be required to be taken on the next succeeding day which is a Business Day.

### **1.6 Time**

All times expressed herein are local time in Toronto, Ontario, Canada unless otherwise specified.

### **1.7 Statutory References**

Any reference in this Plan to a statute includes all rules, regulations, published policies and blanket orders made thereunder, and any and all amendments to the foregoing in force from time to time.

### **1.8 Successors and Assigns**

This Plan shall be binding upon and shall enure to the benefit of the heirs, administrators, executors, legal personal representatives, successors and assigns of any Person named or referred to in this Plan.

### **1.9 Currency**

Unless otherwise stated, all references herein to sums of money, cash or currency are expressed in lawful money of the Canada.

### **1.10 Governing Law**

This Plan shall be governed by and construed in accordance with the Laws of Ontario and the federal Laws of Canada applicable therein. All questions as to the interpretation or application of this Plan and all proceedings taken in connection with this Plan shall be subject to the exclusive jurisdiction of the Court.

**ARTICLE 2**  
**TREATMENT OF NOTEHOLDERS AND EXISTING SHAREHOLDERS**

**2.1 Treatment of Senior Unsecured Debtholders**

- (a) On the Effective Date, in accordance with the steps and sequence set forth in Section 5.4, each Senior Unsecured Debtholder shall receive its Senior Unsecured Debtholder Pro Rata Share of (i) the New Term Loans, and (ii) the Senior Unsecured Debtholder Exchange Shares, subject to the treatment of fractional interests in accordance with Section 6.3 of this Plan.
- (b) The compensation, the reasonable and documented fees, expenses and disbursements (including, without limitation, the reasonable and documented fees, expenses and disbursements of attorneys, advisors or agents retained or utilized by the Term Loan Agent, the Term Loan Debtholders and the \$150 Million Bond Trustee, as applicable, acting reasonably), in accordance with the applicable Senior Unsecured Debt Documents shall be paid in full in cash by the Applicants pursuant to the applicable Senior Unsecured Debt Documents.
- (c) After giving effect to the terms of this Section 2.1, (i) the Obligations of the Just Energy Entities with respect to the Senior Unsecured Debt, the Senior Unsecured Debt Documents and the Senior Unsecured Debtholder Claims shall, and shall be deemed to, have been irrevocably and finally extinguished, (ii) each Senior Unsecured Debtholder shall have no further right, title or interest in or to the Senior Unsecured Debt or its Senior Unsecured Debtholder Claims, and (iii) the Senior Unsecured Debt, the Senior Unsecured Debt Documents and the Senior Unsecured Debtholder Claims shall be cancelled.

**2.2 Treatment of Convertible Debentureholders**

- (a) On the Effective Date, in accordance with the steps and sequence set forth in Section 5.4, (i) Just Energy shall pay all accrued and unpaid interest in cash on the Convertible Debentures up to and including the Effective Date, and (ii) each Convertible Debentureholder shall receive its Convertible Debentureholder Pro Rata Share of (A) the New Subordinated Notes, and (B) the Convertible Debenture Exchange Shares, subject to the treatment of fractional interests in accordance with Section 6.3 of this Plan.
- (b) The compensation, the reasonable and documented fees, expenses and disbursements (including, without limitation, the reasonable and documented fees, expenses and disbursements of attorneys, advisors or agents retained or utilized by the \$100 Million Debenture Trustee and the \$160 Million Debenture Trustee, as applicable, acting reasonably), in accordance with the applicable Convertible Debenture Documents shall be paid in full in cash by Just Energy pursuant to the applicable Convertible Debenture Documents.
- (c) After giving effect to the terms of this Section 2.2, (i) the Obligations of the Just Energy Entities with respect to the Convertible Debentures, the Convertible



Debentureholder Claims and the Convertible Debenture Documents shall, and shall be deemed to, have been irrevocably and finally extinguished, (ii) each Convertible Debentureholder shall have no further right, title or interest in or to the Convertible Debentures or its Convertible Debentureholder Claims, and (iii) the Convertible Debentures, the Convertible Debentureholder Claims and the Convertible Debenture Documents shall be cancelled.

### **2.3 Treatment of Existing Equity Holders**

- (a) On the Effective Date, in accordance with the steps and sequence set forth in Section 5.4:
  - (i) Each Existing Common Shareholder shall retain its Existing Common Shares, subject to the Common Share Consolidation, subject to the treatment of fractional interests in accordance with Section 6.3 of this Plan.
  - (ii) Each Holding Preferred Shareholder, in its capacity as such, shall be deemed to have been issued its New Equity Offering Rights based on its Securityholder Subscription Share Percentage of the Preferred Shareholder Equity Allocation.
  - (iii) Each Existing Preferred Shareholder shall receive its Preferred Shareholder Pro Rata Share of the Preferred Shareholder Exchange Shares, subject to the treatment of fractional interests in accordance with Section 6.3 of this Plan.
  - (iv) After giving effect to the terms of Section 2.3(a)(ii), the Existing Preferred Shares shall be cancelled.
  - (v) Unless otherwise agreed by Just Energy in accordance with the Support Agreement and the Backstop Agreement, and subject to the treatment of the Existing Equity Class Action Claims as provided herein, all of the Affected Equity shall be terminated and cancelled, and shall be deemed to be terminated and cancelled without the need for any repayment of capital thereof or any other liability, payment or compensation therefor and, for greater certainty, no holder of Affected Equity shall be entitled to receive any interest, dividends, premium or other payment in connection therewith.
  - (vi) The Affected Equity Claims shall constitute Released Claims and be treated in the manner set forth in Section 5.4.

### **2.4 Treatment of Backstoppers**

On the Effective Date, in accordance with the steps and sequence set forth in Section 5.4, each Backstopper shall purchase and receive its applicable portion of the Backstopped Shares and/or Additional Subscription Shares, the Backstop Funding Fee (and Backstop Funding Fee Shares) and the Backstop Commitment Fee (and Backstop Commitment Fee Shares), in each case in accordance with the terms of the Backstop Commitment Letter, the Interim Order and this Plan.

## **2.5 Treatment of Class A Special Shareholders**

- (a) On the Effective Date, in accordance with the steps and sequence set forth in Section 5.4:
  - (i) Just Energy shall purchase the Class A Principal Shareholder's Class A Special Shares for (A) \$1.3 million, and (B) the Class A Principal Shareholder Settlement Shares.
  - (ii) Just Energy shall purchase each Class A Minority Shareholder's Class A Special Shares for (A) its Class A Minority Shareholder Pro Rata Share of \$500,000, and (B) its Class A Minority Shareholder Pro Rata Share of the Class A Minority Shareholder Settlement Shares, subject to the treatment of fractional interests in accordance with Section 6.3 of this Plan.
  - (iii) After giving effect to the terms of Sections 2.5(a)(i) and 2.5(a)(ii), (A) the Class A Special Share Claims shall, and shall be deemed to be, irrevocably and finally extinguished and settled, (B) the Class A Special Shareholders shall have no further right, title or interest in and to the Class A Special Shares or the Class A Special Share Documents, and (C) the Class A Special Share Documents shall be terminated and cancelled.

## **2.6 Unaffected Persons**

The Claims of all Persons other than those specified in this Article 2 shall be unaffected by this Plan, except as otherwise provided herein.

### **ARTICLE 3 PRIVATE PLACEMENT**

#### **3.1 Issuance of Private Placement Shares**

On the Effective Date, subject to and in accordance with the terms of the Support Agreement Supplement, and in accordance with the times, steps and sequences set forth in Section, 5.4 Just Energy shall cause to be issued and delivered to each Term Loan Debtholder its Private Placement Shares at the Subscription Price. The Private Placement Shares shall be duly authorized, validly issued, fully paid and non-assessable and the Private Placement Shares shall be subject to the applicable transfer restrictions under U.S. Securities Laws.

### **ARTICLE 4 ISSUANCES, DISTRIBUTIONS AND ELECTIONS**

#### **4.1 Delivery of New Term Loans**

The delivery of the New Term Loans (and any certificates or other evidence of holdings thereof) to be issued pursuant to this Plan shall be made in accordance with standing procedures in place with the Term Loan Agent, and a register of holders of the New Term Loans will be maintained by the Term Loan Agent. Each Senior Unsecured Debtholder receiving New Term Loans shall be deemed to be a party to the Amended & Restated Term Loan Agreement as a lender



thereunder. In the event that a Senior Unsecured Debtholder has not delivered its New Term Loan Lender Information to the Term Loan Agent prior to the date that is five (5) Business Days prior to the expected Effective Date, such Senior Unsecured Debtholder's New Term Loans shall be held by the Term Loan Agent until such time as the Senior Unsecured Debtholder provides its New Term Loan Lender Information.

#### **4.2 Delivery of New Subordinated Notes**

The delivery of the New Subordinated Notes to be distributed under this Plan will be made by way of a global note issued to CDS (or its nominee) pursuant to the New Subordinated Notes Indenture in respect of the New Subordinated Notes and delivered directly to CDS which, in turn, will make delivery of such New Subordinated Notes to the holders of the New Subordinated Notes pursuant to the standing instructions and customary practices of CDS.

#### **4.3 Delivery of New Common Shares**

- (a) On the Effective Date, all New Common Shares issued in connection with this Plan shall be deemed to be duly authorized, validly issued, fully paid and non-assessable.
- (b) On the Effective Date, Just Energy shall deliver a treasury direction to the Transfer Agent that directs the Transfer Agent to issue all New Common Shares, to be distributed under this Plan and direct the Transfer Agent to use its commercially reasonable efforts to cause the New Common Shares to be distributed under this Plan to be distributed by no later than the second Business Day following the Effective Date.
- (c) The delivery of New Common Shares to be distributed under this Plan will be made either (i) through the facilities of CDS, DTC, Euroclear and Clearstream to Intermediaries who, in turn, will make delivery of the New Common Shares to the ultimate beneficial recipients thereof pursuant to standing instructions and customary practices of CDS, DTC, Euroclear and Clearstream, as applicable, or (ii) by providing Direct Registration System advices or confirmations in the name of the applicable recipient thereof (or its Intermediary) and registered electronically in Just Energy's records which will be maintained by the Transfer Agent.

#### **4.4 No Liability in Respect of Deliveries**

- (a) None of the Just Energy Entities, nor their respective directors or officers, shall have any liability or obligation in respect of any deliveries, directly or indirectly, from (i) the Term Loan Agent, (ii) the Trustees, (iii) DTC, (iv) CDS, (v) Euroclear, (vi) Clearstream or (vii) the Intermediaries, in each case to the ultimate beneficial recipients of any consideration payable or deliverable by the Just Energy Entities pursuant to this Plan.
- (b) None of the Trustees or the Term Loan Agent shall incur, and each is hereby released and exculpated from, any liability as a result of carrying out any provisions of this Plan and any actions related or incidental thereto, save and except for any gross negligence or wilful misconduct (as determined by a final, non-appealable

- 20 -

judgment of a court of competent jurisdiction) on its part. For the avoidance of doubt, this exculpation shall be in addition to, and not in limitation of, all other releases, indemnities and exculpations, and any other applicable law or rules protecting any of the Trustees and the Term Loan Agent from liability. On the Effective Date after the completion of the transactions set forth in Section 5.4, all duties and responsibilities of the Trustees and the Term Loan Agent arising under or related to the Debt Documents, as applicable, shall be discharged except to the extent required in order to effectuate this Plan.

#### **4.5 Election to Participate in New Equity Offering**

Each Eligible Securityholder shall have the right, but not the obligation, to elect irrevocably to participate in the New Equity Offering and to subscribe for and purchase its Securityholder Subscription Share Percentage of the applicable Equity Allocation by (and subject to) returning a duly executed Offered Shares Participation Form (or other acceptable form of instruction) together with such Eligible Securityholder's Subscription Amount pursuant to the procedures established by Just Energy and communicated to Eligible Securityholders on or prior to the Record Date. Any Offered Shares Participation Form (or other acceptable form of instruction) received after the Participation Deadline or not accompanied by such Eligible Securityholder's Subscription Amount will be invalid and not effective and shall be disregarded for all purposes of this Plan.

Submission of an Offered Shares Participation Form (or other acceptable form of instruction) in accordance with the terms thereof and this Section 3.4 and acceptance thereof by Just Energy, shall constitute an irrevocable subscription by the applicable Eligible Securityholder (each, a "**Participating Securityholder**") for and a commitment by the applicable Participating Securityholder to participate in the New Equity Offering by purchasing up to its Securityholder Subscription Share Percentage of the applicable Equity Allocation.

### **ARTICLE 5 ARRANGEMENT**

#### **5.1 Corporate Authorizations**

The adoption, execution, delivery, implementation and consummation of all matters contemplated under this Plan, including those involving corporate action of any member of the Just Energy Entities, will occur and be effective as of the Effective Date (or such other date as determined by the Applicants), and will be authorized and approved under this Plan and by the Court, where appropriate, as part of the Final Order, in all respects and for all purposes without any requirement of further action by shareholders, directors or officers of the Just Energy Entities. All necessary approvals to take actions shall be deemed to have been obtained from the directors or the shareholders of the Just Energy Entities, as applicable.

#### **5.2 Articles of Arrangement and Effective Date**

As soon as practicable after the satisfaction or waiver of the conditions set forth in Article 8 (excluding conditions that, by their terms, cannot be satisfied until the Effective Date, but subject to the satisfaction of those conditions as of the Effective Date), unless another time or date is agreed in writing among Just Energy and the Term Loan Debtholders, the Articles of Arrangement



shall be filed by the Applicants with the Director. The Certificate of Arrangement shall implement this Plan.

### **5.3 Binding Effect**

On and from the Effective Time, this Plan and the transactions contemplated hereby shall be final and binding upon, and be deemed to have been consented and agreed upon by the Just Energy Entities, the Senior Unsecured Debtholders, the Convertible Debentureholders, the Trustees, the Term Loan Agent, the Existing Common Shareholders, the Existing Preferred Shareholders, the Class A Special Shareholders and any other Person affected by or named in this Plan, including the respective heirs, executors, administrators, legal representatives, successors and assigns of each of the foregoing, without any further act or formality required on the part of any Person and, subject to the implementation and effectiveness of the Plan in accordance with its terms and delivery to the Term Loan Agent on behalf of the Senior Unsecured Debtholders of all of the documentation required pursuant to Section 3.01 of the Amended & Restated Term Loan Agreement, shall constitute a full, final and absolute settlement of all rights of the beneficial and legal owners of the Senior Unsecured Debt, the Convertible Debentures, the Preferred Shares and the Class A Special Shares attaching thereto or arising there from and an absolute release and discharge of and from all Obligations of the Just Energy Entities to the Debtholders, the Existing Preferred Shareholders and the Class A Special Shareholders, as applicable (for certainty, other than Obligations under the Amended and Restated Term Loan Documents).

On and from the Effective Time, and, subject to the implementation and effectiveness of the Plan in accordance with its terms, without limiting the foregoing, Just Energy, the Senior Unsecured Debtholders, the Convertible Debentureholders, the Trustees, the Term Loan Agent, the Existing Common Shareholders, the Existing Preferred Shareholders, the Class A Special Shareholders and any other Person affected by or named in this Plan and any other Person affected by or named in this Plan will be deemed to have executed and delivered to Just Energy and its affiliates all consents, releases, assignments and waivers, statutory or otherwise, required to implement and carry out this Plan.

### **5.4 The Arrangement**

Commencing at the Effective Time, the following events or transactions will occur, or be deemed to have occurred and be taken and effected, in the following order in five minute increments (unless otherwise indicated) and at the times set out in this Section 5.4 (or in such other manner or order or at such other time or times as the Applicants may determine in accordance with the Support Agreement, the Convertible Debentureholder Support Agreement and the Backstop Commitment Letter), without any further act or formality required on the part of any Person, except as may be expressly provided herein:

- (a) The New Equity Offering Rights afforded to the Convertible Debentureholders and Senior Unsecured Debtholders that are Eligible Securityholders shall be deemed to have been issued on July 23, 2020 as a partial repayment of the principal amount outstanding thereunder in the amount of the Offering Right Value of such New Equity Offering Rights; provided, however, that such repayment shall not be considered for the purposes of calculating a Senior Unsecured Debtholder Pro Rata

- 22 -

Share, Convertible Debentureholder Pro Rata Share, Securityholder Subscription Share Percentage, or entitlement to interest under 5.4(e);

- (b) All Affected Equity shall be terminated and cancelled for no consideration;
- (c) The Common Share Consolidation shall be completed. Any fractional interests in the consolidated Existing Common Shares will, without any further act or formality, be cancelled without payment of any consideration therefor. Notwithstanding any provision of the CBCA, immediately following the completion of the Common Share Consolidation, the stated capital of the Common Shares shall be equal to the stated capital of the Common Shares immediately prior to such consolidation.
- (d) Just Energy shall pay all accrued and unpaid interest on the Convertible Debentures up to and including the Effective Date and any other accrued and unpaid interest (including default interest) in respect of the Convertible Debentures shall be forgiven, settled and extinguished for no consideration.
- (e) Just Energy shall issue to each Term Loan Debtholder, pursuant to the Term Loan Agreement and as evidence of amounts owing thereunder immediately prior to the Effective Time, promissory notes with an aggregate principal amount of US\$197.1 million (the "Series 1 Notes") and promissory notes with an aggregate principal amount in U.S. dollars equal to the amount by which the amount then owing under the Term Loan Agreement exceeds the principal amount of the Series 1 Notes (the "Series 2 Notes"). The Series 1 Notes and the Series 2 Notes shall be issued to each Term Loan Debtholder in an amount based on such Term Loan Debtholder's *pro rata* share of the Obligations under the Term Loan Agreement.
- (f) The terms and conditions of the Series 1 Notes shall be amended to confer a right on the holders thereof to exchange such Series 1 Notes for promissory notes or other evidence of U.S. dollar indebtedness of the same principal amount issuable under the Amended & Restated Term Loan Agreement pursuant to the terms of this Plan.
- (g) In exchange for, and in full and final settlement of, the Existing Preferred Shares, Just Energy shall deliver to each (i) Holding Preferred Shareholder, in its capacity as such, its applicable New Equity Offering Rights with respect to those Preferred Shares held from the Record Date through to the Effective Date; and (ii) Existing Preferred Shareholder, its Preferred Shareholder Pro Rata Share of the Preferred Shareholder Exchange Shares. The Existing Preferred Shares shall thereafter be terminated and cancelled, and shall be deemed to be terminated and cancelled.
- (h) The following shall occur concurrently with the steps set forth in Section 5.4(g) above and Section 5.4(i) below:
  - (i) holders of the Series 1 Notes that have previously filed a written notice with Just Energy to exercise the right referred to Section 5.4(f) shall be deemed to have exercised the right referred to in Section 5.4(f) to exchange the



- 23 -

Series 1 Notes held by such holders for promissory notes or other evidence of indebtedness with the same U.S. dollar principal amount issued to such holders under the Amended & Restated Term Loan Agreement, in accordance with and subject to the terms of the Amended & Restated Term Loan Agreement, and such exchange of the Series 1 Notes shall be deemed to have occurred;

- (ii) holders of the Series 1 Notes other than such holders referred to in Section 5.4(h)(i) are deemed to have exchanged such Series 1 Notes for New Term Loans with the same U.S. dollar principal amount;
  - (iii) Just Energy, the Just Energy Entities (as applicable) and the Term Loan Agent shall enter into, and the Senior Unsecured Debtholders shall enter into or be deemed to enter into, the Amended & Restated Term Loan Agreement, the Amended & Restated Term Loan Documents and such additional documentation as may be agreed by Just Energy and the Term Loan Agent, each acting reasonably;
  - (iv) in exchange for, and in full and final settlement of, the Senior Unsecured Debt, including the Series 1 Notes and Series 2 Notes, Just Energy shall deliver to each Senior Unsecured Debtholder (A) its Senior Unsecured Debtholder Pro Rata Share of the New Term Loans (together with the promissory notes or other evidence of indebtedness with respect to the Term Loan Debtholders, in respect of the Series 1 Notes and in satisfaction of the exercise of the right referred to in Section 5.4(f)) and (B) the Senior Unsecured Debtholder Exchange Shares (with respect to the Term Loan Debtholders, in respect of the Series 2 Notes), and Just Energy shall add an amount equal to the aggregate fair market value of the Senior Unsecured Debtholder Exchange Shares on the Effective Date to the stated capital for the Common Shares in respect of the issuance of the Senior Unsecured Debtholder Exchange Shares. Consequently, the Senior Unsecured Debtholder Claims shall, and shall be deemed to be, irrevocably and finally extinguished and the Senior Unsecured Debtholders shall have no further right, title or interest in and to the Senior Unsecured Debt or the Senior Unsecured Debtholder Claims; and
  - (v) the Senior Unsecured Debt, the Senior Unsecured Debt Documents, and the Series 1 Notes and Series 2 Notes shall be cancelled, provided that the Senior Unsecured Debt Documents shall remain in effect solely to allow the Term Loan Agent and the \$150 Million Bond Trustee to make the distributions set forth in this Plan.
- (i) The following shall occur concurrently with steps set forth in Section 5.4(g) and 5.4(h) above:
- (i) in exchange for, and in full and final settlement of, the Convertible Debentures, Just Energy shall deliver to each Convertible Debentureholder its Convertible Debentureholder Pro Rata Share of (A) the New

- 24 -

Subordinated Notes, and (B) the Convertible Debenture Exchange Shares, and Just Energy shall add an amount equal to the aggregate of the fair market value of the Convertible Debenture Exchange Shares to the stated capital for the Common Shares in respect of the issuance of the Convertible Debenture Exchange Shares;

- (ii) the Convertible Debentureholder Claims shall, and shall be deemed to be, irrevocably and finally extinguished and the Convertible Debentureholders shall have no further right, title or interest in and to the Convertible Debentures or the Convertible Debentureholder Claims; and
  - (iii) the Convertible Debentures and the Convertible Debenture Documents shall be cancelled, provided that the Convertible Debenture Documents shall remain in effect solely to allow the applicable Trustees to make the distributions set forth in this Plan.
- (j) Just Energy shall become entitled to the total amount of funds deposited in escrow with the Escrow Agent in connection with the New Equity Offering, the Backstop Commitment Letter and the Support Agreement Supplement, and the Escrow Agent shall be deemed instructed to release to Just Energy the funds held by it in escrow in respect of the Subscription Amount of the Offered Shares subscribed for or purchased pursuant to the New Equity Offering and the Backstop Commitment Letter and the Private Placement Subscription Amounts of the Private Placement Shares subscribed for and purchased pursuant to the Private Placement.
- (k) Pursuant to the New Equity Offering, Just Energy shall issue to each Participating Securityholder (or to their designated nominee), in consideration for such Participating Securityholder's Subscription Amount, the applicable number of Offered Shares that were validly subscribed for in the related Offered Shares Participation Form and such Offered Shares shall be deemed to be duly authorized, validly issued and fully paid and non-assessable.
- (l) Just Energy shall issue to the Backstoppers the Backstopped Shares and/or the Additional Subscription Shares, as applicable, in accordance with the Backstop Commitment Letter and such Backstopped Shares and/or Additional Subscription Shares, as applicable, shall be deemed to be duly authorized, validly issued and fully paid and non-assessable.
- (m) Pursuant to the Private Placement, Just Energy shall issue to each Term Loan Debtholder (or to their designated nominee), in consideration for such Term Loan Debtholder's Private Placement Subscription Amount, the number of Private Placement Shares that were validly subscribed for in the Support Agreement Supplement and such Private Placement Shares shall be deemed to be duly authorized, validly issued and fully paid and non-assessable.
- (n) Just Energy shall pay the Backstop Commitment Fee and the Backstop Funding Fee in accordance with the Backstop Commitment Letter, which payments shall be directed to Just Energy in consideration for the Backstop Commitment Fee Shares



- 25 -

and the Backstop Funding Fee Shares, which shall be issued in accordance with the Backstop Commitment Letter, and such Backstop Commitment Fee Shares and Backstop Funding Fee Shares shall be deemed to be duly authorized, validly issued and fully paid and non-assessable.

- (o) The amount added to the stated capital for the Common Shares in respect of the share issuances in Section 5.4(k)-(n) shall be equal to the cash received by Just Energy and in the case of U.S. dollar cash the amount added to the stated capital for the Common Shares shall be the Canadian dollar amount resulting from the conversion of such U.S. dollars to Canadian dollars based on the noon exchange rate, as quoted by Bloomberg, applicable on the Effective Date.
- (p) The following shall occur concurrently:
  - (i) Just Energy shall purchase all of the Class A Special Shares and in consideration for such purchase and as consideration for the full and final settlement of the Class A Special Share Claims, Just Energy shall:
    - (A) (1) pay the Class A Principal Shareholder \$1.3 million, and (2) issue to the Class A Principal Shareholder the Class A Principal Shareholder Settlement Shares; and
    - (B) (1) pay to each Class A Minority Shareholder its Class A Minority Shareholder Pro Rata Share of \$500,000, and (2) issue to each Class A Minority Shareholder its Class A Minority Shareholder Pro Rata Share of the Class A Minority Shareholder Settlement Shares.

The amount added to the stated capital for the Common Shares in respect of the issuance of the Class A Principal Shareholder Settlement Shares shall be determined by the board of directors of Just Energy; and
  - (ii) the Class A Special Share Claims shall, and shall be deemed to be, irrevocably and finally extinguished and settled, and the Class A Special Shareholders shall have no further right, title or interest in and to the Class A Special Shares or the Class A Special Share Documents. The Class A Special Share Documents shall be terminated and cancelled, and shall be deemed to be terminated and cancelled.
- (q) Just Energy shall pay in full in cash the outstanding reasonable and documented fees and expenses of the advisors to the Applicants and to the Term Loan Debtholders pursuant to the terms and conditions of the Support Agreement, and shall pay the fees and expenses of the advisors to the Supporting Convertible Debentureholders pursuant to the terms and conditions of the Convertible Debentureholder Support Agreement.
- (r) The releases referred to in Article 7 shall become effective.

- 26 -

- (s) The board of directors of Just Energy immediately prior to the Effective Time shall be deemed to have resigned and the New Directors shall be deemed to have been appointed and to have each consented to such appointment.
- (t) The Management Incentive Plan shall be deemed to be approved by the Existing Common Shareholders and those persons receiving New Common Shares pursuant to this Plan.
- (u) The articles of 121 Canada shall be amended to include the following restrictions on the business that 121 Canada may carry on, effective as of the Effective Date:  
  
“The business that the Corporation may carry on shall be limited to the activities and operations of the Corporation that are permitted pursuant to the amended and restated term loan agreement, as may be supplemented, amended or restated from time to time, that was entered into among Just Energy Group Inc., National Bank of Canada, as administrative agent and the other lenders party thereto pursuant to a plan of arrangement under the *Canada Business Corporations Act*, for so long as any loans thereunder are outstanding.”

## 5.5 Securities Law Matters

The Applicants intend that the issuance and distribution, pursuant to this Plan, of:

- (a) New Common Shares of Just Energy issued on conversion of, or in exchange for, the Senior Unsecured Debt, the Convertible Debentures, the Preferred Shares and the Class A Special Shares pursuant to this Plan (other than the Allotted Offered Shares, the Additional Subscription Shares, the Backstopped Shares, the Backstop Commitment Fee Shares and the Backstop Funding Fee Shares issued pursuant to this Plan) shall be exempt from the registration requirements of the U.S. Securities Act pursuant to Section 3(a)(10) or 4(a)(2) thereof or Regulation S or Regulation D thereunder, as the case may be;
- (b) New Subordinated Notes of Just Energy issued pursuant to this Plan shall be exempt from the registration requirements of the U.S. Securities Act pursuant to Section 4(a)(2) thereof or Regulation S or Regulation D thereunder, as the case may be;
- (c) the Allotted Offered Shares issued pursuant to this Plan shall be registered under the U.S. Securities Act pursuant to a registration statement on Form F-7 filed by Just Energy with the U.S. Securities and Exchange Commission;
- (d) the Backstopped Shares, the Additional Subscription Shares, the Backstop Commitment Fee Shares, the Private Placement Shares and the Backstop Funding Fee Shares issued pursuant to this Plan shall be exempt from the registration requirements of the U.S. Securities Act pursuant to Regulation S or Regulation D under the U.S. Securities Act, as the case may be; and
- (e) the New Common Shares of Just Energy issued upon conversion of, or in exchange for, the Senior Unsecured Debt, the Convertible Debentures, the Preferred Shares



and the Class A Special Shares, the Offered Shares issued pursuant to the New Equity Offering, and the Private Placement Shares issued pursuant to the Private Placement, shall be exempt from the prospectus requirements of Canadian Securities Laws, to the extent applicable, pursuant to Section 2.11 of National Instrument 45-106 – *Prospectus Exemptions* of the Canadian Securities Administrators.

## **5.6 Stated Capital**

The aggregate amount to be added to the stated capital account in respect of the New Common Shares for the purposes of the CBCA in respect of the issuance of New Common Shares pursuant to this Plan will be confirmed by the directors of Just Energy.

## **ARTICLE 6 IMPLEMENTATION OF ARRANGEMENT**

### **6.1 Withholding Rights**

Just Energy and/or any other Person making a payment contemplated herein shall be entitled to deduct and withhold from any consideration payable to any Person such amounts as it is required to deduct and withhold with respect to such payment under the Tax Act, the United States Internal Revenue Code of 1986 or any provision of applicable federal, provincial, territorial, state, local or foreign tax Laws, in each case, as amended. To the extent that amounts are so withheld or deducted, such withheld or deducted amounts shall be treated for all purposes hereof as having been paid to the Person in respect of which such withholding was made, provided that such amounts are actually and timely remitted to the appropriate taxing authority. To the extent that the amounts so required or permitted to be deducted or withheld from any payment to a Person exceed the cash portion of the consideration otherwise payable to that Person: (i) the payor is authorized to sell or otherwise dispose of such portion of the consideration as is necessary to provide sufficient funds to enable it to comply with such deduction or withholding requirement or entitlement, and the payor shall notify the applicable Person thereof and remit to such Person any unapplied balance of the net proceeds of such sale; or (ii) if such sale is not reasonably possible, the payor shall not be required to make such excess payment until the Person has directly satisfied any such withholding obligation and provides evidence thereof to the payor.

### **6.2 Allocation of Payments**

Unless expressly provided for otherwise, if the aggregate amount paid in respect of a particular Debtholder Claim does not exceed the aggregate amount of accrued but unpaid interest plus the principal amount in respect of the obligations to which such Debtholder Claim relates, then all amounts paid or payable hereunder on account of such Debtholder Claim (including, for greater certainty, any securities received hereunder) shall be applied as follows: (i) first, in respect of the principal amount of the obligations to which such Debtholder Claim relates, and (ii) second, in respect of the accrued but unpaid interest on such obligations. Unless expressly provided for otherwise, in any other cases, all amounts paid or payable hereunder on account of a particular Debtholder Claim (including, for greater certainty, any securities received hereunder) shall be applied as follows: (i) first, in respect of the accrued but unpaid interest on the obligations to which

such Debtholder Claim relates, and (ii) second, in respect of the principal amount of such obligations.

### **6.3 Fractional Interests**

No fractional Common Shares, New Subordinated Notes or cash shall be issued under this Plan, including any fractional interests created as a result of the Common Share Consolidation, and fractional share interests shall not entitle the owner thereof to vote or to any rights of a holder of Common Shares or New Subordinated Notes, as applicable. Any legal, equitable, contractual and any other rights or claims (whether actual or contingent, and whether or not previously asserted) of any Person with respect to fractional Common Shares, New Subordinated Notes or cash pursuant to this Plan shall be rounded down to the nearest whole number of Common Shares, New Subordinated Notes or cash, as applicable, without compensation therefor.

### **6.4 Calculations**

All calculations and determinations made by the Applicants for the purposes of this Plan, including, without limitation, the allocation of amounts under Section 6.2 shall, subject to compliance with the Support Agreement and the Backstop Commitment Letter, be conclusive, final and binding upon the Securityholders.

## **ARTICLE 7 RELEASES**

### **7.1 Release of Released Parties and Extinguishment of Affected Equity Claims**

At the applicable time pursuant to Section 5.4, each of the Released Parties shall be released and discharged from all present and future actions, causes of action, damages, judgments, executions, obligations, liabilities and Claims of any kind or nature whatsoever arising on or prior to the Effective Date in connection with the Debt, the Debt Documents, the Affected Equity Claims, the Support Agreement, the Support Agreement Supplement, the Backstop Commitment Letter, the Convertible Debentureholder Support Agreement, the Class A Special Shares, the Class A Special Share Claims, the Class A Special Share Documents, this Plan, these proceedings, the transactions contemplated hereunder and any proceedings commenced with respect to or in connection with this Plan, the Strategic Review and any other actions or matters related directly or indirectly to the foregoing, provided that nothing in this paragraph shall release or discharge (i) any of the Released Parties from or in respect of its obligations under this Plan, the Support Agreement, the Support Agreement Supplement, the Backstop Commitment Letter, the Convertible Debentureholder Support Agreement, the New Subordinated Notes, any Amended & Restated Term Loan Document or any Continuing Guarantee, (ii) any Existing Equity Class Action Claims which shall be treated and restricted as set out in Section 7.3 below, (iii) the Class A Principal Shareholder from its obligations under the Class A Principal Shareholder Confidentiality, Non-Competition and Non-Solicitation Agreement, or (iv) any Released Party from liabilities or claims (other than in relation to an Affected Equity Claim) attributable to any Released Party's fraud, wilful misconduct, criminal act or criminal omission, as determined by the final, non-appealable judgment of a court of competent jurisdiction. Further, any and all Affected Equity Claims shall be deemed to have been fully and finally extinguished, cancelled, released, dismissed and enjoined as of the Effective Date.



## **7.2 Injunctions**

All Persons are permanently and forever barred, estopped, stayed and enjoined, on and after the Effective Date, with respect to any and all Released Claims, from (i) commencing, conducting or continuing in any manner, directly or indirectly, any action, suits, demands or other proceedings of any nature or kind whatsoever against the Released Parties, as applicable, or commencing, conducting or continuing in any manner, directly or indirectly, any action, suits, demands or other proceedings of any nature or kind whatsoever that could result in a claim for contribution of indemnity from a Released Party in respect of any and all Released Claims; (ii) enforcing, levying, attaching, collecting or otherwise recovering or enforcing by any manner or means, directly or indirectly, any judgment, award, decree or order against the Released Parties; (iii) creating, perfecting, asserting or otherwise enforcing, directly or indirectly, any lien or encumbrance of any kind against the Released Parties or their property; or (iv) taking any actions to interfere with the implementation or consummation of this Plan; provided, however, that the foregoing shall not apply to the enforcement of any obligations under this Plan

## **7.3 Existing Equity Class Action Claims**

From and after the Effective Date, any Person having an Existing Equity Class Action Claim against Just Energy or any of its current or former officers and/or directors shall only be permitted to continue its Existing Equity Class Action Claims to the point of determination of liability, if any, and the recovery of any such Person shall be limited to the proceeds under the Insurance Policies, to the extent available in respect of any such Existing Equity Class Action Claims, without any additional rights of enforcement or recovery as against the Released Parties. Any such Person shall be irrevocably and forever limited solely to recovery from the proceeds of the Insurance Policies payable on behalf of Just Energy or its directors and officers in respect of any such Existing Equity Class Action Claims, and such Person shall have no right to, and shall not, directly or indirectly, make any claim or seek any recoveries from any of the Released Parties or any of their respective current or former officers and directors in respect of an Existing Equity Class Action Claims, other than enforcing such Person's rights to be paid by the applicable insurer(s) from the proceeds of the applicable Insurance Policies. Nothing in this paragraph prejudices, compromises, releases or otherwise affects (i) any right or defence of any insurer in respect of an Insurance Policy or (ii) any Person having an Existing Equity Class Action Claims from recovering against Just Energy's current and former directors and officers for any liabilities or claims attributable to any such director or officer's fraud, wilful misconduct, criminal act or criminal omission, as determined by the final, non-appealable judgment of a court of competent jurisdiction, provided that all defence costs of any action referred to in this subsection (ii) shall not be paid by any of the Just Energy Entities.

# **ARTICLE 8 CONDITIONS PRECEDENT TO PLAN IMPLEMENTATION**

## **8.1 Conditions Precedent to Implementation of this Plan**

The implementation of this Plan shall be conditional upon the fulfillment, satisfaction or waiver of the following conditions precedent:

- 30 -

- (a) the Court shall have granted the Final Order and the Final Order shall have become a final order, the implementation, operation or effect of which shall not have been stayed, varied in a manner not acceptable to the Applicants, vacated or subject to pending appeal and as to which order any appeal periods relating thereto shall have expired;
- (b) no Law shall have been passed and become effective, the effect of which makes the consummation of this Plan illegal or otherwise prohibited;
- (c) all conditions to implementation of this Plan set out in the Support Agreement and the Support Agreement Supplement shall have been satisfied or waived by the applicable parties pursuant to the terms of the Support Agreement and the Support Agreement Supplement;
- (d) all conditions to implementation of this Plan set out in the Backstop Commitment Letter shall have been satisfied or waived by the applicable parties pursuant to the terms of the Backstop Commitment Letter;
- (e) all conditions and terms set out in the Convertible Debentureholder Support Agreement shall have been satisfied or waived by the applicable parties pursuant to the terms of the Convertible Debentureholder Support Agreement; and
- (f) the Class A Special Shareholders shall have discontinued or dismissed, or consented to the discontinuance or dismissal, of any and all actions, suits, demands or other proceedings of any nature or kind whatsoever against the Just Energy Entities.

## **8.2 Effectiveness**

This Plan will become effective in the sequence described in Section 5.4 on the filing of the Articles of Arrangement and the issuance of the Certificate of Arrangement, and shall be binding on and enure to the benefit of the Just Energy Entities, the Debtholders, the Trustees, the Term Loan Agent, all Existing Equity Holders, the Class A Special Shareholders, all Persons with any Existing Equity Class Action Claims, the Released Parties, the Affected Equity, the directors and officers of the Just Energy Entities and all other Persons named or referred to in, or subject to, this Plan and their respective successors and assigns and their respective heirs, executors, administrators and other legal representatives, successors and assigns. The Articles of Arrangement shall be filed and the Certificate of Arrangement shall be issued in each case with respect to the Arrangement in its entirety. The Certificate of Arrangement shall be conclusive evidence that the Arrangement has become effective and that each of the provisions in Section 5.4 has become effective in the sequence set forth therein. No portion of this Plan shall take effect with respect to any party or Person until the Effective Time.



**ARTICLE 9  
MISCELLANEOUS**

**9.1 Waiver of Defaults**

Except as provided in Section 16 of the Backstop Commitment Letter, from and after the Effective Time, all Persons shall be deemed to have consented and agreed to all of the provisions of this Plan in its entirety. Without limiting the foregoing, and except as provided in Section 16 of the Backstop Commitment Letter, all Persons shall be deemed to have:

- (a) waived any and all defaults or events of default, third-party change of control rights or any non-compliance with any covenant, warranty, representation, term, provision, condition or obligation, expressed or implied, in any contract, instrument, credit document, lease, licence, guarantee, agreement for sale or other agreement, written or oral, in each case relating to, arising out of, or in connection with, the Debt or the Debt Documents, the Support Agreement, the Backstop Commitment Letter, the Class A Special Share Claims or the Class A Special Share Documents, the Arrangement, this Plan, the transactions contemplated hereunder and any proceedings commenced with respect to or in connection with this Plan and any and all amendments or supplements thereto. Any and all notices of default and demands for payment or any step or proceeding taken or commenced in connection with any of the foregoing shall be deemed to have been rescinded and of no further force or effect, provided that nothing shall be deemed to excuse the Just Energy Entities and their respective successors from performing their obligations under this Plan; and
- (b) agreed that, if there is any conflict between the provisions of any agreement or other arrangement, written or oral, existing between such Person and the Just Energy Entities and the provisions of this Plan, then the provisions of this Plan take precedence and priority and the provisions of such agreement or other arrangement are deemed to be amended accordingly,

provided, however, that notwithstanding any other provision of this Plan, nothing herein shall affect the obligations of any of the Just Energy Entities to any employee thereof in their capacity as such (for greater certainty, other than with respect to the Affected Equity and the Affected Equity Claims), including any contract of employment between any Person and any of the Just Energy Entities.

**9.2 Amendments to the Plan of Arrangement**

Subject to the terms and conditions of the Support Agreement, the Convertible Debentureholder Support Agreement and the Backstop Commitment Letter and the Interim Order:

- (a) the Applicants reserve the right to amend, restate, modify and/or supplement this Plan at any time and from time to time, provided that (except as provided in subsection (c) below) any such amendment, restatement, modification or supplement must be contained in a written document that is (i) filed with the Court (either before or as soon as practicable following the Meetings provided that written

- 32 -

copies of any such amendments, restatements, modifications or supplements are provided at the Meetings) and, if made following the Meetings, approved by the Court, and (ii) communicated to the Securityholders in the manner required by the Court (if so required);

- (b) any amendment, modification or supplement to this Plan may be proposed by the Applicants at any time prior to or at the Meetings, with or without any prior notice or communication (other than as may be required under the Interim Order), and if so proposed and accepted at the Meetings, shall become part of this Plan for all purposes; and
- (c) any amendment, modification or supplement to this Plan may be made following the Meetings by the Applicants, without requiring filing with, or approval of, the Court, provided that it concerns a matter which is of an administrative nature and is required to better give effect to the implementation of this Plan and is not materially adverse to the financial or economic interests of any of the Securityholders.

### **9.3 Consents, Waivers and Agreements**

Except as provided in Section 16 of the Backstop Commitment Letter, at the Effective Time, each Debtholder and any other Person affected by this Plan will be deemed to have consented and agreed to all of the provisions of this Plan in its entirety. Without limitation to the foregoing, and except as provided in Section 16 of the Backstop Commitment Letter, each Debtholder and any other Person affected by this Plan (including, without limitation, the Trustees, the Term Loan Agent, the Existing Common Shareholders, the Existing Preferred Shareholders and the Class A Special Shareholders) will be deemed:

- (a) to have executed and delivered to the Applicants all consents, releases, assignments and waivers, statutory or otherwise, required to implement and carry out this Plan in its entirety;
- (b) to have waived any non-compliance or default by the Just Energy Entities with or of any provision, express or implied, in any agreement or other arrangement, written or oral, existing between such Debtholder and the Just Energy Entities with respect to the Debt or the Debt Documents or existing between such other Person and Just Energy Entities pursuant to the applicable documentation as between the parties, or that has occurred or exists in connection with the foregoing on or prior to the Effective Time; and
- (c) to have agreed that, if there is any conflict between the provisions of any such agreement and the provisions of this Plan, then the provisions of this Plan take precedence and priority and the provisions of such agreement or other arrangement are deemed to be amended accordingly.



#### **9.4 Paramountcy**

On and from the Effective Time, any conflict between this Plan and the covenants, warranties, representations, terms, conditions, provisions or obligations, expressed or implied, of any contract, mortgage, security agreement, indenture, trust indenture, loan agreement, support agreement, commitment letter, by-laws or other agreement, written or oral, and any and all amendments or supplements thereto existing between one or more of the Debtholders, on the one hand, and any of the Applicants, on the other hand, as at the Effective Date will be deemed to be governed by the terms, conditions and provisions of this Plan and the Final Order, which shall take precedence and priority.

#### **9.5 Credit Facility Lenders**

Notwithstanding any other provision of this Plan, (i) nothing herein shall affect the obligations of any of the Just Energy Entities to the Credit Facility Administrative Agent, the Collateral Agent or the Credit Facility Lenders under or in connection with the Credit Agreement or any other Credit Document (as defined in the Credit Agreement), and (ii) all rights, remedies, interests, claims and entitlements of the Credit Facility Administrative Agent, the Collateral Agent and the Credit Facility Lenders under and in respect of the Credit Agreement and the other Credit Documents shall remain unaffected in all respects by this Plan (including all transactions, releases, injunctions, waivers and deeming provisions contemplated herein). Without limiting the foregoing, the provisions of Article 7 and Sections 5.3, 5.4, 8.2, 9.1, 9.3, 9.4 and 9.10 shall not apply to the Credit Facility Administrative Agent, the Collateral Agent and the Credit Facility Lenders or the obligations of any of the Just Energy Entities to the Credit Facility Administrative Agent, the Collateral Agent or the Credit Facility Lenders under or in connection with the Credit Agreement or any other Credit Document, and the capitalized term "Persons", as used herein, shall exclude the Credit Facility Administrative Agent, the Collateral Agent and the Credit Facility Lenders in their capacity as such.

#### **9.6 Deeming Provisions**

In this Plan, the deeming provisions are not rebuttable and are conclusive and irrevocable.

#### **9.7 Severability**

If prior to the Effective Date, any provision of this Plan is held by the Court to be invalid, void or unenforceable, the Court, at the request of Just Energy and subject to the consent of counsel to the Term Loan Debtholders, acting reasonably, may alter and/or interpret such provision to make it valid or enforceable to the maximum extent practicable, consistent with the original purpose of such provision, and such provision will then be applicable as altered or interpreted and the remainder of the provisions of this Plan will remain in full force and effect and will in no way be invalidated by such alteration or interpretation.

#### **9.8 Term Loan Debtholders and Initial Backstoppers**

For the purposes of this Plan, the Applicants shall be entitled to rely on written confirmation from Torys LLP that the Term Loan Debtholders or the Initial Backstoppers (as defined in the

- 34 -

Backstop Commitment Letter), as applicable, have agreed to, waived, consented to or approved a particular matter.

### 9.9 Convertible Debentureholders

For the purposes of this Plan, the Applicants shall be entitled to rely on written confirmation from Goodmans LLP that the Supporting Convertible Debentureholders, have agreed to, waived, consented to or approved a particular matter.

### 9.10 Notices

Any notices or communication to be made or given hereunder shall be in writing and shall reflect this Plan and may, subject as hereinafter provided, be made or given by the Person making or giving it or by any agent of such Person authorized for that purpose by personal delivery, by prepaid mail or by e-mail addressed to the respective parties as follows:

- (i) if to Just Energy:

Just Energy Group Inc.  
100 King Street West, Suite 2630  
Toronto, Ontario  
M5X 1E1

Attention: Jonah Davids  
Email: [jdavids@justenergy.com](mailto:jdavids@justenergy.com)

With a required copy (which shall not be deemed notice) to:

Osler, Hoskin & Harcourt LLP  
100 King Street West, Suite 6200  
Toronto, Ontario  
M5X 1B8

Attention: Marc Wasserman & Michael De Lellis  
Email: [mwasserman@osler.com](mailto:mwasserman@osler.com)  
[mdelellis@osler.com](mailto:mdelellis@osler.com)

- (ii) if to the Term Loan Debtholders or the Initial Backstoppers

Torys LLP  
79 Wellington St., 30th Floor  
Toronto, Ontario M5K 1N2

Attention: Tony DeMarinis  
Email: [tdemarinis@torys.com](mailto:tdemarinis@torys.com)

- 35 -

(iii) if to the Supporting Convertible Debentureholders

Goodmans LLP  
333 Bay Street., 34th Floor  
Toronto, Ontario M5H 2S7

Attention: Robert J. Chadwick  
Email: rchadwick@goodmans.ca

or to such other address as any party above may from time to time notify the others in accordance with this Section 9.9. In the event of any strike, lock-out or other event which interrupts postal service in any part of Canada, all notices and communications during such interruption may only be given or made by personal delivery or by email and any notice or other communication given or made by prepaid mail within the five (5) Business Day period immediately preceding the commencement of such interruption, unless actually received, shall be deemed not to have been given or made. Any such notices and communications so given or made shall be deemed to have been given or made and to have been received on the day of delivery if delivered, or on the day of emailing, provided that such day in either event is a Business Day and the communication is so delivered or emailed before 5:00 p.m. on such day. Otherwise, such communication shall be deemed to have been given and made and to have been received on the next following Business Day. The unintentional failure by the Applicants to give a notice contemplated hereunder to any particular Securityholder shall not invalidate this Plan or any action taken by any Person pursuant to this Plan.

#### **9.11 Further Assurances**

Notwithstanding that the transactions and events set out herein will occur and be deemed to occur in the order set out in this Plan without any further act or formality, each of the Persons named or referred to in, affected by or subject to, this Plan will make, do and execute, or cause to be made, done and executed, all such further acts, deeds, agreements, transfers, assurances, instruments or documents as may reasonably be required by any of them to carry out the full intent and meaning of this Plan and to give effect to the transactions contemplated herein.



## **SCHEDULE "B"**

### **Insurance Policies**

#### 2019-2020 Policies

- Policy from Paragon International Insurance Brokers Limited dated April 1, 2019 with Unique Market Reference: B0146ERINT1900452
- Policy from Paragon International Insurance Brokers Limited dated April 2, 2019 with Unique Market Reference: B0146ERINT1900453
- Policy from Paragon International Insurance Brokers Limited dated April 2, 2019 with Unique Market Reference: B0146ERINT1900454
- Policy from Paragon International Insurance Brokers Limited dated April 1, 2019 with Unique Market Reference: B0146 ERINT1900455

#### 2020-2021 Policies

- Policy from Paragon International Insurance Brokers Limited dated April 3, 2020 with Unique Market Reference: B0146ERINT2000452
- Policy from Paragon International Insurance Brokers Limited dated April 3, 2020 with Unique Market Reference: B0146ERINT2000453
- Policy from Paragon International Insurance Brokers Limited dated April 3, 2020 with Unique Market Reference: B0146ERINT2000454
- Policy from Paragon International Insurance Brokers Limited dated April 3, 2020 with Unique Market Reference: B0146ERINT2000455
- Master Policy from Tokio Marine HCC – D&O Group with Master Policy Number 34-MGU-20-A49117 and corresponding locally-admitted policy from HCC Underwriting Agency with Policy Number 20G196460000
- Policy from Paragon International Insurance Brokers Limited dated April 3, 2020 with Unique Market Reference: B0146ERINT2000768
- Excess D&O Liability Coverage Declarations with Continental Casualty Company with Policy Number MEX 665412022
- Policy from Paragon International Insurance Brokers Limited dated April 21, 2020 with Unique Market Reference: B0146ERINT2000774
- Policy from Paragon International Insurance Brokers Limited dated April 21, 2020 with Unique Market Reference: B0146ERINT2000775

IN THE MATTER OF AN APPLICATION UNDER SECTION 192 OF THE CANADA  
BUSINESS CORPORATIONS ACT, R.S.C. 1985, C. C-44, AS AMENDED  
AND IN THE MATTER OF RULE 14.05(2) OF THE RULES OF CIVIL PROCEDURE  
AND IN THE MATTER OF A PROPOSED ARRANGEMENT OF JUST ENERGY  
GROUP INC. AND 12175592 CANADA INC.

Court File No: 20-00643596-00CL

**ONTARIO  
SUPERIOR COURT OF JUSTICE-  
COMMERCIAL LIST**

Proceeding commenced at Toronto

**FINAL ORDER**

**OSLER, HOSKIN & HARCOURT LLP**

100 King Street West  
1 First Canadian Place  
Suite 6200, P.O. Box 50  
Toronto, ON M5X 1B8

Marc Wasserman (LSO# 44066M)  
Michael De Lellis (LSO# 48038U)  
Craig Lockwood (LSO# 46668M)

Tel: (416) 362-2111  
Fax: (416) 862-6666

Counsel for the Applicants, Just Energy Group Inc.  
and 12175592 Canada Inc.

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

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT  
OF JUST ENERGY GROUP INC. ET AL.

---

**ONTARIO**  
**SUPERIOR COURT OF JUSTICE**  
**(COMMERCIAL LIST)**  
PROCEEDING COMMENCED AT  
TORONTO

---

**BOOK OF AUTHORITIES OF THE MOVING  
PARTIES, U.S. CLASS COUNSEL**  
**(MOTION AND CROSS-MOTION RETURNABLE FEBRUARY  
9, 2022)**

---

**Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP**  
155 Wellington Street West, 35th Floor  
Toronto ON M5V 3H1  
Tel: 416.646.4300

**Ken Rosenberg** (LSO# 21102H)  
Tel: 416.646.4304  
Email: ken.rosenberg@paliareolrand.com

**Jeffrey Larry** (LSO# 44608D)  
Tel: 416.646.4330  
Email: jeff.larry@paliareroland.com

**Danielle Glatt** (LSO# 65517N)  
Tel: 416.646.7440  
Email: danielle.glatt@paliareroland.com

Counsel to US counsel for Fira Donin and Inna Golovan, in  
their capacity as proposed class representatives in *Donin et al.*  
*v. Just Energy Group Inc. et al.*

Counsel to US Counsel for Trevor Jordet, in his capacity as  
proposed class representative in *Jordet v. Just Energy*  
*Solutions Inc.*